

AIX-MARSEILLE UNIVERSITÉ
ÉCOLE DOCTORALE DE SCIENCES JURIDIQUES ET POLITIQUES

LA CONSTRUCTIBILITE DES PROPRIETES FONCIERES :
ENTRE LA REGLE ET LE CONTRAT

Thèse pour le doctorat en droit présentée et soutenue par

Sébastien LAMY-WILLING

Thèse dirigée par

Jérôme TREMEAU

Professeur agrégé, Université d'Aix-Marseille

JURY

Yves JEGOUZO, Professeur émérite à l'Université Paris I - Panthéon-Sorbonne, ancien conseiller d'État en service extraordinaire (Rapporteur)

Pierre SOLER-COUTEAUX, Professeur agrégé de droit public à l'Université de Strasbourg, Avocat au Barreau de Strasbourg (Rapporteur)

Elise CARPENTIER, Professeur agrégé de droit public à l'Université Jean Moulin - Lyon 3 (Suffragant)

Franck BOURDON, Géomètre-expert (Invité)

Aix-en-Provence, le 14 novembre 2016

RESUME

A la lecture du Code civil, le droit de construire est fondamentalement attaché au droit de propriété. Il en constitue un attribut, dans la limite des servitudes et règlements de police. A partir de la seconde moitié du XXème siècle, un corpus juridique que l'on désigne communément par « les règles d'urbanisme » a progressivement émergé, lesquelles ont pour objet véritablement de fixer, de manière unilatérale, la densité constructible exprimée aujourd'hui en surface de plancher.

C'est ainsi que les règles d'urbanisme fixant la densité constructible sont classées selon différentes typologies, chacune faisant l'objet d'une analyse approfondie, y compris celles qui ont été supprimées par le législateur, comme le COS (coefficient d'occupation des sols), autrefois véritable clef de voûte de nombreux règlements de POS puis de PLU, ou les superficies minimales de parcelles constructibles. L'étude du mode d'écriture de chaque type de règles nécessite également d'envisager sa flexibilité, avec les différentes dérogations que prévoit le Code de l'urbanisme, ainsi que les dispositifs de majoration des droits à bâtir.

S'interroger sur la constructibilité des propriétés foncières conduit nécessairement à étudier le terrain d'assiette sur lequel s'appliquent les règles d'urbanisme lors de l'instruction des demandes de permis de construire, mais aussi des permis d'aménager dans la mesure où les opérations de lotissement et de remembrement réalisés par des AFU (associations foncières urbaines) libres ont pour objet de créer des terrains constructibles. La question du terrain d'assiette prend un relief particulier quant il s'agit d'évoquer les opérations de division primaire, de PCVD (permis de construire valant division), les lots de copropriété horizontale ou encore les divisions volumétriques. L'intérêt des différentes procédures d'aménagement prévues par le Code de l'urbanisme, qu'il s'agisse d'opérations privées comme le lotissement ou le PCVD, ou bien d'opérations publiques comme la ZAC, est qu'il est possible pour l'opérateur d'appliquer les règles d'urbanisme de manière différenciée, à l'échelle du projet. Il peut s'agir de l'approbation par l'administration de règles spécifiques en complément des règles en vigueur, ou bien du mécanisme de report de constructibilité, ou encore de l'appréciation globalisée des règles d'urbanisme.

La constructibilité des propriétés foncières est également analysée sous l'angle de la privatisation des droits à bâtir, à commencer par les cahiers des charges, qui sont susceptibles de limiter la constructibilité des terrains. Sont successivement envisagées les questions de la nature des clauses de ces documents, autour de la notion de servitude collective face aux règles de péremption et d'évolution prévues par le Code de l'urbanisme, et sur ce que le législateur a voulu entendre par clauses de nature réglementaire d'une part, et clauses de nature non-réglementaire susceptible de limiter le droit de construire d'autre part. La nature des clauses du règlement de copropriété relatives à la constructibilité des lots dans les ensembles immobiliers régis par la loi du 10 juillet 1965 est également étudiée. Enfin, les contrats de cession de droits à bâtir sont abordés sous l'angle du dispositif de transfert de constructibilité, puis au regard du montage consistant à adjoindre une unité foncière au terrain d'assiette d'une opération dans l'unique but de majorer la constructibilité de cette dernière.

Mots-clefs : constructibilité, densité, droits à bâtir, servitude, règle d'urbanisme, COS, prospect, emprise, gabarit, hauteur, cour commune, majoration, propriété, terrain, assiette, parcelle, lotissement, copropriété, volume, ZAC, remembrement, AFU, division primaire, PCVD, règlement, cahier des charges, transfert.

Sauf erreur ou omission, le contenu de la présente thèse est à jour des textes et de la jurisprudence à la date du 30 juin 2016.

L'Université d'Aix-Marseille n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse. Ces opinions doivent être considérés comme propres à leur auteur.

REMERCIEMENTS

Mes premiers remerciements vont à mon épouse, qui a su faire preuve de patience et de bienveillance pendant ces trois longues années de travail solitaire.

Je souhaite également remercier tout spécialement mon Directeur de thèse, le Professeur Jérôme Trémeau, qui m'a tout de suite manifesté son intérêt quand je lui ai fait part du sujet que je souhaitais approfondir.

Le choix du sujet de la thèse résulte justement de mon expérience passée comme juriste à l'Ordre des géomètres-experts de 2011 à 2013, dont je garde un excellent souvenir. En tant que coordinateur des commissions relatives à l'urbanisme et à l'immobilier, j'ai pu prendre goût, auprès de leurs membres, aux questions de division du sol et du bâti, qui soulève invariablement celle de la gestion des droits à bâtir. C'est donc à l'ensemble de cette profession que cette thèse est dédiée.

A cet égard, mes remerciements s'adressent en particulier à M. Jean-François Dalbin, Président de l'Ordre des géomètres-experts, qui a bien voulu me faire part des ses précieuses observations en matière de copropriété et de division en volumes, à M. Jean-Michel Lugherini, qui m'a accordé une journée au sein de son cabinet à Contes pour échanger longuement sur le lotissement, et à M. Franck Bourdon, qui a bien voulu être membre du Jury.

Je voudrais également adresser mes remerciements au Professeur Jean-Pierre Lebreton, pour son soutien et son écoute, et qui a bien voulu relire méticuleusement l'ensemble de mon travail pour me fait part, tout naturellement, d'observations très pertinentes, notamment sur les notions d'exception et de dérogation à la règle.

Je souhaite exprimer ma gratitude envers Mme Stéphanie Laporte-Leconte, Directrice de l'ICH Ouest, avec qui j'ai la chance de collaborer depuis plusieurs années et qui m'a accordé à plusieurs reprises sa confiance, de s'être rendue souvent disponible pour échanger utilement sur les différentes thématiques traitées dans la thèse.

Mes remerciements vont aussi au Professeur Etienne Fatôme, qui a eu l'amabilité de m'accorder une entrevue lorsque j'ai entrepris mes premiers travaux de recherche.

Je remercie également le Professeur Elise Carpentier, le Professeur Yves Jégouzo et le Professeur Pierre Soler-Couteaux d'avoir accepté d'être membres du Jury.

ACRONYMES

ADEF :	Association des études foncières
AJDA :	Actualités juridiques du droit administratif
AFU :	Association foncière urbaine
ALUR :	Accès au logement et urbanisme rénové (loi)
BJDU :	Bulletin de jurisprudence de droit de l'urbanisme
CA :	Cour d'appel
CAA :	Cour administrative d'appel
CC :	Conseil constitutionnel
CE :	Conseil d'Etat
CES :	Coefficient d'emprise au sol
COS :	Coefficient d'occupation des sols
DAACT :	Déclaration attestant l'achèvement et la conformité des travaux
GRIDAUH :	Groupe de recherche sur les institutions et le droit de l'aménagement, de l'urbanisme et de l'habitat
JCP :	Juris-classeur périodique
LGDJ :	Librairie générale de droit et de jurisprudence
PAZ :	Plan d'aménagement de zone
PCVD :	Permis de construire valant division
PLD :	Plafond légal de densité
PLU :	Plan local d'urbanisme
POS :	Plan d'occupation des sols
QPC :	Question prioritaire de constitutionnalité
RFDA :	Revue française de droit administratif
RDI :	Revue de droit immobilier
RNU :	Règlement national d'urbanisme
RTD civ. :	Revue trimestrielle de droit civil
SRU :	Solidarité et renouvellement urbains (loi)
TA :	Tribunal administratif
VSD :	Versement pour sous-densité
ZAC :	Zone d'aménagement concerté

SOMMAIRE

INTRODUCTION : l'évolution historique du droit de construire

1. Le droit de construire comme attribut du droit de propriété
2. De la limitation du droit de construire à la règle d'urbanisme

DEVELOPPEMENT : la constructibilité des propriétés foncières en droit positif : de la norme unilatérale au contrat

Partie I : La définition normative de la constructibilité

Chapitre 1 – La règle d'urbanisme comme quantificateur des droits à bâtir

Section 1 – Les règles de densité de construction

Section 2 – Les règles métriques dessinant l'enveloppe de la construction

Section 3 – Les règles de superficie minimale de terrain constructible

Chapitre 2 – La flexibilité de la règle d'urbanisme

Section 1 – Les dérogations aux règles d'urbanisme

Section 2 – Les dispositifs de majoration des droits à bâtir

Partie II – Le cadre d'application de la constructibilité

Chapitre 1 – Le terrain d'assiette des projets soumis à autorisation d'urbanisme

Section 1 – L'assiette des autorisations d'urbanisme de droit commun

Section 2 – L'assiette des permis de construire dans les opérations complexes

Chapitre 2 – L'application différenciée des règles d'urbanisme

Section 1 – Les règles spécifiques d'urbanisme

Section 2 – L'appréciation globalisée des règles d'urbanisme

Section 3 – Le report de constructibilité

Partie III – La privatisation de la constructibilité

Chapitre 1 – Les contrats susceptibles de limiter le droit de construire

Section 1 – Le cahier des charges

Section 2 – Le règlement de copropriété

Chapitre 2 – Les contrats de cession des droits à bâtir

Section 1 – Le transfert de constructibilité

Section 2 – La cession artificielle de droits à bâtir

Introduction :

(1.) À la croisée du droit public et du droit privé, la notion la constructibilité des terrains suscite de nombreuses interrogations.

Par constructibilité, il convient d'entendre la densité maximale de construction exprimée en mètres carrés de surface de plancher autorisée par la réglementation d'urbanisme, combinée à l'ensemble des limitations civiles et administratives du droit d'édifier. Le Code de l'urbanisme fait volontiers référence au terme de « densité », davantage qu'à celui de « constructibilité », pour évoquer la surface de plancher constructible. Toutefois, la densité peut renvoyer à l'idée d'une volumétrie ou de masses bâties. C'est du moins ainsi qu'elle est évoquée notamment par les géographes. Nous préférons donc opter pour l'usage du terme de « constructibilité » plutôt que de celui de « densité constructible ». Les termes de « droits à bâtir » peuvent être également utilisés pour parler de la même chose, de même que, jusque dans un passé récent, ceux de « coefficient d'occupation des sols » ou COS. Cela dit,

Par terrains, il convient d'entendre la fraction de sol faisant l'objet nécessairement d'un droit de propriété. Un terrain peut d'ailleurs être désigné par les termes de « propriété » ou de « fonds » dans le Code civil, et par « parcelle » ou « lot » dans le Code de l'urbanisme lorsqu'il est issu d'une division. Cela dit, le Code de l'urbanisme se réfère depuis plusieurs années à la notion plus technique d'« unité foncière », mais l'usage de l'adjectif « foncière » renvoie à l'idée même de fonds ou de propriété.

(2.) La question de la constructibilité des terrains conduit alors à se poser celle plus fondamentale de la nature juridique du droit de construire, sur laquelle peu d'auteurs se sont véritablement penchés. Il semble toutefois établi que le droit de construire est nécessairement lié à la propriété foncière, du moins à la détention de droits réels portant sur cette propriété.

La propriété foncière est le préalable nécessaire au droit de construire puisqu'elle en constitue le support matériel. Mais peut-on considérer pour autant qu'elle en est le support juridique ? Car c'est bien le Code de l'urbanisme qui définit le cadre général d'aménagement du territoire. La première disposition du Code de l'urbanisme ne pose-t-elle pas le principe selon lequel « *Le territoire français est le patrimoine commun de la nation* » ? Ne soumet-il pas d'ailleurs toute construction à autorisation administrative ? En dépit de cette proclamation à portée symbolique, il apparaît que c'est bien au propriétaire foncier qu'appartient le droit de construire.

Le Professeur Louis-Lucas a été l'un des rares auteurs à s'être interrogé, en 1987, sur la nature juridique du droit de construire. Pour lui, les choses sont claires. Il considère en effet que « *Tout notre droit de l'urbanisme repose sur le droit de construire, son étendue, ses limites* » mais pose avec vigueur que « *L'idée selon laquelle le droit de construire, comme on l'a dit parfois, appartiendrait à la puissance publique qui se contenterait de le concéder à des personnes privées, doit être absolument écartée* »¹.

Si dans cette analyse, le droit de construire comme un droit individuel du citoyen, il n'en parle pas comme d'un prolongement naturel du droit de propriété. Pourtant, il semblerait qu'il s'agisse bien de cela, même s'il appartient à l'administration de définir l'étendue de ce droit de construire et de contrôler son exercice au regard des règles qu'elle définit.

¹ Paul Louis-Lucas, « *Le droit de construire* », In *La règle et l'urbanisme*, ADEF, 1987, p. 228

Quelques années plus tard, en 1993, Sylvain Pérignon s'est référé à l'ancien article L. 112-1 du Code de l'urbanisme, dans sa version en vigueur à l'époque, pour définir le droit de construire comme « *le droit de consommer la constructibilité du terrain, de réaliser ses possibilités de construction, de concrétiser les "droits de construire" résultant des dispositions législatives et réglementaires appliquées à ce terrain.* »². Le droit de construire n'est donc pas autonome, mais il est attaché à la propriété du terrain. Les dispositions de cet article ne font donc, selon lui, que transposer les principes du Code civil dans le domaine de l'urbanisme. Ainsi, un droit de construire ne saurait être cédé sans que ne le soit également tout ou partie de la propriété de l'immeuble, ou bien sans reconnaître à autrui un droit réel ou personnel sur cet immeuble. Cela étant, il souligne à juste titre que la définition de ces droits de construire ne résulte pas de la volonté du propriétaire ni d'accords contractuels, mais des règles et servitudes qui s'y appliquent.

(3.) Il faut toutefois souligner que le bouleversement de la philosophie du droit de l'urbanisme initié à partir des années 2000 a pu faire évoluer les réflexions sur la nature du droit de construire. Avec la préoccupation croissante de lutter contre l'étalement urbain et le mitage, les analyses développées hier sur cette question ont pu devenir obsolètes. Autrefois tenant d'un urbanisme consommateur de territoire, le Code de l'urbanisme est peu à peu devenu le support juridique d'une politique de densification.

D'un régime de droit de construire diffusément, nous sommes passés à un régime de droit de construire densément, avec l'introduction notamment de nouveaux mécanismes d'incitation. Pour être tout à fait précis, ce droit de construire densément vaut pour les zones déjà urbanisées puisque l'on s'est dirigé concomitamment vers une limitation croissante du droit de construire dans les zones non-urbanisées. Toute la subtilité de ce bouleversement demeure dans la question de savoir où placer le curseur entre une zone urbanisée et une zone qui ne l'est pas, particulièrement dans les secteurs en situation de mitage. La jurisprudence et la doctrine sont abondantes sur le sujet. Toujours est-il que cette évolution essentielle n'a pu que bouleverser la nature juridique même du droit de construire.

L'exemple sans doute le plus pertinent pour illustrer ce changement de paradigme du droit de l'urbanisme est la suppression du plafond légal de densité et l'apparition concomitante du versement pour sous-densité. L'instauration en 1975 du plafond légal de densité (PLD) était en effet apparu comme une solution pour lutter contre une sur-densification de la ville jusqu'à ce que la nouvelle approche de l'aménagement du territoire ne le conduise vers sa suppression progressive puis définitive par la loi de finances rectificative du 29 décembre 2010, pour être remplacé par le versement pour sous-densité (VSD).

Alors que le PLD reposait sur le principe d'une taxation de la plus-value réalisée grâce au dépassement du plafond, le VSD repose désormais sur le principe de fixation optionnelle d'un seuil minimal de densité en deçà duquel le constructeur est tenu au paiement d'une taxe. L'idée sous-jacente à la création d'une fiscalité pénalisant les constructions de faible densité est donc que les opérateurs n'auraient pas toujours intérêt à consommer l'intégralité de la constructibilité autorisée par les documents d'urbanisme. On peut s'interroger d'ailleurs sur l'efficacité de ce type d'incitations fiscales, qui au lieu de laisser l'administration adapter la réglementation urbaine aux

² Sylvain Pérignon, « *Peut-on vendre des 'droits à construire' ?* » : Defrénois, 1993, art. 35486, n° 3

dynamiques du marché de l'offre et de la demande, cherche à stimuler la construction là où la pression est faible. Il ressort d'ailleurs d'une étude que, quelques années après l'entrée en vigueur du dispositif, peu de collectivités l'ont instauré. Elles n'étaient en effet qu'une trentaine en 2013 à y avoir eu recours³.

Le fait générateur du VSD est par ailleurs l'acte de construire, ce qui peut conduire les propriétaires à ne pas entreprendre d'opération de construction plutôt qu'à engager des investissements importants pour construire une selon une forte densité avec le risque d'avoir des difficultés à commercialiser et de provoquer le ressentiment des propriétaires voisins. La même objection peut être formulée s'agissant de la (furtive) loi du 20 mars 2012, qui fut abrogée quelques mois plus tard alors qu'elle n'avait pas pu encore produire ses effets, et qui eut pour effet de majorer de 30% la constructibilité de l'ensemble du territoire national.

La logique du PLD par rapport à la nature du droit de construire était explicitement précisée dans le Code de l'urbanisme, qui disposait autrefois dans son article L. 112-1 que :

« Le droit de construire est attaché à la propriété du sol, il s'exerce dans le respect des dispositions législatives et réglementaires relatives à l'utilisation des sols ».

Cela étant posé, le dépassement du plafond légal de densité supposait alors une « dissociation du droit de propriété et du droit de construire » donnant lieu au « transfert à la collectivité de la plus-value occasionnée par l'octroi aux propriétaires de droits de construire au-delà d'un certain plafond »⁴. En suivant cette logique, on pouvait considérer que le droit de construire était attaché à la propriété jusqu'à un certain seuil, au-delà duquel ces deux droits se dissociaient. Il fallait acheter à la collectivité le droit de dépasser ce seuil, ce qui conduit à penser que le surplus de constructibilité appartenait à l'administration.

A la lumière des analyses qui avaient cours à l'époque du PLD, qu'en est-il alors aujourd'hui de la nature du droit à construire vis-à-vis du seuil minimal de densité s'agissant du VSD ? Par l'effet du basculement du seuil d'incitation d'un au-delà vers un en-deçà, on pourrait avancer qu'il n'y a plus de dissociation entre propriété et droit de construire, mais plutôt une atteinte à la liberté de construire.

En-deçà du seuil, le droit de construire est toujours attaché à la propriété mais le droit de jouir et de disposer n'est plus absolu. On peut construire modérément moyennant une contrepartie financière au motif même de cette modération. Au-delà du seuil, il n'y a pas de dissociation entre le droit de propriété et celui de construire. Le droit de construire qui en résulte appartient sans contrepartie au propriétaire, jusqu'au maximum autorisée par les restrictions légales et réglementaires, au-delà duquel il devient purement et simplement interdit de construire. Mais le propriétaire a-t-il intérêt à construire au-delà de ce seuil à partir duquel il n'est plus tenu de verser une contrepartie financière ? Manifestement non, ce qui revient à considérer que construire dans la limite de ce qui est autorisé ne correspond pas toujours à l'idée de jouir et de disposer librement de sa propriété.

³ CDC Climat recherche, *Le versement pour sous densité : analyse d'un outil de densification urbaine et premiers retours d'expériences*, étude n° 36, mai 2014

⁴ GRIDAUH, *La modernisation des outils de l'action foncière*, Rapport, 2012, p. 13

A titre comparatif, il existe par ailleurs en droit suisse ou allemand des mécanismes beaucoup plus radicaux que nos solutions hexagonales d'incitation fiscale, qui peuvent nous interpeller quant au lien entre la propriété et l'acte de construire. Ces législations prévoient en effet la possibilité d'instituer non pas un droit, mais une obligation de construire⁵. Le droit français n'est historiquement pas en reste sur cette question, puisqu'une tentative de « mise en demeure de construire » avait été introduite dans le Code de l'urbanisme et de l'habitation du 26 juillet 1954, aux articles 151 et suivants. Il s'avère toutefois que ce mécanisme d'obligations de faire n'ait pas abouti en l'occurrence à des applications pratiques⁶. Mais sur le principe, il en ressort que construire ne serait plus une liberté mais une contrainte, ce qui peut susciter une série d'interrogations que nous ne développerons pas ici.

En tout état de cause, la dualité entre « droit de construire » et « propriété foncière » constituera le fil conducteur de la présente thèse, dont nous allons aborder des éléments de réflexion d'ordre général dans l'introduction, selon une approche historique. Nous étudierons en effet comment le droit de construire a été originellement conçu, dans une approche civiliste, comme un prolongement du droit de propriété, mais dont l'exercice a été progressivement soumis à un contrôle de l'administration, puis nous évoquerons le fondement juridique des limitations du droit de construire que constituent historiquement les servitudes, pour aboutir à l'émergence de l'urbanisme réglementaire.

1. Le droit de construire comme attribut du droit de propriété

(4.) Le Code civil régit la propriété foncière. Le Code de l'urbanisme régit l'acte de construire. Mais s'il est un principe sur lequel les deux législations s'accordent, c'est que le droit de construire découle du droit de propriété. La Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen proclame pour sa part, aux termes de son article 17, que « La propriété étant un droit inviolable et sacré ».

Dans la lignée des idéaux révolutionnaires qui ont gouverné la rédaction du Code civil en 1804, il y fut inséré une disposition posant un principe de constructibilité générale attachée à la propriété foncière. En effet, aux termes du deuxième alinéa de l'article 552 du Code civil, « *Le propriétaire peut faire au-dessus (du sol de sa propriété) toutes les plantations et constructions qu'il juge à propos (...)* ». La suite du texte ajoute « *sauf les exceptions établies au titre 'Des servitudes ou services fonciers'* ». L'exception est ainsi posée en même temps que le principe. Mais en substance, le législateur affirme que le principe, c'est construire. Et tout ce qui limite ce droit de construire relève de l'exception. L'exception restreint, mais l'exception ne remet pas en cause. De plus, nous y reviendrons largement dans la seconde partie de l'introduction, mais l'exception que constitue la servitude au sens du Code civil doit être justifiée par une utilité. Sans utilité, il ne saurait donc y avoir d'exception.

L'article 553 du Code civil renforce ce lien entre la construction et le propriétaire, en disposant que si la construction est faite, le propriétaire est présumé en être le constructeur. Au même titre que l'époux est présumé père de l'enfant né de son

⁵ Etienne Fatôme, Rozen Noguellou, « *Contrat et urbanisme* », Rapport, GRIDAUH, Décembre 2014

⁶ Voir à ce sujet : Georges Liet-Veaux, *Urbanisme. – Définitions. Principes. Orientation*, JCP Construction – urbanisme, fasc. 6-4, 2011, n° 46

épouse, le propriétaire est présumé constructeur de la construction implantée sur son terrain.

Il n'est pas anecdotique par ailleurs que le troisième alinéa de l'article 552 énonce que le propriétaire « *peut faire au dessous (du sol de sa propriété) toutes les constructions et fouilles qu'il jugera à propos (...)* ». Le droit de construire généralisé vaut donc aussi bien pour le sur-sol que pour le sous-sol, à ceci près que s'agissant du sous-sol, l'exception ne peut tirer sa source que « *des lois et règlements de police* ». Le droit de construire en sous-sol ne saurait donc être limité par des servitudes. On peut en déduire par une lecture *a contrario* que le droit de construire en sur-sol ne saurait être limité par des règlements de police, puisque l'exception ne vise que les servitudes. Nous verrons qu'il en est autrement en réalité.

(5.) Ce principe de constructibilité générale attachée au droit de propriété est en revanche contraire à celui de constructibilité limitée, réaffirmé avec la réforme de la décentralisation des compétences d'urbanisme par la loi n° 83-8 du 7 janvier 1983.

Le principe de constructibilité limitée est édicté à l'article L. 111-3 du Code de l'urbanisme, qui dispose qu'en l'absence de plan local d'urbanisme, de tout document d'urbanisme en tenant lieu ou de carte communale, les constructions ne sont autorisées que dans les parties urbanisées de la commune. Ainsi, sur le principe, l'atteinte portée au droit de construire, prolongement naturel du droit de propriété, résulterait de l'absence de réglementation de la zone où l'on se situe, au titre de la législation de l'urbanisme. Et le simple fait de couvrir ladite zone d'un document d'urbanisme suffirait à y générer un droit de construire.

Nous objecterons d'une part qu'il n'est pas certain que le législateur ait entendu bouleverser la nature juridique du droit de construire en le confisquant. L'idée semble-t-il était d'inciter les communes subissant une pression démographique, et donc foncière, à se doter d'un document d'urbanisme. D'autre part, l'effectivité de ce principe de constructibilité limitée a été très largement contestée par la doctrine. Parmi de nombreux auteurs, le Professeur Louis-Lucas, que nous avons cité ci-avant, le qualifie de « *tigre de papier* » tellement sa portée réelle est limitée⁷. Ne sont en effet concernées ni les « parties déjà urbanisées », notion très extensible, ni un certain nombre de travaux, prévus à titre d'exception au principe à l'article L.111-4 du Code de l'urbanisme. Et la liste de ces exceptions est longue.

(6.) L'approche civiliste du droit de construire nous conduit à évoquer l'article 544 du Code civil, que des auteurs ont qualifié de « *palladium de la propriété* »⁸, dont l'article 552 précité est la déclinaison.

L'article 544 du Code civil dispose en effet que :

« *La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements.* »

Dès lors peut se poser la question de savoir si l'acte de construire correspond à cette idée de « jouir et disposer » de la chose, en l'occurrence du terrain objet de la propriété. Même si le Code civil n'en apporte pas expressément la réponse, nous

⁷ *Op.cit.* Paul Louis-Lucas, « *Le droit de construire* », In *La règle et l'urbanisme*, ADEF, 1987 p. 228

⁸ Ch. Caron et V. Ranouil, Propriété, JCl. Civil Code, Art. 544, fasc. 10, ancienne version 2001

pourrions être tentés de répondre par l'affirmative. En effet, qu'est-ce que jouir et disposer de sa propriété si ce n'est planter, construire ou affouiller ? Dès lors, on peut considérer qu'en plus d'être le principe général posé par l'article 552, le droit de construire est également un droit absolu dans son affirmation, devant s'exercer toutefois à l'intérieur du cadre fixé par la loi et le règlement.

En dépit de l'usage de l'épithète « absolu » par l'article 544 du Code civil, et des termes « inviolable et sacré » par l'article 17 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen, le droit français ne s'est jamais réellement rangé à la conception quiritaire du droit de propriété. Jean-Louis Bergel a pu souligner en introduction de sa thèse que « *Le code civil, dès 1804, reflétait l'échec du caractère absolu de la propriété en consacrant le germe de sa relativité véritable* ». Pour développer son idée, il soutient que la propriété :

« apparaît incontestablement comme le siège du constant affrontement d'un droit absolu dans les principes et des multiples empiètements qu'il subit tant au nom de l'intérêt général que du concours des intérêts privés. Or, ce domaine est vaste et si la jurisprudence s'attache encore, dans notre droit positif, à maintenir au profit du propriétaire « la plénitude de son droit réel », il est étonnant de constater par ailleurs l'extension d'une législation qui interdira au propriétaire de construire sur son héritage, on l'y autorisera qu'à la condition expresse de se conformer à des normes multiples et de tous ordres qui lui seront prescrites impérativement par l'administration. Ce chaos apparent s'explique toutefois par les expériences d'un passé bien antérieur même au Code civil, ou à la Déclaration des Droits de l'Homme de 1789. »⁹

(7.) Le droit de propriété n'a d'ailleurs accédé au rang de droit fondamental qu'à partir de l'inclusion de la Déclaration de 1789 dans le « bloc de constitutionnalité », résultant de la décision du Conseil constitutionnel en date du 16 juillet 1971 sur la liberté d'association. Depuis cette date, les articles 2 et 17 de la Déclaration de 1789, qui évoquent le droit de propriété comme un droit naturel, sacré et imprescriptible de l'Homme, sont opposables au législateur.

Dès lors, le Conseil constitutionnel est devenu le garant de ce droit fondamental, exerçant un contrôle de toute disposition légale susceptible d'y porter atteinte. Mais encore faut-il qu'il en soit saisi. Saisi pour la première fois en 2000 du contrôle de conformité de la loi SRU au regard d'une potentielle atteinte au droit de propriété, le Conseil constitutionnel a rendu une décision qui peut être interprétée comme la reconnaissance d'un droit de construire comme attribut du droit de propriété¹⁰. De là à considérer que par cette décision, les Sages ont constitutionnalisé le droit de construire, il y a un pas que nous n'oserions pas franchir. D'autant que Jérôme Trémeau a pu relever que le Conseil d'Etat prit quelques années plus tard le contrepied de la position du Conseil constitutionnel, considérant pour sa part que le droit de construire n'était pas nécessairement attaché à la propriété du terrain¹¹ alors même qu'il adopta la même année une position inverse s'agissant du droit de se clore¹². Objectons toutefois que le Conseil d'Etat n'a pas théorisé un principe dans cette décision, mais est parti de ce postulat pour appuyer sa décision.

⁹ Jean-Louis Bergel, *Les servitudes de lotissement à usage d'habitation*, Thèse, Aix, LGDJ, 1973

¹⁰ CC, déc. n° 2000-436 DC, loi SRU

¹¹ CE, 11 févr. 2004, Schiocchet, req. n° 211510

¹² CE, 3 nov. 2004, Cne de Berchères sur Vesgre : BJD 2004, p. 450

Ces questions pourront prendre à l'avenir une nouvelle dimension avec la réforme instituant les « questions prioritaires de constitutionnalité » (QPC), entrée en vigueur au 1er mars 2010 en vertu d'une loi organique du 10 décembre 2009. Il est désormais possible d'invoquer, à l'occasion d'un recours devant les tribunaux, l'inconstitutionnalité d'une disposition législative sur le fondement de laquelle un acte mis en cause a été pris. Cela dit, à l'exception d'une retentissante décision de 2010 déclarant inconstitutionnelles les cessions gratuites de terrains¹³, aucune disposition du Code de l'urbanisme n'a, depuis lors, été censurée par le Conseil constitutionnel sur le fondement d'une atteinte excessive au droit de propriété. Dans une publication du GRIDAUH¹⁴ faisant suite à un colloque organisé sur le sujet en 2011, le Professeur Elise Carpentier a pu néanmoins s'interroger sur une possible inconstitutionnalité des dispositions relatives à « l'urbanisme minimum », c'est-à-dire celles restreignant les possibilités de construire, dont celle posant le principe de constructibilité limitée évoquée précédemment. Si elle n'exclut pas de possibles recours, elle conclut toutefois son propos en avançant qu'une QPC posée sur ce fondement « semble en définitive avoir peu de chances de prospérer ».

Dans la même publication, le Professeur Trémeau revient sur la jurisprudence constitutionnelle et administrative antérieure à la réforme en déclarant que :

« L'intérêt immédiat de la procédure de question prioritaire de constitutionnalité est d'ouvrir une voie contentieuse permettant de mettre fin à la théorie dite de la loi-écran, du moins lorsqu'est en cause un droit fondamental (...).

*L'apport de la QPC à l'urbanisme concerne d'abord la répartition des compétences entre la loi et le règlement, c'est-à-dire la ventilation entre la partie législative et la partie réglementaire du code »*¹⁵.

On peut toutefois s'interroger, en matière de droit de propriété, sur la nécessité de bien distinguer ce qui relève du domaine de la loi et de celui du règlement, sachant que le Code civil admet, dans son article 544, qu'on peut jouir et disposer de la manière la plus absolue de sa propriété, « *pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements* ». Le Code civil semble en effet admettre que le règlement puisse directement porter atteinte au droit de propriété, sauf à considérer une telle disposition comme pouvant être inconstitutionnelle. Cela dit, selon le Professeur Liet-Veaux, le sens que donne les rédacteurs du Code civil au mot « règlement » ne correspond pas à son acception contemporaine. Il relève en effet que « *les rédacteurs du Code civil, juristes formés sous l'ancien régime, ont compris le mot "règlement" au sens que lui en donnait notamment l'ancien droit* »¹⁶.

La réforme entrée en vigueur en 2010 n'est pas pour autant dénuée d'intérêt – du moins théorique pour le moment – pour le sujet qui nous intéresse. Il n'est pas exclu en effet que le Conseil constitutionnel ait à s'interroger sur des dispositions

¹³ CC, déc. n° 2010-43, QPC du 6 octobre 2010

¹⁴ Elise Carpentier (sous la direction de), *La question prioritaire de constitutionnalité et l'aménagement du territoire*, Les cahiers du GRIDAUH, Série Droit de l'aménagement, n° 22, 2011

¹⁵ Jérôme Trémeau, *Propriété - Fondement constitutionnel du droit de la propriété*, JCP Civil Code, art. 544, fasc. 20, 2009

¹⁶ Liet-Veaux, Georges, *Servitudes administratives – théorie générale*, 28 janvier 2011, JCL. Administratif, fasc. 390

législatives récemment promulguées, notamment s'agissant du cahier des charges de lotissement.

(8.) S'il est évident que le droit de construire est intimement lié à la propriété foncière, les choses sont en revanche moins claires lorsque justement ladite propriété est démembrée. En effet, si le droit de jouir et de disposer comprend le droit de construire, une ambiguïté se pose : l'acte de construire relève-t-il précisément du droit jouir ou du droit de disposer ? En d'autres termes, construire est-il un acte d'administration ou de disposition ?

L'article 605 du Code civil dispose que l'usufruitier n'est tenu que des « *travaux d'entretien* » du bien et que le nu-propiétaire est tenu pour sa part des « *grosses réparations* ». Ces dernières sont énumérées à l'article 606 du même code et consistent en des travaux qui portent « *sur les gros murs et les voûtes, sur le rétablissement des poutres et des couvertures entières* ». Autrement dit, le Code civil met à la charge du nu-propiétaire, selon le vocabulaire technique de l'époque, tous les travaux de gros-œuvre. A la lecture de cet article, on pourrait être tentés de considérer que l'acte de construire relève des actes de disposition. On parle ici certes de travaux de réparation, mais ce qui vaut pour les travaux sur l'existant ne peut-il pas valoir *a fortiori* pour les travaux de constructions nouvelles ?

Une telle interprétation est cependant contrariée par une jurisprudence récente de la Cour de cassation, qui a considéré que des travaux de démolition suivie d'une reconstruction d'une habitation d'une superficie supérieure ne correspondaient à des grosses réparations incombant aux nus-propiétaires, telles que prévues par le code civil, mais en des améliorations¹⁷.

Dans une étude parue en 2007, des notaires s'étaient posés la question de savoir qui de l'usufruitier ou du nu-propiétaire est titulaire du droit de construire. Ils ont considéré que sauf convention contraire, « *le droit de construire doit être reconnu soit à l'usufruitier, soit au nu-propiétaire. La titularité de l'unité foncière devra donc être reconnue à l'un ou à l'autre* »¹⁸.

Par ailleurs, une des obligations fondamentales de l'usufruitier est de veiller à la bonne conservation du bien. L'article 618 du Code civil va même jusqu'à prévoir que le droit d'usufruit peut cesser « *par l'abus que l'usufruitier fait de sa jouissance, soit en commettant des dégradations sur le fonds, soit en le laissant dépérir faute d'entretien* ». Ainsi, considérons qu'un usufruitier entreprenne des travaux de construction sans obtenir l'accord du nu-propiétaire (en retenant l'hypothèse qu'il s'agit d'un acte d'administration), lesquels nécessitent la démolition du bâtiment préexistant, ne pourrait-on pas dès lors considérer cela comme une méconnaissance des obligations de l'usufruitier, même si l'opération a pour effet de valoriser le bien ? Sans doute qu'une démolition demandée et exécutée par l'usufruitier serait un motif sérieux d'extinction de l'usufruit. Mais s'il s'agit par exemple d'une simple extension sans démolition de la structure initiale, rien ne s'opposerait à considérer cela comme un acte d'administration.

(9.) En résumé, l'article 17 Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen évoque la propriété comme un droit « inviolable et sacré ». Mais l'article 544 du

¹⁷ Cass. Com., 12 juin 2012 n° 11-11.424

¹⁸ Jean-Paul Mas, Louis Calmels, « *Unité foncière, droit de construire et démembrement de propriété* », Constr. – Urb.n° 6, Juin 2007, étude 12

Code civil dispose que la manière dont on peut jouir et disposer de la propriété est absolue. Si l'on considère que le droit de construire, évoqué à l'article 552 du Code civil, est l'une des manières dont on peut jouir et disposer de sa propriété, il peut être appliqué un raisonnement par syllogisme selon lequel le droit de construire est absolu, dès lors que l'on en fait pas « *un usage prohibé par les lois ou par les règlements* », ainsi que le prévoit l'article 544. C'est justement pour s'assurer qu'il n'en est pas fait un usage prohibé par les lois ou par les règlements que l'administration a progressivement soumis l'exercice du droit de construire, à autorisation administrative, venant de ce fait altérer son caractère originellement absolu.

Le contrôle administratif des initiatives privées de construction remonte en vérité à l'ancien régime sous des formes assez diverses. Mais le régime du permis de construire, tel que nous le connaissons aujourd'hui, fit son apparition, du moins pour la ville de Paris, dans un décret du 26 mars 1852. Son champ d'application sera par la suite élargi par une série de textes avant de devenir obligatoire sur l'ensemble du territoire par la loi du 15 juin 1943 qui lui en confèrera par ailleurs un régime unifié. Le permis de construire ne remet pas en cause le droit pour tout propriétaire d'édifier toute construction qu'il juge à propos, mais le soumet à un contrôle de l'administration. Il devient alors l'acte créateur du droit de construire effectif, lui permettant d'exercer en réalité un droit latent du propriétaire. Intervient dès lors le facteur temps. Le permis délivré confère à son titulaire des droits de construire qui sont immédiats mais qui ne sont « *définitifs qu'à l'expiration des délais de recours, conformément au droit commun* »¹⁹. Aussi, l'effectivité de ce droit de construire s'éteint lorsque ce permis devient caduc. Comme tout acte administratif, le permis de construire est enfermé dans des délais de validité légalement définis.

Le professeur Liet-Veaux a ainsi pu poser que « *ni les règles d'urbanisme, ni le permis de construire ne confèrent le droit de construire : celui-ci est attaché à des qualités reconnues par le Code civil, en tête desquelles celles de propriétaire* »²⁰. Il existe pour lui un véritable principe de liberté de construire, et la délivrance du permis est un droit et non une faveur. Pourtant, la doctrine administrative s'accorde à considérer le permis de construire comme un acte créateur de droit. Et la jurisprudence a posé le principe selon lequel le permis n'est pas accordé en considération de la personne du pétitionnaire mais uniquement au regard de la conformité de la construction aux règles d'urbanisme²¹. Il peut à ce titre être transféré d'une personne à l'autre.

Il n'en demeure pas moins acquis que le permis de construire constitue juridiquement un acte administratif individuel. Il faut donc bien que la demande soit émise par une personne ayant qualité pour ce faire. La littérature juridique a tendance à lier le droit de construire au « titulaire » du permis de construire. Mais la qualité de « titulaire » de permis est en vérité toujours attachée directement ou non à celle de propriétaire. Le Code de l'urbanisme fait ainsi écho au Code civil en reliant lui aussi la capacité de demander un permis de construire à la qualité de propriétaire, car c'est à lui que revient le droit de construire, ou de légalement céder ce droit à un tiers.

Dans sa rédaction actuelle, l'article R. 423-1 du Code de l'urbanisme dispose que :

¹⁹ Jean-Michel Berly, « *Le caractère définitif du permis de construire* » : RD imm. 2004, p. 402-403

²⁰ Georges Liet-Veaux, « *Liberté et droit de construire* » : Rev. adm. 1992, p. 185

²¹ CE, 29 mai 1970, Rousseau : Rec. CE 1970, p. 380

« Les demandes de permis de construire (...) sont adressées (...) ou déposées (...) » :

- a) Soit par le ou les propriétaires du ou des terrains, leur mandataire ou par une ou plusieurs personnes attestant être autorisées par eux à exécuter les travaux ;*
- b) Soit, en cas d'indivision, par un ou plusieurs co-indivisaires ou leur mandataire ;*
- c) Soit par une personne ayant qualité pour bénéficier de l'expropriation pour cause d'utilité publique. »*

Il semble assez logique de prévoir la possibilité pour le propriétaire de désigner un mandataire ou toute autre personne dûment autorisée par lui pour effectuer cette formalité. Mais il est une différence profonde entre le mandataire et la personne attestant être autorisée par les propriétaires à exécuter les travaux. En effet, le permis de construire dont la demande est déposée par un mandataire en confère le bénéfice au propriétaire, tandis que celui déposé par une personne habilitée en bénéficie personnellement. Autrement dit, les droits à bâtir résultant de l'obtention du permis ne profitent pas dans ce cas au propriétaire, mais à une tierce personne.

Mais de manière plus inhabituelle, le Code de l'urbanisme s'ingère dans la structure même de la propriété en prévoyant l'hypothèse qu'un « *co-indivisaire* » puisse également en faire la demande. Notons toutefois que si le terrain est soumis au régime de la copropriété, c'est la loi n° 65-557 du 10 juillet 1965 qui définit les modalités permettant au syndicat de demander un permis, ou bien d'habiliter un copropriétaire pour ce faire. Le régime de l'indivision et celui de la copropriété ayant en commun d'être caractérisés par une concurrence de droits sur un même fonds, on peut s'étonner que le Code de l'urbanisme envisage l'un et non l'autre.

(10.) Plus généralement, se pose la question de la qualité du demandeur de permis lorsque la propriété est démembrée ou fractionnée, non pas seulement entre indivisaires, mais entre les titulaires de droits distincts sur un même terrain.

Nous avons vu dans le point précédent que la réponse à la question de savoir si, d'un point de vue purement civil, le droit de construire revient à l'usufruitier ou au nu-propriétaire n'est pas évidente. Et de manière assez logique, le Code de l'urbanisme ne s'y intéresse pas. En effet, si celui-ci relie bien la possibilité de demander un permis de construire au propriétaire (ou son mandataire) du terrain objet de la demande, il n'est pas requis dans les formulaires officiels de demande de permis de construire²² d'indiquer la qualité du demandeur, ni de fournir de pièces établissant un lien quelconque entre le demandeur et le terrain objet de la demande de permis.

L'omission d'une telle mention dans le formulaire de demande du permis de construire n'est pas anodine. L'administration s'en tient en effet à la théorie, d'origine jurisprudentielle, du « propriétaire apparent », en ne contrôlant pas la qualité du demandeur, partant du principe que ce dernier a un intérêt à déposer une demande. Il peut en effet très bien s'agir d'un titulaire d'une promesse de vente ou bien d'un bail constitutif de droits réels. Cela dit, le Conseil d'Etat a considéré que le demandeur peut régulariser sa qualité jusqu'à la date à laquelle l'autorité administrative statue sur

²² Formulaires Cerfa n°13406*03 et n°13409*03

sa demande²³. A défaut, l'administration est tenue de refuser la demande de permis dès lors qu'elle a connaissance du défaut de qualité dudit demandeur. Mais qu'est-ce qu'un « propriétaire apparent » en langage civiliste ? Difficile à dire dans la mesure où le contentieux du permis de construire relève de la juridiction administrative, à laquelle il n'appartient pas d'apprécier le *distinguo* civil entre acte d'administration et acte de disposition.

Les juridictions administratives ont rarement eu à connaître de litige sur la question de la qualité de nu-propriétaire ou d'usufruitier d'une demande de permis de construire. La Cour d'administrative d'appel de Nancy en 2004 a pu considérer que le « *nu-propriétaire du terrain d'assiette de la construction projetée, justifiait ainsi d'un titre l'habilitant à construire* », laissant entendre que l'accord de l'usufruitier n'était, en l'espèce, pas requis²⁴. L'arrêt ne précise toutefois pas si la qualité de nu-propriétaire était nécessaire, ou bien si, en tant qu'acte d'administration, la qualité de nu-propriétaire constituait *a fortiori* un titre habilitant à construire.

Quelques années plus tard, en 2009, une réponse ministérielle a posé sans équivoque le principe qu'une demande de permis de construire était un acte d'administration²⁵. Cette réponse est intervenue avec d'autant plus que pertinence que le décret n° 2008-1484 du 22 décembre 2008 relatif aux actes de gestion du patrimoine des personnes placées en curatelle ou en tutelle, dont l'annexe a constitué le premier document de nature réglementaire à établir clairement ce qui relève des actes d'administration et des actes de disposition, n'a pas classé l'acte de construire dans une catégorie ou dans l'autre.

Le droit de la copropriété semble pour sa part plutôt assimiler le droit de construire à un acte de disposition, puisque, aux termes de l'article 35 de ladite loi :

« la surélévation ou la construction de bâtiments aux fins de créer de nouveaux locaux à usage privatif ne peut être réalisée par les soins du syndicat que si la décision en est prise à la majorité prévue à l'article 26 ».

La majorité de l'article 26 en matière de copropriété est celle nécessitant deux tiers des voix, se référant expressément à une majorité requise pour les actes de disposition. Le régime juridique du lot transitoire, qui consiste à confier des droits à bâtir résiduels à un seul copropriétaire, pose de ce point de vue davantage de difficultés. Nous aurons l'occasion d'y revenir plus longuement dans nos développements.

Le droit de la copropriété nous conduit à évoquer son alternative, la division en volumes, pour ouvrir une parenthèse non pas sur une catégorie de démembrement de propriété, mais sur la superposition de propriétés distinctes sur un même terrain²⁶. En effet, si un terrain est scindé verticalement en propriétés distinctes, selon la technique de la division en volumes tirée du droit de superficie posé par l'article 553 du Code civil, à quel volumiste appartient le droit de construire ? En application du droit des sols, la qualité à déposer une demande de permis de construire revient en principe à celui qui possède le volume comportant le sol. La doctrine s'est largement penchée sur cette question, en particulier suite à la jurisprudence du Conseil d'Etat, dite «

²³ CE, 27 févr. 2008, Gautier, n° 289945

²⁴ CAA Nancy, 9 décembre 2004, n° 00NC00815

²⁵ Rép. min. n° 17462 : JOAN Q, 22 déc. 2009, p. 12253 ; JCP N 2010, 117

²⁶ V. à ce sujet : David Richard, *De la propriété du sol en volume*, Thèse, Paris, 2015

commune de Grenoble », qui a admis la possibilité de demander deux permis de construire distincts sur un même terrain dès lors que chacun d'eux porte sur un élément fonctionnel autonome, sans aller toutefois jusqu'à reconnaître une assiette foncière volumétrique²⁷. Là encore nous reviendrons largement sur cette problématique.

Une autre forme de division de la propriété, en l'occurrence le lotissement, régi pour sa part par le Code de l'urbanisme, nous donne des éléments de réflexion supplémentaires quant à la question de la nature du droit de construire. L'article L. 442-1 du Code de l'urbanisme dispose en effet que : « *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* ».

Le législateur précise ainsi que le lotissement est nécessairement une division en vue de bâtir, et que cette division peut être en propriété mais aussi en jouissance. Par syllogisme, on peut donc considérer que le droit de jouir d'une fraction de terrain donne qualité pour y déposer une demande de permis de construire. En effet, une opération de lotissement peut très bien consister pour un propriétaire à attribuer un droit de jouissance sur des parties de son terrain, l'objet de cette attribution (et non un transfert de propriété) étant précisément de confier un droit à bâtir sur les lots ainsi créés. Soulignons toutefois que la division en jouissance pose une série de difficultés juridiques. Il semble que le législateur ait voulu l'introduire dans la définition du lotissement pour prévenir toute situation de lotissement déguisé. Ainsi, une « copropriété horizontale », dans laquelle chaque lot consiste en un droit de jouissance exclusive portant sur une fraction du sol, est constitutive de lotissement et doit être soumise à permis d'aménager. La pratique de la copropriété horizontale sans recourir à une autorisation de lotir – également appelée « méthode Stemmer » – a ainsi été condamnée par la jurisprudence²⁸.

Il est à préciser toutefois que la constitution de copropriétés horizontales n'est pas la seule hypothèse de division en jouissance. Il peut en effet y avoir des cas de division en jouissance constitutives de lotissement lorsqu'il s'agit de mettre en location une partie de son terrain, par des baux consentis dans l'intention de bâtir²⁹. Il faut bien préciser que toute location ne constitue pas une division en jouissance de la propriété foncière. Le Conseil d'Etat a ainsi pu annuler ainsi cinq refus de permis de construire opposés à cinq demandes portant sur la réalisation de cinq habitations présentées par un seul maître d'ouvrage sur un même terrain d'assiette³⁰. Lorsque le bail est constitutif de droits réels est consenti, ce n'est pas la simple détention d'un droit de jouissance sur une fraction de terrain qui suffit à donner qualité à demander un permis de construire. Mais c'est le bail constitutif de droits réels qui tient lieu d'autorisation du propriétaire au titre de l'article R. 423-1 du Code de l'urbanisme. Une telle opération passe donc nécessairement par une procédure de lotissement ou d'une de ses alternatives.

²⁷ CE, 17 juillet 2009, Commune de Grenoble, n° 301615, BJDU 2009, n° 4, p. 269, concl. J. Burguburu, et note J.-Cl. B.

²⁸ CE, 21 août 1996, ville de Toulouse, n° 137834, BJDU 6/1996, p. 404, concl. J. Arrighi de Casanova

²⁹ Cass. 3^{ème} civ., 17 nov. 2004, n° 03-15193

³⁰ CE, 7 mars 2008, Commune Mareil-sur-Guyon, n° 296287, BJDU 2008, n° 1, p. 37, note Y. Struillou

On notera ici que le droit de diviser est, tout comme le droit de construire, un attribut du droit de propriété, et plus précisément du droit de disposer d'un bien. Un arrêt tout à fait intéressant du Conseil d'Etat du 28 juin 1996 a d'ailleurs reconnu l'interdiction faite au rédacteur d'un POS de porter une atteinte directe au droit de propriété en l'absence d'une habilitation du législateur. L'ancien article L. 123-1 du Code de l'urbanisme permettait en effet d'apporter des limitations au droit d'utiliser ou d'occuper le sol (ce qui fonde la légalité des documents d'urbanisme), mais pas au droit de disposer d'un bien. L'interdiction en l'occurrence de céder aux riverains les espaces verts communs d'une opération de construction a donc été déclarée illégale³¹. Cette jurisprudence a été confirmée récemment, dans un arrêt tout aussi commenté, selon lequel un PLU ne pouvait interdire par principe de diviser les terrains³². Les divisions foncières soumises à un contrôle administratif étant nécessairement celles opérées en vue de bâtir, l'interdiction de les interdire doit être soulignée. Ce qu'il faut retenir de cette jurisprudence est que si un document d'urbanisme peut venir limiter le droit de construire, il ne peut en aucun cas porter frontalement atteinte au droit de propriété lui-même, quand bien même il s'agirait d'anticiper sur l'interdiction de détachements de terrains en vue de bâtir. Un auteur a pu commenté de manière assez habile la portée de cette jurisprudence de la manière suivante :

« Le plan d'occupation des sols peut légalement ruiner un propriétaire en rendant un terrain inconstructible, mais ne peut lui interdire de vendre ce terrain dépourvu de valeur »³³.

(11.) Au-delà de la question de la personne ayant qualité à demander un permis de construire au sens du Code de l'urbanisme, et donc à en devenir le titulaire, l'instauration d'un tel contrôle de l'administration a eu pour effet de ne plus rendre tout à fait libre le propriétaire d'édifier toute construction qu'il juge à propos. L'obligation de solliciter une autorisation administrative ne remet pas en cause le droit de construire, mais la liberté de construire.

Le Code de l'urbanisme ne donne pas de définition légale du permis de construire, mais le portail du gouvernement le définit comme un acte administratif *« qui donne les moyens à l'administration de vérifier qu'un projet de construction respecte bien les règles d'urbanisme en vigueur »*³⁴. Cette définition ne nous paraît pas satisfaisante et il convient à notre avis de la compléter avec l'idée qu'il s'agit également de vérifier que le projet n'entre pas non plus en contradiction avec l'ensemble des restrictions de nature administrative. Nous reviendrons plus précisément sur ces notions, mais nous pouvons déduire à ce stade de cette définition que l'autorité compétente pour délivrer le permis de construire est tenue d'opérer un contrôle au regard des règles d'urbanisme et servitudes de droit public, c'est-à-dire basé sur des critères objectifs. Et c'est en cela que la nécessité d'obtenir un permis de construire ne saurait remettre en cause le droit de construire. Si le projet est conforme aux règles et servitudes en vigueur, on reste bien dans l'idée que le propriétaire peut édifier toutes constructions dans la limite des exceptions que constituent les servitudes et les lois et règlements ainsi que l'énoncent les articles 544 et 552 du Code civil.

³¹ CE, 28 juin 1996, M. Durnez, n° 164480, BJD 1996, p. 182, concl. R. Schwartz, note L. Touvet

³² CE, 27 juillet 2012, Hoffmann, n° 342908, BJD 2012, p. 446, concl. X. de Lesquen, note P. Baffert

³³ Laurent Touvet, sous CE, 28 juin 1996, M. Durnez, n° 164480, Obs. BJD 1996, n° 3, p. 182

³⁴ Service-public.fr

Pourtant, le Code de l'urbanisme prévoit qu'il peut en être autrement. Une série d'articles, de source réglementaire, prévoient qu'un projet peut être refusé - ou bien assorti de prescriptions spéciales – pour des raisons de salubrité ou de sécurité publique (R. 111-2), de possibles nuisances (R. 111-3), de présence d'un site ou de vestiges archéologiques (R. 111-4), de l'insuffisance de réseaux et d'équipements (R. 111-5). Il est alors admis que le droit de construire puisse être directement mis en cause sur la base de critères d'appréciation subjective, pour des motifs certes liés à l'intérêt général ou bien à l'ordre public. L'acte administratif dont les motivations se fondent sur des critères d'appréciation subjectifs vient alors heurter l'exercice du droit de construire, s'exposant à un contentieux assez probable. Il en va de même s'agissant des articles R. 111-6 et R. 111-7 qui prévoient la possibilité que le permis impose à son titulaire la réalisation d'équipements ou d'aménagements pourtant non expressément prévus dans la réglementation d'urbanisme applicable.

En vérité, en instaurant ce qui devait être un simple contrôle du respect des règles applicables, le législateur a donné à l'Administration le pouvoir de s'opposer à tout projet de construction pour des motifs certes légitimes, mais sans lien direct avec des règles d'urbanisme ou une utilité publique dont résulterait une servitude. Cela dit, on peut considérer que ces dispositions ont pour objet de permettre à l'administration d'exercer son pouvoir de police administrative et non de maîtriser l'urbanisation. La responsabilité de l'administration pourrait même être engagée si celle-ci se montrait complaisante à délivrer un permis de construire alors qu'un trouble à l'ordre public était à ce point manifeste qu'elle aurait dû le refuser. De ce point de vue, l'atteinte au droit de construire serait parfaitement justifiée.

(12.) Ainsi, le droit de construire peut être défini dans sa conception originelle comme un droit général et absolu attaché à la propriété foncière, mais dont l'exercice est limitée par des lois et règlements ou bien des mesures de police administrative. La soumission de l'acte de construire à une autorisation est venue permettre à l'administration de contrôler la validité d'un projet de construction au regard de ces lois et règlements, ou bien même de s'y opposer pour des raisons d'ordre public ou plus largement d'intérêt général.

En définitive, il nous semble bien établi que le droit de construire est attaché à la propriété foncière, en dépit du fait que le Conseil d'Etat ne l'ait jamais expressément reconnu. Pour être plus précis, nous pourrions théoriser le droit de construire comme un droit fondamental en ce qu'il est devenu le principal attribut du droit de propriété. Ce droit fondamental est toutefois latent, voire abstrait, puisque son étendue ne se révèle que par la fixation de règles par l'administration, dont le respect est contrôlé au travers d'autorisations d'urbanisme. Mais ce n'est pas parce qu'il est latent qu'il ne pourrait pas être considéré comme un droit fondamental. En comparaison, il existe une série de droits qui sont fondamentaux, mais dont l'exercice est soumis à une autorisation administrative, comme par exemple le droit de manifester.

Nous n'entrerons pas ici dans les cas particuliers où la construction est soumise à déclaration ou bien est exempte de toute formalité administrative, ces cas de figure étant relativement anecdotiques. Nous allons en revanche nous attarder sur ces « servitudes » et « lois et règlements » évoqués dans les articles 544 et 552 du code civil qui restreignent le caractère général et absolu du droit de construire.

2- De la limitation du droit de construire à la règle d'urbanisme

(13.) La limitation du droit de construire ne peut consister, aux termes de l'article 552, qu'en des « servitudes et des services fonciers », les deux notions étant de nature similaire. Plus tard sont apparues de nouvelles limitations que l'on appelle les règles d'urbanisme, dont il convient de se demander si celles-ci peuvent être classées dans une catégorie à part de servitudes.

Dans notre droit positif, la servitude est définie à l'article 637 du Code civil, dont la rédaction n'a pas évolué depuis 1804, aux termes duquel il s'agit de toute « *charge imposée sur un héritage pour l'usage et l'utilité d'un héritage appartenant à un autre propriétaire* ». En réalité, la notion de servitudes ne date pas du Code civil, ni de l'ancien régime, mais remonte au droit romain³⁵. A l'époque, les servitudes présentaient les traits et caractéristiques essentiels quasi identiques à celles que nous les connaissons aujourd'hui avec le Code civil. Il faut dire que le régime du droit de propriété prévu par le législateur en 1804 s'est fortement inspiré du droit romain et qu'en conséquence, le droit des servitudes aussi. Un auteur relève en effet un parallèle entre les éléments constitutifs et les caractères essentiels des servitudes en droit romain et en droit civil français, à ceci près remarque-t-il qu'« *il s'agissait essentiellement de servitudes du fait de l'homme, constituées par convention, et non de servitudes légales au sens auquel on peut l'entendre aujourd'hui* »³⁶.

A la chute de l'empire romain, avec l'évolution du régime de la propriété foncière, les servitudes sont devenues ce que l'on a appelé des « services féodaux »³⁷. Sur le domaine du seigneur, un « service » pouvait être établi au profit ou à la charge d'une personne, en principe le tenancier, et non plus sur le fonds de terre lui-même³⁸. Les servitudes, c'est-à-dire les charges grevant le bien-fonds lui-même, sont réapparues, selon cet auteur, progressivement dès le XVe siècle tout en coexistant avec le régime des services féodaux.

Le Code civil n'a donc fait que codifier des droits existants, dans un contexte où le droit de propriété venait d'être consacré par la Déclaration des droits de l'Homme et où environ quatre millions de parcelles allaient être cadastrées. Il a néanmoins supprimé, conformément aux idéaux révolutionnaires, la notion de « services féodaux », qui deviendront des « services fonciers », expression juridiquement synonyme du terme « servitude ». En réalité, la définition que donne l'article 637 à la servitude n'est pas satisfaisante puisqu'elle exclut de fait la servitude d'utilité publique, pourtant visée par le Code civil dès 1804. La notion de servitude d'utilité publique sera progressivement théorisée par la suite. Pour être tout à fait précis, l'idée que l'utilité publique puisse également justifier une restriction du droit de construire est très ancienne, mais c'est le fait de l'avoir juridiquement théorisée qui est relativement récent.

Nous l'avons vu, le Code civil a donné en 1804 une base légale au droit de propriété. Mais le législateur s'est tout de suite empressé d'instaurer un régime de servitudes. Est ainsi posé le droit absolu de propriété, tout « *en consacrant le germe sa relativité véritable* » pour reprendre les termes du Professeur Bergel. Cet équilibre est

³⁵ Jean-Louis Halperin, *Histoire du droit des biens*, Paris, Economica, 2008, p. 50

³⁶ Jean-Philippe Tricoire, *Servitudes. – Définition. Eléments constitutifs. Conditions d'existence. Caractères. Classifications*, JCP Géomètre-expert – foncier, fasc. 10, 2010, n°2

³⁷ *Ibid*

³⁸ Jean-Philippe Lévy et André Castaldo, *Histoire du droit civil*, 2e éd., Précis, Dalloz, 2010, n° 271, p. 356

néanmoins envisagé, à l'époque, principalement sous le prisme de relations paisibles de voisinage. Il s'agissait d'imposer une charge sur le fonds d'un propriétaire au profit du fonds d'un autre propriétaire, sans même que ne soit d'ailleurs précisé une quelconque obligation de contiguïté de terrains.

La servitude de droit privé suppose donc la présence d'un fonds dominant et d'un fonds servant. Un propriétaire est restreint dans l'exercice de son droit de construire seulement au profit d'un autre propriétaire et pour une utilité déterminée. Les servitudes prévues par le Code civil peuvent, aux termes des dispositions de l'article 639 du Code civil, être classées en trois grandes catégories selon leur source : naturelles, légales et conventionnelles. On objectera que la nuance entre une servitude légale et une servitude naturelle peut-être parfois subtile et qu'il convient en outre d'ajouter une quatrième catégorie que le Code civil n'a pas prévue : les servitudes judiciaires.

Au-delà des habituelles critiques adressées aux dispositions du Code civil relatives aux servitudes (le bornage et la mitoyenneté n'y auraient pas leur place), on peut retenir qu'une servitude peut être instituée de plein-droit lorsque les circonstances l'exigent (enclave, topographie, etc.), ou bien peut faire l'objet d'un accord entre deux ou plusieurs propriétaires de fonds différents, ou enfin peut être décidée par le juge.

Cela dit, la plupart des servitudes prévues par le Code civil n'ont pas expressément pour objet d'être limitatives du droit de construire. Par exemple, la servitude d'écoulement des eaux ou un droit de passage ne concerne pas l'acte de bâtir en lui-même. Pas plus que les vues et jours sur la propriété de son voisin ou l'égout des toits. Mais les contraintes résultant de ce type de servitudes pourront avoir pour effet d'adapter la conception architecturale des constructions en conséquence. C'est la servitude qui bien souvent formatera la forme bâtie. En revanche, les servitudes légales de prospect entre des constructions ont un effet plus direct sur le droit de construire.

Les servitudes conventionnelles, que le Code civil désigne par servitudes « du fait de l'Homme », c'est-à-dire celles que des propriétaires peuvent librement consentir, et dont l'objet n'est pas énuméré limitativement, portent en général plus directement sur le droit de bâtir. On peut même relever que les servitudes conventionnelles sont souvent issues d'opérations de division du sol. Celui qui divise son terrain pourra se voir reconnaître le bénéfice de servitudes dites « par destination du père de famille » ou bien d'élaborer, pour des opérations plus complexes, un cahier des charges ayant pour effet de limiter l'étendue du droit de construire sur les lots détachés. Il est en effet plus aisé d'imposer des conditions restrictives de l'usage d'une propriété à l'occasion de la vente d'un terrain issu d'une division foncière que dans l'hypothèse où un propriétaire de terrain souhaite imposer des restrictions à l'exercice du droit de propriété de son voisin. Dans le premier cas, il n'y a pas de négociation possible, la servitude est une condition de la vente. Dans le second cas, il faut envisager une indemnisation, en contrepartie de l'établissement de la servitude.

La servitude conventionnelle a alors été conçue initialement par le législateur comme un moyen pour un propriétaire de pouvoir contrôler, avec l'accord des voisins ou des acquéreurs de lots qu'il détache lui-même de son terrain d'origine, l'évolution des constructions dans son environnement direct afin de ne pas lui obstruer la vue, l'ensoleillement, l'aération ou bien même porter atteinte à son intimité. Mais progressivement, elle est devenue l'instrument privilégié des opérateurs souhaitant permettre aux futurs propriétaires de conserver la maîtrise des formes bâties d'un

projet dont ils sont à l'origine, en fixant sur un périmètre donné des règles générales relatives notamment à la densité ou à l'esthétique, dans lequel tous les fonds sont à la fois dominants et servants les uns des autres. Historiquement, de telles règles ont été envisagées en matière de lotissement d'abord comme des servitudes « mixtes », même si cette notion a pu être décrite par la doctrine, c'est-à-dire à la fois de droit public (donc opposables à l'administration) et privé (opposables aux colotis). Ce n'est que tardivement que les cahiers des charges sont devenus des documents purement contractuels, pouvant toutefois contenir, selon une réforme législative très récente, des clauses de nature réglementaire qui ne sauraient donc être constitutives de servitudes. Nous aurons l'occasion dans nos développements de revenir très largement sur ces questions.

(14.) Les servitudes de droit privé, prévues par le Code civil, ne sont pas les seules à venir grever des fonds de restrictions dans l'exercice du droit de propriété, et donc du droit de construire. Lorsqu'une utilité publique le justifie, l'administration peut également venir frapper des terrains de restrictions. La servitude de droit public est pour sa part intimement liée à la notion d'utilité publique.

En dépit de sa nature juridique, la servitude d'utilité publique est brièvement évoquée dans le Code civil, en introduction du chapitre relatif aux servitudes légales, à l'article 649 :

« Les servitudes établies par la loi ont pour objet l'utilité publique ou communale, ou l'utilité des particuliers. »

L'article 650 du Code civil ajoute que :

« Celles établies pour l'utilité publique ou communale ont pour objet le chemin de long des cours d'eau domaniaux, la construction ou réparation des chemins et autres ouvrages publics ou communaux. ».

Il va de soi que cette énumération n'est pas limitative, d'autant que le deuxième alinéa de l'article 650 précise que *« Tout ce qui concerne cette espèce de servitude est déterminé par des lois ou des règlements particuliers. »*.

À la différence des servitudes de droit privé, elles ne font pas l'objet d'une définition. En effet, le fait de figurer au chapitre du Code civil relatif aux servitudes légales ne peuvent en aucun cas en faire des servitudes au sens de l'article 637 puisque l'on n'est pas en présence d'un rapport entre un fonds dominant et un fonds servant. S'agit-il rétrospectivement d'une incohérence dans la rédaction du Code civil ? Peut-être, même si les servitudes légales et celles d'utilité publique ont en commun d'être légalement instituées, hors de toute considération d'autonomie de la volonté du propriétaire du fonds servant.

Même si le législateur n'en a jamais apporté de définition, le Conseil constitutionnel a pu pour sa part esquisser les grandes lignes d'une "théorie générale" des servitudes administratives³⁹. On peut ainsi établir qu'une servitude de droit public est une charge réelle grevant l'exercice d'un droit de propriété, en se distinguant à la fois des mesures de police et de l'expropriation.

La question de la distinction entre une servitude d'utilité publique et une mesure de police administrative, n'est pas évidente, et la jurisprudence n'est pas constante sur ce

³⁹ CC, déc. n° 85-198, 13 déc. 1985

point. Le Conseil d'Etat a par exemple considéré en 2003 qu'une servitude administrative impliquait la création d'une charge sur un ou plusieurs fonds déterminés mais ne pouvait régir une activité économique⁴⁰. Quelques années plus tôt, en 1998, la Haute juridiction avait pourtant considéré que le classement d'un site constituait une servitude d'utilité publique, bien que relevant de la police de l'urbanisme⁴¹. Une telle interprétation a impliqué d'une part que ce classement pouvait viser un terrain pourtant situé en zone réputée constructible par le POS, et que d'autre part, il pouvait donner lieu à indemnisation selon le régime des sites classés.

Il n'en demeure pas moins qu'une mesure de police administrative, bien que ne constituant pas une servitude d'utilité publique, peut restreindre le droit de construire. Pourtant, comme indiqué dans le point précédent, le Code civil n'envisage une restriction au droit de construire au motif d'une mesure de police que dans le cas du sous-sol, et non du sur-sol, comme l'énoncent les deuxième et troisième alinéas de l'article 552. Force est de constater que le Conseil d'Etat a pu en décider autrement. Rappelons également que c'est par mesure de police que l'autorité compétente pour délivrer un permis de construire peut s'opposer à un projet, bien que conforme aux règles d'urbanisme et non-contraire à une quelconque servitude d'utilité publique, pour des raisons de salubrité ou de sécurité publique, de possibles nuisances, de présence d'un site ou de vestiges archéologiques, ou d'insuffisance de réseaux et d'équipements.

S'agissant de la distinction entre une servitude et une expropriation, les choses semblent plus claires. L'expropriation porte atteinte frontalement au droit de propriété. La servitude restreint certains attributs de ce droit, et non le droit lui-même, au profit d'une utilité publique. La jurisprudence est constante sur ce point, la servitude n'équivaut même pas à une forme d'expropriation partielle⁴².

Si le législateur n'a jamais apporté de définition précise de la servitude d'utilité publique, la doctrine a été davantage prolifique. Récemment, Stéphanie Laporte-Leconte a tenté d'apporter une définition commune à l'ensemble des servitudes, de droit public et privé. Ainsi, il peut être établi qu'à la différence des servitudes de droit privé, il n'y a pas de relation de dominant à servant entre différents fonds, mais « *des charges foncières au service d'un intérêt général* » se caractérisant par « *l'absence de fonds dominant* »⁴³. A l'instar des servitudes de droit privé, toutes les servitudes d'utilité publique n'ont pas pour objet de limiter expressément le droit de construire, mais quasiment toutes ont pour effet soit de réduire la constructibilité, soit d'impacter la conception architecturale d'une construction, au nom d'un motif d'intérêt général.

En l'absence de définition légale, l'ancien article R. 126-1 du Code de l'urbanisme, dont les dispositions sont aujourd'hui reprises à l'article R.151-51, les avait toutefois classées dans son annexe en quatre grandes catégories : les servitudes relatives à la conservation du patrimoine, celles relatives à l'utilisation des ressources et équipements, celles relatives à la Défense nationale et enfin celles relatives à salubrité et à la sécurité publiques⁴⁴. L'ancien article L. 126-1 du Code de l'urbanisme,

⁴⁰ CE, 5 nov. 2003, SCI Les Blés d'or, n° 237383

⁴¹ CE, 16 nov. 1998, Ferly, n° 190200 ; Dr. imm. 1999, p. 60

⁴² CE, 13 avr. 1983, Assoc. tourisme de plein-air à Belle-île-en-Mer : Rec. CE 1983, tables, p. 902

⁴³ Stéphanie Laporte-Leconte, *Le rapprochement des servitudes de droit privé et des servitudes de droit public, contribution à l'évolution de la notion de servitude*, Actes pratiques et ingénierie immobilière, 3/2014

⁴⁴ Georges Liet-Veaux, *Servitudes administratives – Grandes catégories*, JCP Administratif, fasc. 392, 2011

désormais codifié à l'article L.151-43, impose pour sa part que les plans locaux d'urbanisme comportent en annexe les servitudes d'utilité publique affectant l'utilisation du sol, selon la liste établie mentionnée ci-dessus.

Soulignons bien que ces dispositions ne définissent pas de manière exhaustive l'ensemble des servitudes de droit public, mais seulement celles affectant l'utilisation du sol. Il existe en effet une multitude de servitudes administratives n'affectant pas l'usage du sol, telles que celles consistant à apposer des plaques de nom de rue, ou encore de fixer des réverbères sur les façades de bâtiment. Ce type de servitudes n'ayant aucun effet sur le droit de construire, il y a lieu de les écarter de notre propos pour nous concentrer sur celles mentionnées dans le Code de l'urbanisme.

(15.) Si toutes les servitudes d'utilité publique susceptibles de limiter le droit de construire, inventoriées en quatre catégories, sont mises en annexe du PLU, quelle est dès lors la nature des règles et prescriptions inscrites dans son règlement et son plan de zonage ? S'agit-il d'une cinquième catégorie de servitudes d'utilité publique ? Si oui, est-ce que toutes les règles d'urbanisme doivent être considérées comme des servitudes ou bien seulement celles qui ont pour objet de limiter l'exercice du droit de propriété ?

Un auteur a publié un ouvrage, en 1969, dont l'intitulé est évocateur : *Les charges d'urbanisme*. Il part du postulat que les « charges d'urbanisme » s'analysent en des servitudes de droit public, en y incluant le règlement d'urbanisme. C'est un point de vue que nous contestons pour les raisons qui seront exposées ci-après. Toutefois, il y a lieu de retenir de son œuvre une idée qui nous semble intéressante. Pour lui, l'urbanisme s'oppose à la propriété, « synonyme de spéculation et d'immobilisme », du moins selon le caractère individuel que lui a conféré la Révolution, « essentiellement tourné vers l'intérêt personnel et égoïste de son titulaire »⁴⁵. Il avance toutefois qu'avec l'évolution de la société, la propriété est devenue une fonction sociale, et que les intérêts individuels ont tendance à converger avec l'intérêt public. Nous pourrions reprendre cette idée à notre compte, qui traduirait à notre avis le fait qu'un règlement d'urbanisme n'est pas en soi une limitation du droit de construire, mais constitue l'ensemble normatif qui vient révéler, sur des propriétés foncières, des droits à bâtir qui sont latents.

Cette question quant à la nature du droit de construire est essentielle. En effet, considérer toute règle d'urbanisme comme une restriction au droit de propriété n'est juridiquement pas anodin, notamment quant au débat sur l'indemnisation ou non des servitudes. L'ancien article L. 160-5 du Code de l'urbanisme, désormais codifié à l'article L. 105-1 pose en effet le principe de non-indemnisation des « servitudes d'urbanisme », assortie de deux exceptions : lorsque la servitude cause un « dommage spécial », ou lorsqu'elle a pour effet de porter atteinte « à des droits acquis ».

Est-ce que le législateur a explicitement laissé entendre que toutes les règles contenues au sein même d'un document d'urbanisme (et non en annexe) sont des servitudes *stricto sensu* ? On pourrait être tentés de répondre par la négative et même soutenir qu'il s'agit là d'un abus de langage. En effet, la notion d'indemnisation (ou de non-indemnisation) des servitudes est relativement récente en droit administratif, alors qu'il en est question en droit privé depuis les origines du Code civil, si ce n'est avant. Lorsque s'est posée la question de compenser ou non des moins-values causées par une limitation administrative des droits à bâtir, voire une interdiction de

⁴⁵ Jean-Marie Rivalland, *Les charges d'urbanisme*, Paris, LGDJ, 1969, p. 219

construire, prise sur le fondement de la législation de l'urbanisme, le langage civiliste semble s'être invité dans les débats et c'est sans doute ainsi que fut introduite la notion de « servitude d'urbanisme ». Ce n'est certainement pas un hasard si la Cour de cassation a pu parler de « servitude d'urbanisme » pour désigner une règle contenue dans un règlement d'urbanisme⁴⁶, ce que le Conseil d'Etat n'a jamais fait à notre connaissance.

Un autre exemple très récent illustre cette différence de vocabulaire. Pour un civiliste, un cahier des charges de lotissement est un document contractuel de droit privé, et les stipulations qu'il peut contenir relatives à des restrictions du droit de construire sont des servitudes. Le Code de l'urbanisme, en son article L. 442-9 tel qu'il résulte de loi ALUR du 24 mars 2014, qualifie de telles stipulations de « clauses de nature réglementaire » ou bien même de « clauses de nature non-réglementaire ayant pour objet ou pour effet d'interdire ou de restreindre le droit de construire ». Le terme de servitude semble être tabou. Malgré cette réforme, une partie de la doctrine continue de qualifier, le contenu réglementaire des cahiers des charges de servitudes.

Un autre article du Code de l'urbanisme, relatif au certificat d'urbanisme, est également assez révélateur. L'article L. 410-1 dispose en effet que :

« Le certificat d'urbanisme, en fonction de la demande présentée :

- a) Indique les dispositions d'urbanisme, les limitations administratives au droit de propriété et la liste des taxes et participations d'urbanisme applicables à un terrain ; (...) ».*

Le législateur distingue bien ici « *les dispositions d'urbanisme* » des « *limitations administratives au droit de propriété* ». Ce qui revient à considérer que les dispositions d'urbanisme ne sont pas des « *limitations* ». S'il est avéré qu'effectivement, une règle d'urbanisme n'est pas nécessairement une servitude, sans doute faudrait-il considérer que l'usage des termes « *servitude d'urbanisme* » est une approximation. Le vocabulaire employé n'est pas sans conséquence. En effet, si une servitude ne cause aucun dommage spécial, ou bien ne porte atteinte à aucun droit acquis, en quoi peut-elle être limitative du droit de propriété, et de son attribut, le droit de construire ?

Dans un article intitulé « *Réflexions sur les caractères de la règle d'urbanisme* », Jean-Bernard Auby pose la question de savoir si la caractérisation des contraintes d'urbanisme comme servitudes est adéquate. Il rappelle qu'il n'existe pas de principe général d'indemnisation des servitudes administratives, et semble alors davantage assimiler la règle d'urbanisme à une réglementation de police, en avançant que « *Le fait qu'elle restreigne les prérogatives liées à la propriété immobilière n'induit pas nécessairement la qualification de 'servitude' »*⁴⁷.

Pour sa part, Sylvain Pérignon opte pour une acceptation positive de la notion de règles d'urbanisme. Non seulement il n'assimile pas ces dernières à des restrictions, mais il va jusqu'à affirmer que les droits à construire « *résultent de prescriptions unilatérales émanant de la puissance publique, qu'il s'agisse de la définition législative ou réglementaire des règles générales d'urbanisme ou de l'acte rendant opposable un document d'urbanisme* », et d'ajouter que les règles d'urbanisme sont « *édictées dans le cadre d'une police spéciale de l'occupation et de l'utilisation du*

⁴⁶ Cass. 3^{ème} civ., 23 oct. 1974 : Bull. civ. 1974, III, n° 373

⁴⁷ Jean-Bernard Auby, *Réflexions sur les caractères de la règle d'urbanisme*, RDI, 1995, p. 39

sol »⁴⁸. Selon cette analyse, à laquelle nous adhérons, les servitudes relèvent des limitations telles que mentionnées dans le Code civil, alors que les règles d'urbanisme relèvent du champ de la police administrative. Ces dernières ne peuvent être qualifiées de limitations du droit de construire à supposer même qu'elles seraient vécues par les propriétaires comme des restrictions dans l'exercice de leurs droits.

Le Professeur Lebreton va même jusqu'à s'interroger sur la question de savoir si le droit de l'urbanisme n'est pas devenu « *une garantie de l'octroi du droit de construire* », citant au passage un rapport du Conseil d'Etat de 1992 considérant comme « *provocatrice* » la présentation du droit de l'urbanisme « *comme le droit des atteintes légales à la propriété foncière* »⁴⁹. Il est vrai que les outils sont nombreux pour assurer aux propriétaires une sécurité juridique dans leurs droits à bâtir : le certificat d'urbanisme, le lotissement, etc.

Par ailleurs, comme toute police administrative, celle de l'urbanisme est caractérisée par sa mutabilité. La règle d'urbanisme évolue au gré des évolutions des documents d'urbanisme, ce qui n'est pas le cas d'une servitude qui est par essence une limitation dont l'étendue est figée dans le temps, puisqu'elle procure une utilité. Or, cette utilité n'est pas graduelle, et ne peut faire évoluer la charge à la hausse ou à la baisse dans la quantification des droits à bâtir.

On regrettera alors le flou induit par la nouvelle codification de la partie législative du Code de l'urbanisme issue de l'ordonnance n° 2015-1174 du 23 septembre 2015, qui a introduit, au titre I^{er} relatif au « *Règles applicables sur l'ensemble du territoire* », un chapitre intitulé « *Servitudes d'urbanisme* », distinct de celui relatif au « *Règlement national d'urbanisme* », et qui ne contient que des dispositions spécifiques d'une part aux servitudes de périmètre de protection des biens et des personnes autour des installations classées et d'autre part celles résultant des plans d'exposition au bruit des aéroports. Si le contenu de ce chapitre présente un caractère exhaustif, cela signifierait que la notion de servitude d'urbanisme est réduite à peau de chagrin. Quoiqu'il en soit, cette nouvelle codification confirme bien que les prescriptions fixées dans des documents d'urbanisme ne relèvent pas de la notion de servitudes d'urbanisme.

(16.) Sur la question de la caractérisation de la règle d'urbanisme comme d'une présumée limitation du droit de construire, il semble en réalité exister dans un certain nombre de secteurs du territoire national un seuil de constructibilité jugé acceptable par les propriétaires qui s'y trouvent, éloignant l'idée que la règle d'urbanisme est par essence restrictive.

Ce seuil de constructibilité peut être considéré comme un point d'équilibre, qui peut varier selon une série de facteurs comme la localisation géographique, la typologie du tissu bâti déjà existant, le degré de pression foncière, etc. Pour les particuliers qui ont fait le choix de l'habitat individuel en milieu péri-urbain, il est généralement accepté qu'il puisse y avoir l'interdiction, dans les quartiers où ils ont choisi de vivre, de construire selon une forte densité. Dans l'esprit d'un acquéreur de maison individuelle située dans un quartier résidentiel, on n'achète pas seulement une maison. On achète aussi un cadre de vie que l'on entend bien conserver, ce qui implique le maintien de

⁴⁸ *Op. cit.* Sylvain Pérignon, « *Peut-on vendre des 'droits à construire' ?* » : Defrénois, 1993, art. 35486, n° 4 et 10

⁴⁹ Jean-Pierre Lebreton, « *Le droit de l'urbanisme : de l'organisation générale de l'utilisation des espaces urbains à la garantie d'octroi du droit de construire ?* », Constr. – Urb. n° 7-8, Juillet 2007, colloque 18

droits à bâtir limités. Une règle d'urbanisme limitant la densité ne sera pas vécue individuellement ni collectivement comme une restriction du droit de propriété. Au contraire, la plupart des propriétaires y trouveront souvent leur propre intérêt, puisqu'une hausse des possibilités de bâtir dans un ensemble pavillonnaire pourrait avoir tendance à faire chuter la valeur du foncier. Le droit de jouir et de disposer de sa propriété de manière absolue ne passe donc pas toujours, comme on a pu l'avancer préalablement, par une constructibilité maximale.

Un promoteur aura pour sa part un raisonnement distinct. Il ne va pas ajuster son projet en fonction de la quiétude du quartier, mais en fonction d'une demande qu'il évalue. Il produira du logement dans des quartiers aptes à l'habitation et du commerce ou de l'industrie autrement. Il produira du pavillonnaire là où il prévoit que du logement collectif se vendra difficilement, et produira du collectif plus ou moins dense là où la pression foncière est plus ou moins forte.

Dans un article intitulé « La densification acceptée »⁵⁰, Olivier Piron relève que :

« Si l'on s'en tient à la mesure de la densité résidentielle communale, on découvre cependant une curieuse convergence autour de 4 000 habitants par km² du territoire communal pour diverses formes de dynamiques urbaines. »

L'auteur s'appuie sur des statistiques prises dans différentes villes de France et dans des quartiers présentant des morphologies bâties différentes (Paris et sa première couronne faisant naturellement exception). Malgré cela, il y aurait toujours selon lui une sorte d'autorégulation de la densité à quarante habitants par hectare, même avec des règles d'urbanisme qui diffèrent. L'auteur reconnaît que dans les zones où il est admis de construire densément, il y aura certes plus de logements, mais la taille des ménages y résidant sera moins importante que dans une zone d'urbanisation diffuse.

Une règle d'urbanisme permettant une densité moyenne de construction sera alors perçue comme superflue là où la demande est faible, et restrictive là où la demande est forte. Dans le second cas, on pourrait éventuellement parler de « servitude d'urbanisme » au sens de l'article L. 105-1 du Code de l'urbanisme. Mais peut-on se satisfaire du fait qu'une notion juridique aux contours incertains, qu'est celle de la servitude d'urbanisme, dépende de la réalité d'un marché foncier fluctuant ? Probablement pas, même si le calcul de l'indemnisation d'une servitude dépend toujours d'un prix résultant de la réalité d'un marché foncier. Pour autant, ce ne sont pas des phénomènes démographiques ou économiques, aussi intéressants soient-ils, qui peuvent permettre de tirer comme conséquence que des règles d'urbanisme sont des servitudes ou non.

(17.) Juridiquement, un document d'urbanisme grèvera certes toujours un droit de propriété de restrictions au droit d'en jouir et d'en disposer de manière absolue. Mais nous ne pouvons aller jusqu'à considérer qu'une règle d'urbanisme est une servitude. Ce serait reconnaître qu'elle constitue une charge réelle alors même que l'approbation ou la révision d'un PLU peut justement avoir pour effet de valoriser des terrains par rapport à la situation antérieure. Assimiler toute règle d'urbanisme à une servitude susciterait également une série d'interrogations au regard du facteur temps : est-ce que l'adoption de règles moins contraignantes que celles applicables antérieurement est un avantage que procure l'Administration aux propriétaires ? Une règle d'urbanisme pourrait-elle s'éteindre

⁵⁰ Olivier Piron, *La densification acceptée*, études foncières, n°119, 1/2006

par prescription pour motif de non-usage ? Et comment qualifier des règles d'urbanisme de servitudes lorsqu'un cahier des charges édicte des règles plus contraignantes quant au droit de construire ? Y a-t-il dans ce cas concurrence de servitudes ?

Le Code de l'urbanisme ne définit à aucun moment le plan de zonage ou le règlement du PLU comme un ensemble de servitudes. Cela dit, il est des cas particuliers où le terme de servitudes est utilisé pour des mécanismes de limitation du droit de construire pouvant être instaurés par le PLU lui-même. Il est ainsi des dispositifs optionnels prévus à l'article L. 151-41, qui dispose que :

« Le règlement peut délimiter des terrains sur lesquels sont institués :

(...)

5° Dans les zones urbaines et à urbaniser, des servitudes interdisant, sous réserve d'une justification particulière, pour une durée au plus de cinq ans dans l'attente de l'approbation par la commune d'un projet d'aménagement global, les constructions ou installations d'une superficie supérieure à un seuil défini par le règlement. (...) »

Mais peut-on là encore parler de servitudes pour un gel temporaire des terrains ? Probablement pas, au regard de la définition classique des servitudes, et d'autant plus que cette procédure donne lieu à un mécanisme tout à fait singulier de compensation qu'est le droit de délaissement.

Pour ce qui est du zonage obligatoire prévu à l'article R. 151-17 du Code de l'urbanisme, qu'en est-il de l'hypothèse où un document d'urbanisme classe certaines zones comme inconstructibles ? On ne saurait qualifier un tel classement de règle d'urbanisme puisque, précisément, il ne s'agit pas de définir l'étendue du droit de construire en fixant des règles quantitatives mais de remettre en cause le principe même du droit de construire. Si cette interdiction absolue de construire puise sa source d'une servitude d'utilité publique, on pourra alors considérer qu'il s'agit d'une servitude *non aedificandi* auquel le document d'urbanisme se conforme (rappelons que les servitudes d'utilité publique qui doivent être annexées au PLU sont opposables au PLU lui-même). Si un terrain est par exemple classé en zone inondable, au niveau le plus élevé, le zonage du PLU le classera en zone inconstructible. Dans ce cas, ce n'est pas le document d'urbanisme qui est à l'origine de cette inconstructibilité, mais une servitude établie au titre d'une autre législation.

D'ailleurs, il semble acquis que même si le document d'urbanisme ne se conforme pas à une servitude d'utilité publique rendant des terrains inconstructibles, cette servitude est néanmoins directement opposable. C'est du moins ce qu'a confirmé une réponse ministérielle en 2004, affirmant que *« Lorsqu'une servitude nouvelle rend inconstructibles des terrains qui étaient antérieurement considérés comme constructibles dans un plan d'occupation des sols (POS) ou un plan local d'urbanisme (PLU), cette servitude s'applique immédiatement, même si la commune n'a pas modifié son document d'urbanisme »*⁵¹.

Une telle prise de position est assez révélatrice de la nette distinction qui doit être établie entre une servitude d'utilité publique et les règles contenues dans un document d'urbanisme. Mais si l'interdiction de construire sur un terrain est posée par un document d'urbanisme indépendamment de toute servitude d'utilité publique, peut-on

⁵¹ Rép. min. 13097 : JO Sénat Q. 26 août 2004, p. 1941

parler de règle d'urbanisme *non aedificandi* dans la mesure où tous les compteurs quantitatifs sont à zéro ? Si un document d'urbanisme classe en zone non-constructible un secteur qui n'était préalablement pas couvert par un document d'urbanisme, on peut y voir une continuité qui fait que l'idée de l'établissement d'une servitude *non aedificandi* est à écarter, puisque le document d'urbanisme classe inconstructible des terrains qui l'étaient déjà. *A contrario*, si l'évolution d'un document d'urbanisme a pour effet de classer en zone non-constructible des terrains qui l'étaient, la nature juridique de cette restriction au droit de construire peut susciter des interrogations. Il ne s'agirait alors toutefois pas d'une règle d'urbanisme, puisque par définition, le classement d'un secteur en zone inconstructible se caractérise par l'absence de règles. Peut-être alors s'agirait-il là d'une « servitude d'urbanisme » au sens de l'article L. 105-1 du code de l'urbanisme. Ce n'est pas par l'effet d'une règle d'urbanisme que le terrain est classé *non aedificandi*, mais par l'effet d'un zonage pris en application du Code de l'urbanisme. Dans ce cas-là, il pourrait être envisagé l'indemnisation du classement en zone inconstructible d'un terrain qui serait le seul à subir un tel classement (préjudice spécial), ou bien dont le propriétaire avait obtenu la possibilité de réaliser une opération (atteinte à des droits acquis).

Cela dit, il semble exister peu de documents d'urbanisme interdisant purement et simplement de construire, indépendamment d'une servitude d'utilité publique préalablement établie. Il est en effet courant de voir des PLU délimitant des zones dans lesquelles un principe d'inconstructibilité est posé, mais qui prévoient aussitôt des exceptions sous certaines conditions, quand ce n'est pas le Code de l'urbanisme qui précise lui-même quels types de constructions peuvent être autorisés dans les zones *non aedificandi*.

La question de la portée prescriptions d'un document d'urbanisme, en l'occurrence une interdiction de construire, a pris un nouveau tournant avec une jurisprudence récente. Si une interdiction de construire légalement fixée par un document d'urbanisme n'est pas susceptible de justifier une indemnisation au titre d'une atteinte au droit de propriété, elle peut toutefois porter atteinte à un autre droit fondamental, reconnu par le Convention européenne des droits de l'Homme, le droit à une vie privée et familiale. Par un arrêt du 17 octobre 2013, la Cour européenne des droits de l'Homme a ainsi condamné la France au motif que « *l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et le droit au logement ne peuvent faire obstacle au respect des règles d'urbanisme* »⁵². Dans un arrêt du 17 décembre 2015, la Cour de cassation a ainsi censuré l'arrêt d'une Cour d'appel approuvant le jugement ordonnant la démolition d'une construction illégale sur un terrain classé en espace boisé classé, et donc parfaitement inconstructible, exigeant du juge du fond qu'il opère un contrôle de proportionnalité pour rechercher si « *les mesures ordonnées étaient proportionnées au regard du droit au respect de la vie privée et familiale et au domicile des conjoints X* »⁵³. Le moins que l'on puisse dire est que cette jurisprudence a été accueillie froidement par la doctrine. Le Professeur Noguellou a par exemple exprimé une inquiétude sur le fait que « *tout occupant d'un bien illégalement construit pourra désormais se retrancher derrière son droit à une vie privée et familiale pour tenter de faire échec au respect de la règle d'urbanisme* »⁵⁴.

⁵² CEDH, 17 oct. 2013, Winterstein c/ France

⁵³ Civ. 3^{ème}, 17 déc. 2015, n° 14-22.095, publié au Bulletin ; AJDA 2015. 2467 ; D. 2016. 72 ; RDI 2016. 100

⁵⁴ Rozen Noguellou, *L'effectivité du droit de l'urbanisme en question*, RDI, 2016, p. 237

D'autres types de normes n'étant pas à proprement parler des règles d'urbanisme, mais relevant du droit de l'urbanisme, viennent également limiter le droit de construire. Il s'agit des lois dites « montagne » et « littoral » codifiées respectivement aux articles L.122-1 et s. et L.121-1 et s. du Code de l'urbanisme. A noter qu'une jurisprudence tardive a estimé que la promulgation de la loi « littoral » ne donnait lieu à aucune indemnité⁵⁵. Une telle solution semble logique, *a fortiori* dès lors que l'on considère, à notre avis à juste titre, que ladite loi n'est pas constitutive de servitude.

(18.) En résumé, nous pouvons affirmer que la servitude a pour effet de limiter le droit de construire alors que la règle d'urbanisme a pour objet de le définir. Le droit de jouir et de disposer de la manière la plus absolue de son terrain ne consiste pas toujours à en déduire un droit de construire illimité. Les propriétaires peuvent avoir un intérêt à ce qu'une règle d'urbanisme impose une constructibilité réduite. Cela n'empêche pas une règle d'urbanisme de pouvoir porter atteinte au droit de construire, selon des circonstances multiples, eu égard au contexte urbain existant ou à la pression foncière.

L'auteur précité a publié récemment un ouvrage intitulé « L'urbanisme de la vie privée ». Sa réflexion s'inscrit dans la continuité de ce qu'il a pu écrire sur la notion de densité acceptée, en posant que :

« Le discours de l'urbanisme part d'habitude d'en haut. Bardé de certitudes en tout genre, il prétend afficher une vérité urbaine dans laquelle le réel est prié de bien vouloir d'insérer.

Mais celui-ci résiste. Les habitants ont leurs exigences propres, en confort domestique comme en confort spatial »⁵⁶.

Il dépeint en des termes non-juridiques une réalité qui est la suivante : lorsque les propriétaires en ont la possibilité, et au nom du maintien de leur confort « spatial » et « domestique », ils cherchent par tous moyens à résister à la réglementation d'urbanisme, découlant selon lui d'une « doxa de l'idéologie urbaine ». Cette résistance passe par un activisme d'opposition lors des enquêtes publiques, des réunions de concertation ou des débats qui peuvent avoir lieu lors de l'élaboration d'un document d'urbanisme et de la réalisation d'une opération. Mais elle peut également se cristalliser par un moyen juridique imparable, consistant pour des propriétaires à contracter un ensemble d'obligations réciproques, se substituant aux règles d'urbanisme en vigueur.

⁵⁵ CE, 13 nov. 2009, SNC Domaine de Sausset-les-Pins, n° 309093 ; BJD 2009, n° 6, p. 477

⁵⁶ Olivier Piron, *L'urbanisme de la vie privée*, Bibliothèque des territoires, Ed. de l'aube, 2014

Problématique :

(19.) Bien que le droit de construire soit en principe un attribut du droit de propriété, c'est l'administration qui définit unilatéralement l'étendue de la constructibilité des propriétés foncières, par l'édiction de règles d'urbanisme. La règle de coefficient d'occupation des sols (COS) a pu à cet égard longtemps en constituer la norme de référence, avant d'être récemment supprimée. Désormais, seule la combinaison des règles d'emprise, de hauteur et d'implantation peut déterminer l'étendue de la constructibilité des terrains, pondérée à la hausse par d'éventuels mécanismes de majoration ou de dérogation.

Toutefois, il faut bien souligner que l'application de règles d'urbanisme sur chaque terrain n'est pas mécanique, mais dépend des circonstances propres à chaque opération. En effet, le Code de l'urbanisme prévoit un cadre d'application des règles d'urbanisme qui vise à intégrer des éléments de souplesse, avec la relativement libre délimitation du terrain d'assiette des opérations, mais aussi avec des possibilités d'application différenciée des règles d'urbanisme et voire même d'édiction de règles alternatives, en fonction du régime juridique de l'opération dans laquelle s'inscrit le projet de construction.

Enfin, la définition de la constructibilité des terrains n'est pas du seul ressort de l'administration. Les possibilités de privatiser les droits à bâtir existent sous différentes formes. Soit c'est directement le Code de l'urbanisme qui prévoit la faculté pour des propriétaires de convenir entre eux d'une cession des droits à bâtir, avec les mécanismes de transfert et de report de constructibilité, soit ce sont les propriétaires qui décident librement (ou acceptent par adhésion) de contracter des engagements réciproques afin de limiter la constructibilité autorisée par les règles d'urbanisme en vigueur. Tel est généralement l'objet du cahier des charges du lotissement, qui n'en finit plus de susciter des controverses à tel point que le législateur a dû intervenir pour en distinguer la nature de ses clauses.

Les dernières réformes du Code de l'urbanisme ont en outre, sans doute involontairement, permis aux propriétaires de majorer collectivement la constructibilité autorisée par les règles d'urbanisme, par le jeu justement de la libre délimitation du terrain d'assiette des opérations de construction. Cette possibilité ne manque pas d'interpeler, notamment quant à la nature de l'accord passé entre des propriétaires ayant précisément pour objet de majorer les droits à bâtir d'un seul ou plusieurs d'entre eux.

Toutes ces thématiques posent de manière transversale des interrogations quant à la place de la règle face au projet et de son corollaire, l'opposition entre la norme unilatérale et le contrat. De manière sous-jacente seront traitées les questions liées à l'écriture et à l'application de la règle d'urbanisme, et plus précisément aux notions d'adaptation, de dérogation, de majoration, d'appréciation différenciée ou globalisée, d'articulation de règles générales avec des règles spéciales, et de la possibilité de contractualiser des règles d'urbanisme.

Partie I : La définition normative de la constructibilité

(20.) Le droit de construire est un attribut de la propriété foncière. Avec l'émergence du droit de l'urbanisme, branche du droit administratif qui « *repose sur le droit de construire, son étendue, et sur ses limites* »⁵⁷, le droit de construire est plus précisément devenu la rencontre du droit de propriété avec la possibilité donnée par l'administration, en principe par un document d'urbanisme, de l'exercer. C'est à cette dernière que revient le pouvoir de déterminer la règle de constructibilité et de l'apprécier par le biais de l'instruction d'une demande d'autorisation d'urbanisme. Cette règle de constructibilité est en général le résultat de ce que l'on peut appeler un parti d'urbanisme. Comment veut-on construire la ville de demain ? Est-ce qu'on densifie l'existant ou bien est-ce qu'on encourage son extension ?

Il est assez frappant de relever que durant la deuxième moitié du XXème siècle, les règlements des POS étaient principalement conçus selon les théories de l'urbanisme en vogue à l'époque, pour être limitatifs du droit de construire. La ressource foncière ayant été longtemps perçue comme abondante tandis que l'usage de l'automobile se développait rapidement, les planificateurs prônaient un urbanisme malthusien, consommateur d'espace. Le modèle des cités-jardins au début du XXème siècle, puis celui découlant plus tard des principes de la charte d'Athènes, ont conduit les premiers plans d'occupation des sols à en être la traduction réglementaire, limitant les densités, ouvrant de larges zones naturelles et agricoles à l'urbanisation, séparant les fonctions, etc. Les centres-villes, souvent délabrés, étaient perçus comme un modèle dépassé qu'il fallait délaissier au profit des espaces péri-urbains.

A partir des années 1990, avec l'émergence des principes du développement durable et la prise de conscience des difficultés grandissantes que causait l'étalement urbain, une refonte complète du droit de l'urbanisme fut envisagée. Cette remise en question a abouti à l'adoption de la loi n° 2000-1208 du 13 décembre 2000 relative à la solidarité et au renouvellement urbains, dite loi SRU, qui a inscrit dans l'article L. 110 du Code de l'urbanisme un principe affirmant que la lutte contre l'étalement et le mitage était une priorité absolue des politiques d'aménagement du territoire. La reconnaissance de ce nouveau principe allait désormais gouverner tout le droit de l'urbanisme, à rebours de ce qui avait été fait en la matière depuis des décennies. Pour le législateur, il s'est agi à l'époque de construire « la ville sur la ville » plutôt que d'artificialiser toujours davantage de terrains naturels. C'est désormais ce qu'il convient d'entendre par « renouvellement urbain ».

Le résultat dans les années qui suivirent fut pourtant plus que mitigé, les mécanismes créés pour atteindre l'objectif de renouvellement urbain n'étant manifestement pas suffisamment efficaces. En effet, non seulement, l'étalement urbain n'a pas ralenti, mais il s'est accéléré au cours des années 2000. Une étude de l'INSEE publiée en 2011 a en effet révélé que :

« *Entre 1999 et 2010, la surface du territoire urbain (...) s'est accrue de 19 %, passant de 100 000 à 119 000 km²* », et d'ajouter que « *1 368 communes*

⁵⁷ *Op. cit.* Paul Louis-Lucas, « *Le droit de construire* », In *La règle et l'urbanisme*, ADEF, 1987

rurales en 1999 sont devenues urbaines, pendant que seulement 100 urbaines sont devenues rurales »⁵⁸.

Cela dit, la loi n° 2003-590 du 2 juillet 2003, dite loi « urbanisme et habitat », est revenue sur un certain nombre de mécanismes insérés par la loi SRU, en les vidant de leur substance comme nous le verrons ci-après. Il faudra attendre la loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement, dite « loi Grenelle II » pour que l'objectif de densification urbaine commence à devenir une réalité juridique opposable aux rédacteurs de PLU et non plus simplement une incantation. Sans doute aussi que, durant les années 2000, de nombreuses collectivités n'étaient pas encore sensibilisées aux principes du développement durable et que leurs documents d'urbanisme n'ont que tardivement muté vers une gestion économe des sols.

Dans le prolongement de la dynamique engagée par le Grenelle de l'environnement, un groupe d'architectes a repris à son compte cet objectif de densification urbaine en initiant une démarche, soutenue par les ministres successifs en charge de l'urbanisme et évoquée à plusieurs reprises pendant les travaux préparatoires du projet de loi ALUR, connue sous le nom de BIMBY, signifiant "Build in My Back-Yard", en opposition à un phénomène de sociologie urbaine désigné par l'acronyme NIMBY "Not in My Back-Yard". Une démarche BIMBY désigne un projet d'urbanisme ou de construction consistant à favoriser, à l'initiative des propriétaires, une densification douce des espaces pavillonnaires existants.

Cette démarche s'est ainsi inscrite dans l'air du temps en conceptualisant un courant de pensée désormais dominant qui a poussé le législateur à supprimer, par le biais de l'adoption de la loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové, dite « loi ALUR », la possibilité pour les règlements de PLU d'édicter des règles de COS et de superficie minimale de parcelles constructibles, lesquelles constituaient pourtant autrefois la clé de voûte des documents d'urbanisme.

Chapitre I – La règle d'urbanisme comme quantificateur des droits à bâtir

(21.) La quantification réglementaire du droit de construire est une équation dont les inconnues sont fixées unilatéralement par la puissance publique. Elle s'exprime en surface de plancher, résultant de l'application de différentes règles prévues par le règlement d'un plan local d'urbanisme (PLU) ou d'un document d'urbanisme en tenant lieu sur le terrain d'assiette d'un projet de construction. La surface de plancher constructible résulte ainsi de la combinaison de prescriptions relatives principalement à la hauteur et à l'emprise, éventuellement aux règles d'implantation et de gabarit, etc. Il y a encore peu, le coefficient d'occupation des sols (COS) constituait la règle centrale de nombreux règlements d'urbanisme.

Les règles dont la combinaison définit la densité constructible ne sont toutefois pas un ensemble rigide duquel il n'existerait aucune possibilité de s'abstraire. Le législateur a en effet prévu une série de mécanismes permettant sous conditions, de les dépasser, d'y déroger ou bien encore de ne pas les appliquer, ces notions présentant chacune des

⁵⁸ François Clanché et Odile Rascol, *Le découpage en unités urbaines de 2010 - L'espace urbain augmente de 19 % en une décennie*, département de la Démographie, Insee, 2011

nuances. Dépasser les règles, cela signifie bénéficier de dispositifs de majoration de la densité constructible pour des motifs légalement déterminés. Déroger aux règles, c'est ne pas appliquer sélectivement telle ou telle règle dans les cas spécifiques prévus par le Code de l'urbanisme, dans le but encore une fois de favoriser la densité.

L'ensemble des règles d'urbanisme est contenu dans le règlement du document d'urbanisme. Autrefois au cœur du POS, le règlement est devenu avec le PLU une pièce du document au même titre que le rapport de présentation, le projet d'aménagement et de développement durable (PADD) et surtout des orientations d'aménagement et de programmation (OAP) avec lesquelles il est lié par un rapport de compatibilité.

La règle d'urbanisme en débat.

La règle d'urbanisme ne doit pas impliquer, à notre sens, une présomption (22.) systématique d'atteinte au droit de propriété. Elle a d'abord pour objet de traduire le projet territorial d'une collectivité, que celle-ci exprime dans son document d'urbanisme. D'ailleurs, comme nous l'avons relevé, toute majoration ou minoration des droits à bâtir d'origine réglementaire n'entraîne pas mécaniquement une hausse ou une baisse de la valeur vénale d'une propriété.

La question de la règle d'urbanisme en elle-même n'est pas nouvelle et a fait l'objet d'une abondante littérature. Déjà en 1987, l'ADEF y consacra un colloque dont la publication, citée précédemment, reste une référence. Plus récemment, en 2012, le GRIDAUH y a consacré une étude détaillée dans le cadre des travaux préparatoires du projet de réforme « pour un urbanisme de projet »⁵⁹. Ce rapport a pu relever qu'une règle trop rigide a souvent produit des effets néfastes et que c'est assez légitimement que les critiques contre la règle d'urbanisme se sont accrues. On l'accuse à l'époque notamment d'être un frein à tout projet de densification ou bien de reproduire une urbanisation monotone. De ce point de vue, une distinction est utilement établie entre règle et orientation d'urbanisme. Et au sein même des règles d'urbanisme, une autre distinction est faite entre les règles qualitatives et celles qui sont quantitatives. La règle qualitative est celle définissant principalement les aspects d'ordre esthétique, c'est-à-dire les matériaux à utiliser pour la construction et les clôtures, les couleurs, les éléments d'ornementation (corniches, débords, etc.), mais aussi les règles relatives à la création ou la préservation de la végétation. La règle quantitative est beaucoup plus sensible car elle touche directement à la surface constructible, et donc à la potentielle valorisation du droit de propriété.

L'auteur du rapport souligne également qu'au sein des plans d'urbanisme, « *les normes quantitatives y tiennent une place majeure, notamment parce qu'elles sont considérées comme immédiatement lisibles pour le profane* ». Selon lui, cette prédominance de la règle quantitative s'explique en grande partie « *par les origines de la planification réglementaire française (...)* ». Si nous ne pouvons que reconnaître en effet que la règle quantitative, c'est-à-dire celle définissant la densité constructible, tient une place majeure, nous pouvons néanmoins en nuancer la raison. Ce n'est en effet pas qu'une question de lisibilité, il s'agit surtout d'une potentielle atteinte au droit de propriété ou bien d'un potentiel motif d'enrichissement, tout dépend de la perspective dans laquelle on se place et du sens de l'évolution d'une règle. Il est

⁵⁹ Godfrin, Gilles, *La règle d'urbanisme en question*, Rapport de synthèse des réflexions d'un groupe de travail du GRIDAUH présidé par Etienne Fatôme, BJDU, 1/2012, p.12 à 25

d'ailleurs probable que la densité constructible autorisée soit une des causes principales des recours à l'encontre de PLU. Soit parce que celle-ci irait à l'encontre d'un projet porté par un propriétaire, soit parce qu'au contraire elle serait jugée excessive par le voisinage ou des associations de protection de l'environnement.

En réalité, la détermination des droits à bâtir constitue le véritable bras armé des rédacteurs de documents d'urbanisme, c'est-à-dire des élus locaux depuis la réforme de la décentralisation de 1983. En 2000, la loi SRU tenta bien d'apporter une évolution quant au mode d'écriture de la règle, pour l'inscrire dans une démarche de projet. A cet égard, le Professeur Jégouzo avait pu relever le constat fait par le législateur à l'époque, que la règle d'urbanisme était aveugle et pouvait « *déboucher sur des absurdités* » si elle n'était pas mise au service du projet urbain. Et d'ajouter « *qu'il ne suffit pas de régler la construction, l'occupation des sols et d'une manière générale la forme de la ville, si ces normes ne sont pas mises en cohérence avec la régulation du fonctionnement de la ville, de son développement économique, de la gestion des services collectifs, de la maîtrise de l'environnement, etc.* »⁶⁰.

Toutefois, en dépit du fait que le contenu des documents d'urbanisme ait été enrichi avec le passage du POS au PLU par l'effet de la loi SRU, les règles quantitatives demeurent indéniablement l'élément qui focalise le plus d'attention. Les règles permettant de quantifier la densité constructible sont en effet déterminantes dans l'estimation de la valeur des terrains, et par conséquent du marché foncier et de la faisabilité financière d'opérations. Ce sont aussi ces mêmes règles qui vont être susceptibles de crisper les propriétaires résidents lorsqu'elles vont évaluer en faveur de la densification.

Le début d'une nouvelle ère ?

(23.) La loi ALUR a vraisemblablement marqué le début d'une nouvelle ère en matière de réglementation urbaine. Pour tenter de mettre fin aux règlements d'urbanisme ne permettant pas de favoriser la politique de densification voulue par l'Etat, le législateur a en effet procédé à une petite révolution, en supprimant la possibilité de fixer des règles de superficies minimales, sauf très rares exceptions, et de Coefficient d'Occupation des Sols (COS). En réputant non-écrites des prescriptions pourtant fixées légalement dans des documents d'urbanisme, le législateur a assumé une atteinte manifeste au principe de libre administration des collectivités territoriales, probablement justifiée par des motifs impérieux de densification. La deuxième commission du 112^{ème} Congrès des notaires de France a d'ailleurs consacré ses débats à cette évolution majeure de la réglementation d'urbanisme. La présidente de ladite commission, ainsi que son rapporteur, ont pu toutefois se montrer réservés quant à l'efficacité d'une telle mesure⁶¹.

Il peut être objecté que si ces règles avaient effectivement pour objet de lutter délibérément contre les objectifs de densification et plus accessoirement de mixité sociale, en contradiction avec les politiques publiques engagées par l'Etat, alors cette mesure de suppression peut sembler justifiée. Mais tel n'était pas systématiquement le

⁶⁰ Yves Jégouzo, « *L'impact de la loi SRU sur la nature du droit de l'urbanisme* », BJD, n° 4/2001, p. 226

⁶¹ Marie-Hélène Pero Augerau-Hue et Olivier Boudeville, « *La disparition du COS et de la SMT. - Fin d'une restriction au droit de construire ?* », La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 21, 27 Mai 2016, 1171

cas. En ce sens, le législateur a dénié reconnaître aux rédacteurs de PLU la capacité à fixer des règles fondées, voire intelligentes, de COS et de superficies minimales.

Fondées, car il existe en France de nombreux secteurs, certes constructibles, mais d'urbanisation diffuse, où des règles limitant la densité permettaient de conserver à juste titre un cachet rural ou semi-rural à la fois d'un point de vue paysager, démographique ou simplement technique, par rapport à la faible capacité des réseaux et des équipements publics. Cette mesure, prise sans discernement, peut même provoquer un phénomène inverse à celui voulu par le législateur, c'est-à-dire accroître la pression urbaine dans les deuxièmes et troisièmes couronnes des agglomérations, et donc l'étalement urbain, en y libérant du foncier bon marché.

Intelligentes, car il a pu exister des COS qui poursuivaient des objectifs vertueux où cette règle avait précisément pour objet d'inciter la construction de logements. De la même manière, existait-il sans doute des règles de superficies minimales qui poursuivaient les mêmes objectifs que ceux poursuivis par le coefficient de biotope, dont il est fait l'éloge aujourd'hui par les tenants du verdissement des PLU.

Toutefois, il est vrai que la suppression du COS et des superficies minimales peut avoir le mérite de pousser un certain nombre de rédacteurs de PLU à adopter des postures moins dogmatiques quant à la fixation de la densité constructible. C'est la quantification d'un nombre de mètres carrés constructibles en application de la combinaison de différentes règles métriques qui posent davantage de difficultés. En effet, l'enveloppe de construction résultant de l'application cumulée de la hauteur, de l'implantation et de l'emprise, ne peut que définir une densité exprimée en volumétrie. Et déduire une surface de plancher à partir d'un volume n'est pas toujours chose aisée. Dans les immeubles existants, cela a eu pour effet de libérer toute opération interne de création de surface ou de réaffectation de locaux de la contrainte de la consommation de COS. Il n'existe plus de possibilité pour un immeuble de devenir sur-densitaire par l'effet d'un réaménagement interne comme c'était le cas auparavant.

Dans le sillage de l'adoption de la loi ALUR en 2014 et de l'ordonnance n° 2015-1174 du 23 septembre 2015 relative à la partie législative du livre Ier du code de l'urbanisme, le décret n° 2015-1783 du 28 décembre 2015 est venu apporter une nouvelle vision de la réglementation de l'urbanisme, en réécrivant un certain nombre de dispositions du Livre 1^{er} de la partie réglementaire du Code de l'urbanisme. Selon le site du ministère, le principal enjeu de ce décret a été de répondre à « *un besoin général de clarification, de mise en cohérence et de lisibilité des règles d'urbanisme, pour en faciliter l'utilisation et la traduction opérationnelle* »⁶². Il s'agit sans doute d'une mini-révolution, du moins dans le formalisme des règlements de PLU. En effet, la structure des règlements de PLU était autrefois calquée sur celle de l'ancien article R. 123-9 du code de l'urbanisme, abrogé au 1^{er} janvier 2016. La numérotation des articles des règlements de PLU reprenait en effet, sans que cela soit obligatoire, celle des différentes rubriques de ladite disposition. Ainsi avait-on l'habitude d'évoquer l'article 14 pour parler du coefficient d'occupation des sols, de l'article 5 pour la superficie minimale de terrains constructibles, de l'article 10 pour la hauteur des constructions, de l'article 9 pour son emprise au sol, ou encore des articles 6 et 7 pour leur implantation par rapport respectivement aux voies et emprises publiques, et aux limites séparatives.

⁶² Ministère du logement, *Modernisation du contenu du PLU*, note administrative, mars 2016

Cette nomenclature avait pour intérêt d'harmoniser le contenu et donc de faciliter la compréhension de tous les règlements de PLU. On peut savoir où trouver directement l'information précise que l'on recherche. Mais le reproche que l'on pouvait toutefois lui adresser était que beaucoup de PLU étaient identiquement établis, sans vraiment de réflexion poussée, avec juste des chiffres à fixer pour chaque catégorie, d'une zone à l'autre, mais toujours dans le même ordre. Même si les règlements établis selon ce format vont sans doute perdurer encore pendant de nombreuses années, la réécriture de Livre Ier de la partie réglementaire du code a voulu mettre au règlement du PLU standardisé.

Ce sont désormais d'une part les articles R. 151-39 et R. 151-40 qui encadrent la fixation de règles relatives à la « *volumétrie et à l'implantation des constructions* », et d'autre part les articles R. 151-41 et R. 151-42 s'agissant de la « *qualité urbaine, architecturale, environnementale et paysagère* ». L'article R.151-43 concerne pour sa part le « *traitement environnemental et paysager des espaces non bâtis et abords des constructions* », tandis que les articles suivants régissent la fixation de règles relatives au stationnement et à la desserte des terrains. La typologie réglementaire est ainsi hiérarchisée selon un mode d'écriture de la règle en entonnoir, incitant de fait les rédacteurs à changer leur manière d'aborder la réglementation urbaine.

En somme, si la présentation formelle des règlements de PLU pourra être amenée à évoluer, leur contenu ne devrait pas tellement changer. En termes de densité, ceux-ci devraient toujours s'articuler autour de règles d'implantation, d'emprise et de hauteur. Le Gouvernement a toutefois voulu élargir, avec l'introduction des dispositions de l'article R. 151-11, le recours aux règles purement graphiques, et clarifier le statut des illustrations qui accompagnent parfois les règles écrites, ce qui peut présenter des perspectives intéressantes⁶³. Il aurait pu être utile d'ailleurs que le Code de l'urbanisme prévoit des dispositions enjoignant les rédacteurs de PLU à prévoir des prescriptions claires sur le traitement des terrains en pente pour le calcul de la hauteur, du point de vue notamment de l'impact sur les paysages, ou bien encore sur la question du traitement des sous-sols quant à l'expression de la densité constructible.

Un travail de comparaison entre les anciens textes et les nouveaux sera donc effectué en tant que de besoin dans les développements suivants, sachant néanmoins que ce décret nécessitera sans doute quelques années avant de prendre véritablement effet dans le contenu réglementaire des PLU. On peut d'ailleurs s'étonner qu'une telle réforme dans les méthodes de réglementation d'urbanisme n'ait pas été fait l'objet d'une circulaire d'application par les services du ministère. Lorsque dans le passé, la loi n° 94-112 du 9 février 1994, dite loi Bosson, avait modifié des dispositions du Code de l'urbanisme relatives aux règles d'occupation des sols, et notamment au contenu des POS, le ministère de l'équipement avait pris soin de publier dans la foulée la circulaire n° 94-13 du 17 février 1994 pour préciser les modalités d'application pratique des nouvelles dispositions législatives⁶⁴. Il est regrettable que le ministère n'ait pas pris ses responsabilités s'agissant de la dernière réforme, en publiant une circulaire. Il ressort néanmoins que « *le ministère a prévu une campagne de formation en région, une plaquette d'information pour les élus, des fiches thématiques en ligne et, fin juin 2016, la parution d'une bible méthodologique pour*

⁶³ V. à ce propos : Elise Carpentier, « *Le règlement du PLU 'alourdi'* », BJD n° 3/16, p. 175 et s.

⁶⁴ V. à ce propos : Claudine Le Marchand, « *Loi du 9 février 1994 portant diverses dispositions en matière d'urbanisme et de construction. – Commentaire* », La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 20, 20 Mai 1994, 2981

accompagner les pratiques »⁶⁵. Cela aussi témoigne peut-être d'un changement d'époque. Les bibles méthodologiques et fiches pratiques ont remplacé les circulaires d'application.

Typologie des règles quantitatives.

(24) Quelle que soit l'évolution des textes, les règles d'urbanisme conserveront assurément une typologie identique. Nous pouvons en relever trois sous-catégories :

- Les règles de densité consistent à définir des coefficients de construction, pouvant porter à la fois sur l'emprise au sol ou bien sur la surface de plancher admise en totalité. Leur application dépend intrinsèquement de la contenance réelle du terrain, ce qui suppose une détermination officielle de leur superficie, à laquelle on applique le coefficient multiplicateur.
- Les règles métriques sont celles fixant des normes de distance minimale à respecter (depuis la limite parcellaire ou la voirie, ou entre deux constructions), de hauteur totale, de gabarit, de saillies, de dimensions minimales du terrain à bâtir, etc.
- Les règles numériques sont celles qui s'expriment par exemple par un nombre maximal d'étages constructibles, ou bien par un nombre de places de stationnement à créer.

Les règles numériques ne feront néanmoins pas l'objet de développements puisqu'elles ne participent pas directement de la définition de la densité constructible, à l'exception de celles relatives au nombre d'étages seront tout de même brièvement évoquées dans le paragraphe relatif à la hauteur que nous avons catégorisé parmi les règles métriques.

Section 1 - Les règles de densité de construction

(25.) Même s'il n'en existe pas de définition officielle, on peut définir les règles de densité comme celles s'exprimant en termes de coefficients, c'est-à-dire celles dont le résultat en valeur absolue dépend directement de la contenance de l'assiette foncière de la construction. La règle de densité peut prendre la forme d'un ratio fixant une densité maximale de surface totale de construction, le COS, ou bien une densité maximale au sol, exprimée généralement en pourcentage, sans tenir compte de la hauteur de la construction, l'emprise au sol. D'ailleurs, il eût été sans doute mieux inspiré de désigner le « coefficient d'occupation des sols » par « coefficient d'occupation totale ». La référence au sol pour désigner une densité tridimensionnelle peut en effet paraître maladroite avec le recul. C'est d'ailleurs pour ne pas réduire l'urbanisme à l'usage des sols que le « plan d'occupation des sols » fut rebaptisé « plan local d'urbanisme » en 2000. A titre plus anecdotique, on peut relever que le Code de l'urbanisme mentionne le coefficient d'occupation tantôt « du sol », tantôt « des sols ».

⁶⁵ Nathalie Levray, *Vers un urbanisme plus souple et plus simple... grâce à un règlement à la carte*, La gazette des communes, 22 oct. 2015 en ligne sur : <http://www.lagazettedescommunes.com/415367/vers-un-urbanisme-plus-souple-et-plus-simple-grace-a-un-reglement-a-la-carte/>

§ 1 - Le Coefficient d'occupation des sols

(26.) L'ancien alinéa 1^{er} de l'article R. 123-10 du Code de l'urbanisme, dont l'abrogation ne remonte qu'au 1^{er} janvier 2016, définissait le coefficient d'occupation du sol comme « *le rapport exprimant le nombre de mètres carrés de surface de plancher ou le nombre de mètres cubes susceptibles d'être construits par mètre carré de sol* ». Peu avant sa suppression par la loi ALUR en 2014, la réforme du droit des sols entrée en vigueur au 1^{er} mars 2012 avait remplacé, dans le rapport définissant le COS, la notion de surface hors œuvre nette (SHON) par la notion de surface de plancher telle que définie par l'article R. 112-2 du code de l'urbanisme.

Le 14^o de l'ancien article R. 123-9 du Code de l'urbanisme, lui aussi abrogé au 1^{er} janvier 2016, prévoyait quant à lui que le COS tel que défini à l'ancien article R. 123-10 était une des règles pouvant être comprises dans le règlement du plan local d'urbanisme. Il est utile de souligner à ce propos que la fixation d'un COS, bien que largement répandue, a toujours été optionnelle dans les règlements des PLU, et même auparavant dans ceux des POS. Même s'il a aujourd'hui été supprimé de tous les documents d'urbanisme, on peut considérer que le COS a longtemps constitué la clé de voûte d'un certain nombre de règlements d'urbanisme dans le sens où il permettait, par la fixation d'un chiffre, de définir la densité maximale d'une zone toute entière. Le COS avait également une importance d'un autre ordre puisqu'il servait de base de référence aux différents dispositifs de majoration, de report, de transfert, ou bien même pour le calcul jadis du dépassement du plafond légal de densité (PLD) et plus tard du versement pour sous-densité (VSD).

Historique du COS.

(27.) On peut estimer que la possibilité de fixer un plafond de densité par l'usage d'un coefficient remonte au décret n° 62-460 du 13 avril 1962, qui énonçait en son article 4 que :

« Les possibilités maximum d'occupation du sol peuvent, dans certains secteurs d'un territoire faisant l'objet d'un plan d'urbanisme, être fixées à l'aide de deux coefficients :

-Le coefficient d'emprise, qui est égal au rapport de la surface de terrain occupée par la construction à la surface de la parcelle ;

-Le coefficient d'utilisation, qui est défini soit par le rapport de la surface cumulée des planchers, comptée hors œuvre, à la surface de la parcelle, soit par le rapport du volume des bâtiments à la surface de la parcelle. »

Cinq ans plus tard, la loi n° 67-1253 du 30 décembre 1967, dite « d'orientation foncière », avait placé le coefficient d'utilisation, rebaptisé alors « coefficient d'occupation du sol », au cœur du règlement des POS. L'ancien article 13 du Code de l'urbanisme, issu de l'article 1^{er} de la loi d'orientation foncière, disposait en effet que :

« Les plans d'occupation des sols fixent (...) les règles générales et les servitudes d'utilisation des sols (...). En particulier : (...)

3° Ils fixent, pour chaque zone d'affectation ou chaque partie de zone, en fonction notamment de la capacité des équipements collectifs existants ou en

cours de réalisation, un coefficient d'occupation du sol qui détermine la densité de construction qui y est admise (...). »

Cette disposition ne précisait pas exactement si le COS devait être rangé parmi les « règles générales » ou bien les « servitudes d'utilisation du sol ». Mais des auteurs ont pu considérer le COS comme une « servitude d'urbanisme » ou bien même une « servitude de densité »⁶⁶, dans la mesure où il serait limitatif du droit de construire, en tous les cas par rapport à la densité résultant de l'application seulement des autres règles d'urbanisme.

S'il est vrai que le COS a pu être utilisé pour limiter la densité théoriquement constructible en l'application seulement des autres règles de hauteur et d'emprise, et c'est d'ailleurs cela qui lui fut reproché par la suite, il ne faudrait peut-être pas le considérer comme étant en lui-même une servitude d'urbanisme. Il n'est en effet pas établi que le COS établi par exemple dans les différentes zones du PLU de Paris ait été plus restrictif que ce que la combinaison des autres règles d'urbanisme permettait de faire. De manière plus générale, peut-on considérer qu'un COS de 4 dans une zone urbaine dense, ou même de 0.5 dans une zone d'habitat pavillonnaire, a pu être particulièrement ressenti comme restrictif du droit de propriété ? Il est de ce point de vue peu aisé de saisir avec précision l'utilité objective que présente une telle prescription si on la considère comme une servitude de densité. C'est pourquoi nous préférons retenir la qualification de règle d'urbanisme pour désigner le COS.

Usage dévoyé du COS et critique de son existence.

(28.) Il est à souligner que dans sa définition légale d'origine, le COS était envisagé pour adapter l'urbanisation à la capacité des équipements collectifs existants. Mais l'usage de l'adverbe « notamment » dans les dispositions de la loi d'orientation foncière laisse penser qu'il pouvait également être utilisé pour d'autres raisons, sans que celles-ci ne soient définies. Or, si le législateur l'a envisagé de manière très pragmatique, comme un moyen d'éviter que les densités constructibles ne soient pas en adéquation avec les équipements collectifs, le COS a en pratique été largement utilisé pour des considérations différentes.

Il n'en demeure pas moins que le COS s'est vu reprocher par la suite de constituer un obstacle à la densification. En effet, la simplicité de son application a pu lui permettre pendant longtemps d'avoir les faveurs de nombreux rédacteurs de documents d'urbanisme, mais aussi des services instructeurs, et des opérateurs. Pour le rédacteur, la simple définition d'un coefficient multiplicateur ne nécessitait pas une réflexion poussée basée sur la définition d'un véritable projet urbain dont la mise en œuvre requiert la combinaison d'outils plus fins, mais permettait tout au plus d'assurer une densité constructible maîtrisée. Pour le service instructeur, le contrôle de la conformité d'un projet au regard du COS était bien plus aisé que si celui-ci portait sur d'autres prescriptions du règlement, plus complexes à contrôler. Pour l'opérateur, cette règle lui permettait d'évaluer rapidement le rendement potentiel d'une opération, le prix de l'immobilier étant exprimé en valeur du mètre carré, ville par ville, quartier par quartier. Naturellement, un ensemble d'autres paramètres peuvent venir pondérer la valeur du terrain qui ne dépend pas uniquement du COS, mais ce dernier constitue l'indicateur de référence.

⁶⁶ *Op. cit.* Jean-Louis Bergel, *Les servitudes de lotissement à usage d'habitation*, Thèse, Aix, LGDJ, 1973

En 2012, Franck Bourdon et Sylvain Pérignon avaient synthétisé les reproches qui pouvaient être adressés au COS, au-delà des enjeux de mixité sociale et de gestion économe du territoire, de la manière suivante :

« D'une façon plus générale, l'usage parfois caricatural du COS était devenu le symbole d'un document d'urbanisme centré sur la distribution de 'droits à construire', plus ou moins déconnectée d'une réflexion approfondie sur les formes urbaines à promouvoir. »⁶⁷

En raison notamment de son impact direct sur la valorisation des terrains, on lui reprochait également de pouvoir constituer un frein, souvent délibéré, à la mixité sociale. Mais au-delà de cette question, l'application de telles règles a eu certainement pour effet de favoriser la reproduction de tissus urbains homogènes, voire monotones.

Chronique d'une suppression annoncée.

(29.) La suppression du COS avait alors été envisagée à l'époque de la préparation de la loi SRU alors que des voix commençaient à s'élever pour mettre en cause cet outil réglementaire⁶⁸. La version finale du texte l'a toutefois maintenue mais a supprimé la possibilité de le dépasser, ce qui a pu paraître paradoxal pour une réforme orientée en faveur de la densification.

A partir des années 2000, les règlements de PLU sans règle de COS – dont la fixation a toujours été, rappelons-le, optionnelle –, se sont alors développés, mais timidement. Car en parallèle, nombreux étaient les documents d'urbanisme à maintenir de telles règles, d'ailleurs semble-t-il souvent sur pression des propriétaires eux-mêmes soucieux de préserver leur cadre de vie. Il pouvait alors être plus tentant, pour bon nombre d'élus, d'ouvrir de nouvelles zones à l'urbanisation plutôt que d'encourager la densification des zones déjà faiblement urbanisées par une augmentation du COS. Mais même si le recours au COS était optionnel, un nombre toujours croissant d'auteurs se positionnait en faveur d'une remise en cause du COS, en particulier à partir des années 2010. Dans l'ouvrage précité, Franck Bourdon et Sylvain Pérignon s'étaient interrogés sur la question de savoir s'il fallait fixer un COS. Ils relevèrent que :

« La survalorisation initiale du COS, dans la loi d'orientation foncière de 1967, doit être replacée dans le contexte de l'urbanisme de zonage des années 1970-1980, l'urgence étant alors de distinguer zones urbaines ou à urbaniser et zones agricoles ou naturelles, et de fixer les droits à construire en zone constructible. Elle doit être également replacée dans un contexte de démarche technicienne où l'application des 'grilles d'équipements' nécessitait un chiffrage de la population à desservir, à partir d'une densité fixée par le COS.

Dans un nouveau contexte, celui du renouvellement urbain et de la progressive émergence d'un urbanisme de projet, il est logique que la règle de densité exprimée par la fixation d'un COS suscite de nombreuses critiques,

⁶⁷ Franck Bourdon et Sylvain Pérignon, *Surface de plancher et densité de construction*, éd. Le Moniteur, 2012, p. 119

⁶⁸ Dominique Larralde, « *De l'inutilité du COS* », *Constr.-Urb.*, avril 1998, p.5

*qui ont entraîné une véritable remise en cause de l'opportunité et de l'intérêt d'une expression quantifiée de la norme de densité. »*⁶⁹

Ce sera finalement la loi ALUR en 2014 qui mettra fin au COS. L'étude d'impact de ladite loi avait ainsi justifié une telle mesure :

« Jugée soit inutile, soit néfaste, la fixation d'un COS a été abandonnée par bon nombre de villes, au profit du recours à une combinatoire d'autres normes, telles les règles d'emprise, de hauteur et d'implantation, plus à même de traduire les ambitions pour le développement ou la mise en valeur des différents quartiers.

(...)

La possibilité de fixer dans le PLU un coefficient d'occupation des sols est donc supprimée ».

Dans un premier temps, la suppression du COS n'a concerné dans un premier temps que les PLU et les plans de sauvegarde et de mise en valeur (PSMV), mais pas les POS dont le contenu demeurait déterminé par l'ancien article L. 123-1 du Code de l'urbanisme dans sa rédaction antérieure à la loi SRU. Ceux-ci ont disposé d'une période transitoire pour être mutés en PLU, arrivée à terme au 1^{er} janvier 2016.

Une relative libération de la densité.

(30.) Il ne faut toutefois pas croire que la suppression du COS implique *de facto* des possibilités de densification. Le COS a toujours cohabité avec d'autres règles, telles que celles fixant la hauteur, les prospects et l'emprise au sol. Auparavant, si la surface de plancher constructible résultant du COS était supérieure à celle résultant de l'enveloppe du bâtiment dessinée par la combinaison des autres règles, c'est cette dernière qui devait être retenue pour l'octroi d'une autorisation d'urbanisme. L'hypothèse dans laquelle on ne peut consommer 100% de la surface de plancher résultant du COS a pu exister, et il n'est pas certain que partout où il a été supprimé, des possibilités de construire supplémentaires ont été systématiquement générées.

L'impact que la suppression du COS a commencé à produire est sans doute peu brutal. Sont davantage concernées les zones d'urbanisation diffuse, là où des règles de COS, exagérément faibles par rapport à la stricte application des règles de hauteur et d'emprise, avaient été fixées. Les espaces déjà densément bâtis sont *a priori* épargnés. Les règles de hauteur, de gabarit et d'emprise, supposées garantir une certaine harmonie des formes urbaines, ne sont pas remises en cause. En vérité, la suppression du COS n'est pas une révolution dans la mesure où le recours à ce type de règle a toujours été optionnel, même antérieurement à l'adoption de la loi SRU. Par conséquent, un bon nombre de PLU n'en prévoyaient déjà pas ou plus, du moins dans certaines zones, en particulier dans les centres des villes ou bourgs où le tissu urbain est ancien.

Il est difficile d'obtenir des statistiques exhaustives soutenant la position d'un impact tout relatif de la suppression du COS dans les espaces déjà densément urbanisés. L'APUR (Atelier Parisien d'URbanisme) s'est toutefois livré à cet exercice concernant la ville de Paris, où les possibilités de densification consistent

⁶⁹ *Op. cit.*, Franck Bourdon et Sylvain Pérignon, *Surface de plancher et densité de construction*, éd. Le Moniteur, 2012, p. 117

essentiellement en des projets de surélévation, et il a pu être relevé qu'avec la suppression du COS « près de 9.000 parcelles sur les 75.400 que compte Paris pourraient faire l'objet d'un projet de surélévation des immeubles sur rue », soit à peine plus qu'une parcelle sur dix. Et d'ajouter que « Cette estimation est un potentiel brut. Sans nul doute, une part non-négligeable de ces parcelles ne fera jamais l'objet d'un projet de surélévation »⁷⁰.

Un processus de relativisation du COS préalablement enclenché.

(31.) Il est à souligner aussi que la réforme dite de la surface de plancher par l'Ordonnance n° 2011-1539 du 16 novembre 2011, entrée en vigueur au 1^{er} mars 2012, avait déjà relativisé l'importance du COS comme règle de densité. En effet, l'introduction de la surface de plancher dans le code de l'urbanisme avait pour objet de supprimer le régime antérieur de la SHOB (Surface Hors Œuvre Brute) et de la SHON (Surface Hors Œuvre Nette), perçu comme étant inutilement complexe. Dans son élan de simplification du droit, le pouvoir réglementaire en avait profité pour favoriser la densification. Avec le jeu des déductions d'un certain nombre d'éléments de la construction, l'adoption de la surface de plancher a eu pour effet de permettre une légère majoration de la densité constructible résultant du COS, sans qu'il ne soit apporté le moindre changement dans les règlements des documents d'urbanisme.

Les éléments de la construction déduits du calcul de la surface de plancher ont ainsi été définis à l'article R. 112-2 du Code de l'urbanisme, qui dispose que :

« La surface de plancher de la construction est égale à la somme des surfaces de planchers de chaque niveau clos et couvert, calculée à partir du nu intérieur des façades après déduction :

1° Des surfaces correspondant à l'épaisseur des murs entourant les embrasures des portes et fenêtres donnant sur l'extérieur ;

2° Des vides et des trémies afférentes aux escaliers et ascenseurs ;

3° Des surfaces de plancher d'une hauteur sous plafond inférieure ou égale à 1,80 mètre ;

4° Des surfaces de plancher aménagées en vue du stationnement des véhicules motorisés ou non, y compris les rampes d'accès et les aires de manœuvres ;

5° Des surfaces de plancher des combles non aménageables pour l'habitation ou pour des activités à caractère professionnel, artisanal, industriel ou commercial ;

6° Des surfaces de plancher des locaux techniques nécessaires au fonctionnement d'un groupe de bâtiments ou d'un immeuble autre qu'une maison individuelle au sens de l'article L. 231-1 du code de la construction et de l'habitation, y compris les locaux de stockage des déchets ;

⁷⁰ APUR, Construire mieux et plus durable : incidences de la loi ALUR sur le bâti parisien, décembre 2014, disponible sur : http://www.apur.org/sites/default/files/documents/incidence_loi_alur_evolution_bati_parisien.pdf

7° Des surfaces de plancher des caves ou des celliers, annexes à des logements, dès lors que ces locaux sont desservis uniquement par une partie commune ;

8° D'une surface égale à 10 % des surfaces de plancher affectées à l'habitation telles qu'elles résultent le cas échéant de l'application des alinéas précédents, dès lors que les logements sont desservis par des parties communes intérieures. »

Autrement dit, un projet sur une même parcelle, identiquement réglementée, a pu produire une densité légèrement plus importante avec le régime de la surface de plancher qu'avec celui de la SHON, par le simple jeu de l'exclusion de certaines surfaces bâties dans le cadre du nouveau mode de calcul. Même si aucune juridiction n'a été saisie à notre connaissance d'un recours en ce sens, on peut y voir là une atteinte au principe de libre-administration des collectivités locales. En effet, les collectivités viennent fixer des règles, en l'occurrence une densité maximale autorisée, au terme d'une procédure très encadrée, et par un changement des « règles du jeu », c'est-à-dire par la modification de quelques dispositions du Code de l'urbanisme, on vient *de facto* majorer cette densité maximale.

Cela dit, la réforme de la surface de plancher n'a pas toujours eu pour effet de générer de la constructibilité supplémentaire. En effet, il est un type de local qui était autrefois déduit du calcul de la surface mais que ladite réforme a inclus. Il s'agit des caves d'habitations individuelles. Dans le cas de telles habitations, certaines ont donc pu se retrouver du jour au lendemain sur-densitaires. Certes, cette situation ne cause pas de préjudice direct à leurs propriétaires, en vertu du principe de maintien des droits acquis. Mais cela a pu créer des difficultés dans le cas d'opérations de divisions foncières en cours à l'époque de l'entrée en vigueur de la réforme pour déterminer justement la densité constructible des lots détachés. Ces questions, qui ont pu nourrir de nombreux débats dans un passé encore récent, ne se posent donc plus. Toutefois, la suppression du COS n'a pas vraiment simplifié la quantification des mètres carrés constructibles selon le mode de calcul de la surface de plancher, mais bien au contraire.

Emergence de nouvelles difficultés liées à la suppression du COS.

(32.) Les difficultés que pose la suppression du COS portent sur les mécanismes particuliers prévus par le Code de l'urbanisme et qui s'appuyaient justement sur l'existence d'un COS. C'est le cas notamment de :

- la possibilité de transférer le COS en zone naturelle, le transfert de constructibilité restant, quant à lui, possible (article L. 151-25);
- la possibilité d'accorder des bonus de constructibilité, ceux-ci pouvant néanmoins découler de l'application des règles de gabarit, de hauteur ou d'emprise au sol (articles L. 151-28 et L. 151-29);
- la mise en œuvre de la procédure de rescrit lorsque le versement pour sous-densité a été institué (article L. 331-40 du Code de l'urbanisme) ;
- La possibilité de reporter le COS dans le cadre du permis d'aménager un lotissement (articles R. 442-9 et R. 442-10 du Code de l'urbanisme).

On peut relever le remplacement de l'acronyme "COS" par le terme "constructibilité" dans les articles relatifs aux mécanismes susmentionnés. Nous développerons ces différents mécanismes de gestion de la densité ultérieurement.

Alors qu'il fut régulièrement critiqué depuis de nombreuses années, des voix s'élèvent à présent pour déplorer sa suppression. Il est vrai que la portée d'une telle mesure est principalement symbolique. Comme nous avons pu le soutenir, il n'est pas certain que la suppression du COS ait généré des droits à bâtir nouveaux dans des proportions conséquentes, eu égard à l'application combinée des autres règles. Si tel est le cas, il est clair que les rédacteurs de PLU disposent d'outils suffisants pour limiter une nouvelle constructibilité tant fortuite que soudaine. Un signal leur a été toutefois adressé pour qu'ils envisagent la fixation de règles plus affinées qu'un simple coefficient uniformisant la densité constructible d'une zone toute entière. Il n'en demeure pas moins que la capacité qu'ont pu avoir certains PLU à définir des COS intelligents n'a sans doute pas été reconnue à sa juste valeur. Dans un article paru après l'entrée en vigueur de la loi ALUR, Michèle Raunet s'est interrogée sur le point de savoir si la suppression du COS n'avait pas été une « *fausse bonne idée* »⁷¹. En effet, l'auteur donne l'exemple du PLU de Paris dans lequel un « COS de fait » avait été défini non pas pour limiter la densité, mais précisément pour maintenir la préservation du logement et des constructions affectées au service public ou d'intérêt collectif. Ce n'est donc pas tellement un problème d'outil mais d'intention. Le COS a pu produire des effets jugés néfastes non pas en tant que tel, mais parce qu'il a été détourné de son objectif initial. Les exemples comme celui du PLU de Paris, mettant le COS au service d'un parti d'aménagement réfléchi ou d'intentions « louables » au regard des politiques nationales de logement, ont probablement été nombreux. Le législateur n'a pour ainsi dire pas fait dans le détail, et a dû considérer que les cas de COS non-vertueux étaient nettement plus nombreux que les cas de « COS intelligents », quitte à sacrifier ces derniers.

En revanche, on peut se réjouir du fait, comme le soulève également Me Raunet, que la suppression du COS va grandement simplifier les opérations de densification à l'intérieur même de la volumétrie des constructions existantes. Ainsi, des transformations internes qui jadis pouvaient ne pas être autorisées en raison d'un dépassement illégal du COS, ne pourront plus être refusées sur ce fondement. Il semblerait toutefois qu'une autorisation d'urbanisme reste exigée, si la superficie envisagée dépasse les seuils déclencheurs. On peut alors se demander si, en l'absence de travaux touchant au gros-œuvre, et dès lors que l'enveloppe de construction ne subit aucun changement, le recours à une autorisation d'urbanisme est réellement justifié depuis qu'il n'y a plus de limite fixée par un COS. Nous reviendrons sur cette question.

La suppression du contrôle de la densité résiduelle à l'occasion de divisions.

(33.) Un autre dispositif est quant à lui purement et simplement supprimé par l'effet même de la suppression du COS. Il s'agit du contrôle de la densité résiduelle à l'occasion de la division d'un terrain bâti, prévu par l'ancien article L. 123-1-11 du Code de l'urbanisme. Pour mémoire, la loi SRU en 2000 avait déjà supprimé ce contrôle de la densité qui constituait un obstacle à la densification des zones pavillonnaires, avant d'être réintroduite, de manière optionnelle, par la loi UH de 2003, mais pour une durée maximale de dix ans.

⁷¹ Michèle Raunet, « *Une mesure annoncée depuis 14 ans : la suppression du COS* », Le bulletin de Chevreux notaires, édition spéciale, juillet 2014 p. 41 et s.

Cette suppression du contrôle de la densité résiduelle peut paraître anecdotique tant les documents d'urbanisme en instaurant le mécanisme étaient devenus rares, mais cela dénote une évolution majeure dans les principes de la planification urbaine. Il est en effet acquis que tout terrain issu d'une division retrouve sa virginité quant à l'application des règles d'urbanisme, et ce dès le premier jour de son existence. Sa constructibilité ne dépend plus des facteurs qui lui sont externes, liés à son origine. Toutefois, la possibilité pour le lotisseur de moduler la constructibilité dans les terrains issus de la division est maintenue, en dépit de la suppression du COS. Nous aurons l'occasion d'y revenir.

La suppression du COS volumétrique.

(34.) A titre relativement anecdotique, l'ancien article R. 123-10 du Code de l'urbanisme donnait la possibilité de fixer un COS volumétrique, c'est-à-dire un plafond de volumétrie, exprimé en mètres cubes, résultant du rapport entre le nombre de mètres cubes constructibles avec la contenance du terrain d'assiette de l'opération. Il va donc sans dire que la surface de plancher était inopérante pour le calcul du COS volumétrique.

Cet outil n'était toutefois que rarement utilisé puisqu'il concernait généralement les zones d'activités dans lesquelles les constructions ne contiennent pas nécessairement de planchers internes, comme les hangars ou les entrepôts. Le COS volumétrique n'a d'ailleurs pas résisté à la recodification du Livre Ier de la partie réglementaire du code par le décret du 28 décembre 2015.

Quantum de surface de plancher en ZAC.

(35.) Dans le périmètre des ZAC, le règlement du PLU peut fixer une règle de densité autre que le COS. En effet, en vertu de l'article L.151-27 du Code de l'urbanisme (ancien article L. 123-3), il peut être déterminé dans le règlement « *la surface de plancher dont la construction est autorisée dans chaque îlot, en fonction, le cas échéant, de la nature et de la destination des bâtiments* ». Cela revient peu ou prou à fixer un COS non pas à l'échelle d'une parcelle, mais à celle d'un îlot ou groupe d'îlots, à la différence près que ce n'est pas un coefficient multiplicateur qui est donné, mais le résultat exprimé en un stock de mètres carrés constructibles.

L'idée de fixer une densité constructible à l'échelle d'un îlot correspond bien à celle d'un urbanisme de projet, c'est-à-dire d'une règle définie à une macro échelle en fonction de la nature et de la destination des bâtiments. Cette notion de quantum peut alors donner matière à penser pour d'autres cas de figure que la ZAC, même si une opération telle que le lotissement dispose elle aussi de modalités particulières de gestion de la densité, mais non prévues au règlement du document d'urbanisme. Il faut observer néanmoins que la gestion de la densité constructible en ZAC n'est pas qu'une affaire de réglementation dans le cadre d'un PLU. Comme nous le verrons dans la partie suivante, il s'agit surtout d'un enjeu contractuel entre l'aménageur et l'acquéreur à travers le cahier des charges de la ZAC.

En résumé, le COS était certes la principale règle de densité, mais non l'unique. Il demeure en effet la règle de l'emprise au sol qui, bien que n'étant jamais dénommée « coefficient » dans les textes, est en fait une règle de densité partielle, ou superficielle pourrait-on dire. Il existe toutefois un risque de confusion car la réforme de la surface de plancher entrée en vigueur en 2012 a introduit dans le code une notion ayant le même nom mais désignant autre chose.

§ 2 - L'emprise au sol

(36.) Figurant autrefois au 9° de l'ancien article R. 123-9 du Code de l'urbanisme comme règle pouvant être introduite dans le règlement du PLU, la notion d'emprise au sol n'était toutefois pas définie. Mais les prescriptions fixées sur le fondement de ces dispositions s'avèrent être en pratique une règle de densité, donc potentiellement limitative d'une politique de densification, puisqu'elles s'expriment généralement en pourcentage d'emprise horizontale du terrain d'assiette au-delà duquel il n'est pas autorisé de construire.

Ainsi, la suppression du COS par la loi ALUR n'a pas eu pour effet de dépourvoir les documents d'urbanisme de règles de densité. Le législateur a en effet maintenu, dans la loi ALUR, les règles d'emprise au sol. Autrement dit, les règles de densité totale ont bien disparu des documents d'urbanisme, tandis que les règles de densité partielle y demeurent.

Définition et finalités de la règle d'emprise au sol.

(37.) Un auteur a pu définir la règle d'emprise au sol comme « *le pourcentage maximal de la surface du terrain que la base de la construction peut occuper* »⁷², de sorte qu'il est couramment admis que l'on parle de coefficient d'emprise au sol, ou CES. A défaut d'en donner une définition précise, un autre auteur en a donné les finalités :

*« Elles doivent répondre à un objectif précis d'urbanisme, tel que la volonté de faire construire en hauteur sur des terrains vastes dans une zone non soumise à une règle de hauteur, d'aérer le tissu urbain, d'imposer une certaine forme des constructions au sol, de maîtriser l'aménagement des zones d'activité en évitant une implantation anarchique des constructions, d'obtenir une urbanisation le long des voies, de limiter l'imperméabilisation des sols, etc. »*⁷³

Sur l'intérêt de fixer une telle règle qui, à l'instar du COS auparavant, est facultative, le même auteur ajoute que certains objectifs d'urbanisme peuvent être mieux garantis par des dispositions relatives à la hauteur ou aux prospects que par une règle d'emprise au sol, qui ne sera alors pas nécessaire. Tel est le cas, selon lui, en zone urbaine où la superficie des terrains rend la détermination d'une telle règle superflue. En revanche, elle lui apparaît plus pertinente en zone d'ouverture à l'urbanisation, où les terrains sont plus vastes, afin de garantir une implantation plus cohérente des constructions.

⁷² Georges Liet-Veaux, *Plan local d'urbanisme – contenu légal*, fasc. 7-51, 2012

⁷³ Gilles Pélissier, « *Écriture de l'article 9 du PLU* », In *Écriture du PLU*, GRIDAUH, 2012, fiche 1

De ce point de vue, il a même pu relever que les règlements pouvaient valablement fixer un pourcentage avec un plafonnement indifférencié de l'emprise au sol. Un PLU peut par exemple fixer un coefficient d'emprise de 10% de la superficie totale du terrain dans la limite par exemple de 150 mètres carrés par unité foncière. Ce type d'écriture de la règle est même plutôt clairvoyant car elle permet de rendre inopérante la tentation pour des propriétaires de joindre plusieurs unités foncières contiguës dans le cadre d'un seul permis de construire afin d'obtenir la création de formes architecturales peu souhaitables dans les zones qu'il s'agit de préserver d'une urbanisation trop dense.

Depuis le décret du 28 décembre 2015, le Code de l'urbanisme apporte une définition, pour le moins extensive, à la règle d'emprise au sol. En effet, le premier alinéa de l'article R.151-39 est ainsi rédigé :

« Afin d'assurer l'intégration urbaine, paysagère et environnementale des constructions, déterminer la constructibilité des terrains, préserver ou faire évoluer la morphologie du tissu urbain et les continuités visuelles, le règlement peut notamment prévoir des règles maximales d'emprise au sol et de hauteur des constructions. »

Au-delà d'une définition réglementaire, le nouveau texte apporte une innovation plutôt intéressante. En effet, le deuxième alinéa de l'article R. 151-39 dispose que le règlement du PLU *« peut également prévoir, pour traduire un objectif de densité minimale de construction qu'il justifie de façon circonstanciée, des règles minimales d'emprise au sol (...) »*.

La règle d'emprise au sol ne doit désormais plus seulement être appréhendée du point de vue d'un plafond. Elle doit l'être aussi comme un plancher, c'est-à-dire comme une règle *a minima*. Cela dit, une telle disposition est sans doute avant tout un marqueur symbolique mais ne saurait avoir, selon nous, une véritable portée. Si des emprises minimales sont fixées, ce serait partir du principe que les propriétaires ont tendance à construire des bâtiments trop peu denses, et réglementer de la sorte pourrait produire l'effet inverse de celui recherché, c'est-à-dire dissuader les propriétaires de construire tout simplement.

Le mode d'expression de la règle d'emprise au sol.

(38.) Tandis que le premier et le deuxième alinéa de l'article R. 151-39 précisent la définition et les finalités de la règle d'emprise au sol, le troisième alinéa apporte une innovation majeure quant à son mode d'expression. Celui-ci dispose en effet que :

« Les règles prévues par le présent article peuvent être exprimées par rapport aux voies et emprises publiques, aux limites séparatives et aux autres constructions sur une même propriété ainsi qu'en fonction des objectifs de continuité visuelle, urbaine et paysagère attendus. »

Deux enseignements peuvent être tirés d'une telle disposition. Le premier est qu'un amalgame est créé entre la règle d'emprise au sol et celle d'implantation des constructions au titre des 6°, 7° et 8° de l'ancien article R. 123-9 du Code de l'urbanisme, portant sur les prospectus à observer respectivement par rapport par rapport aux voies et emprises publiques, aux limites séparatives et aux autres constructions sur une même propriété, et sur lesquels nous reviendrons dans la paragraphe suivant relatif aux règles métriques.

En revanche, la question peut se poser de savoir ce qu'il convient d'entendre par des règles d'emprise qui s'expriment « *en fonction des objectifs de continuité visuelle, urbaine et paysagère attendus* ». S'agit-il du prolongement du CES tel qu'il est défini à l'article 9 des règlements de PLU ? Ou bien s'agit-il d'autre chose, auquel cas l'emprise au sol ne pourrait plus constituer une règle de densité au sol ? Il y a tout lieu de croire qu'il s'agit d'une manière pudique de permettre le maintien de règles de densité, et donc d'un CES qui s'exprimerait en pourcentage. Car en effet, comme nous l'avons relaté dans le point précédent, le CES est souvent approprié dans les zones d'ouverture à l'urbanisation, ou bien celles d'urbanisation diffuse, c'est-à-dire là où les terrains sont potentiellement vastes, pour maintenir justement une continuité visuelle, urbaine et paysagère que le pouvoir réglementaire appelle de ses vœux.

L'appréciation prétorienne de la règle d'emprise au sol.

(39.) Sous l'empire de l'ancien article R. 123-9, les juges administratifs avaient pu admettre la validité de fixer une telle règle même si le code de l'urbanisme ne le prévoyait pas expressément en tant que coefficient⁷⁴. Ils ont même admis que le CES pouvaient prendre la forme d'un coefficient différencié⁷⁵.

Le Conseil d'Etat a pour sa part eu à trancher des situations litigieuses au cas par cas, comme celle de la prise en compte ou non dans le CES d'un toit de garage⁷⁶, ou encore de piscines⁷⁷. Les cas de figure sur lesquels la Haute-juridiction a eu à se pencher sont nombreux et nous ne les citerons pas tous ici, mais il a eu généralement une acceptation extensive de la notion de CES, ayant tendance à y inclure les éléments bâtis non-compris dans le gros-œuvre de la construction principale. Ce fut le cas des deux précédents exemples cités. Il semble en revanche bien établi que les sous-sols sont exclus de l'emprise au sol par exemple lorsqu'il s'agit de parkings enterrés sur lesquels sont aménagés des terrasses respectant la pente naturelle du sol⁷⁸, mais si, *a contrario*, de tels parkings ne sont que partiellement enterrés en raison de la pente du terrain et ouvrent de plain-pied sur une aire de dégagement, ils ne peuvent alors en être exclus⁷⁹.

Pour ce qui concerne la prise en compte ou non des éléments de saillie, la jurisprudence a également eu à s'exprimer sur des questions au cas par cas dont il ne semble pas se dégager une position claire. La Cour administrative d'appel de Paris a ainsi décidé, en l'absence de clarification apportée par le document d'urbanisme lui-même, que seule « *la superficie qu'occupe la base de la construction* » devait être prise en compte pour l'appréciation de l'emprise au sol⁸⁰. La position inverse a pourtant été soutenue plus récemment par un arrêt de la Cour d'appel de Versailles, qui a retenu pour sa part qu'« *un balcon en saillie édifié dans le prolongement de la*

⁷⁴ TA Versailles, 6 oct. 1998, Leclerc : BJD 1/1999, p. 61

⁷⁵ CAA Nancy, 1^{re} ch., 4 janv. 1998, Garcia : Gaz Pal. 1999, 2, pan. dr. adm. p. 121

⁷⁶ CE, 31 janv. 1999, Patrigani : BJD 1999, p. 61

⁷⁷ CE, 21 mars 2008, Cortes, n° 296239 ; JCP N 2008, act. 352 ; BJD 2008, p. 42, concl. Courrèges, obs. M.G.

⁷⁸ CE, 14 oct. 2002, Cne Lavandou, n° 244714 ; RD imm. 2003, p. 106 ; BJD 2002, p. 360, concl. G. Goulardi ; Constr.-urb. 2003, comm. 16

⁷⁹ CE 7 juill. 2000, Commune de Saint-Tropez, n° 189606, BJD 2000, n° 4, p. 286

⁸⁰ CAA Paris, 1^{er} juin 1999, Mme Burgeot, BJD 4/1999, p. 292, concl. B. Phémolant

salle de séjour située au premier étage, [...] desservi par un escalier extérieur donnant sur le jardin » devait être inclus dans l'emprise au sol⁸¹. Deux décisions rendues par le Conseil d'Etat adoptent la même position que celle de la Cour d'appel de Versailles, après avoir à chaque fois constaté que les saillies surélevées s'incorporaient au gros-œuvre⁸². Un auteur a pu retenir à cet égard que :

« Le petit nombre de décisions sur ce sujet (...) ne permettent pas d'en tirer une définition générale de l'emprise au sol. (...) »

Si aucune définition générale ne ressort de la jurisprudence, il semble cependant possible de dégager une tendance des juridictions à inclure dans l'emprise au sol les éléments saillants du bâtiment lorsqu'ils sont indissociables de ce dernier (...)»⁸³

La question de l'appréciation de l'emprise au sol n'est pas anodine. En effet, l'inclusion ou l'exclusion des éléments en saillie de la construction peut accroître ou réduire la densité constructible dans des proportions pouvant être assez importantes, au-delà de la question de savoir ce qui est constitutif ou non de surface de plancher. Il revient alors aux rédacteurs de PLU de définir précisément ce qu'il convient d'y inclure et d'y exclure pour lever toute ambiguïté quant à la fixation de la règle d'emprise. Cela dit, on ne peut que préconiser une définition unifiée de l'emprise au sol, incluant toute saillie constitutive de surface (rappelons que les espaces non clos et couverts tels que terrasses, balcons ou coursives n'entrent pas dans le calcul de la surface de plancher), pour éviter les détournements. En effet, exclure les terrasses de l'emprise peut inciter les constructeurs à concevoir des saillies disproportionnées par rapport au gros-œuvre du bâtiment, sauf à prévoir des limitations dans les proportions de ces saillies.

L'autre notion d'emprise au sol.

(40.) Les jurisprudences évoquées ci-dessus sont peut-être à considérer aujourd'hui avec une certaine réserve, compte tenu du fait que la définition d'emprise au sol a été introduite dans le code de l'urbanisme dans le cadre de la réforme de la surface de plancher. L'article R. 420-1, entré en vigueur au 1^{er} mars 2012, définit l'emprise au sol comme « *la projection verticale du volume de la construction, tous débords et surplombs inclus* ». La circulaire d'application de la surface de plancher définit d'ailleurs dans le détail ce qu'il convient d'inclure ou d'exclure de l'emprise au sol. Il y est précisé que cette définition n'est donnée que pour l'application du Livre IV du Code de l'urbanisme, c'est-à-dire celui relatif aux autorisations d'urbanisme, et plus particulièrement pour apprécier le seuil de déclenchement du recours obligatoire à un architecte⁸⁴. Cette définition ne saurait donc remettre en cause celle retenue par les documents d'urbanisme pour l'application de leurs propres règles d'emprise.

Ainsi, aucune référence n'est faite à une potentielle règle d'emprise au sol exprimée par un coefficient dans les dispositions du code et de ladite circulaire si bien que l'on

⁸¹ CAA Versailles 8 juill. 2010, Commune de Viroflay, n° 09VE02354

⁸² CE 23 mars 1986, Ministre de l'urbanisme c. Époux Tisseyre et Mme Tourette, n° 73256, Rec. p. 131 – CE 31 janv. 1990, M. Patrignani, n° 79939

⁸³ *Op. cit.* Pélessier, Gilles, « *Écriture de l'article 9 du PLU* », In *Écriture du PLU*, GRIDAUH, 2012, Fiche 1

⁸⁴ Circulaire du 3 février 2012 relative au respect des modalités de calcul de la surface de plancher des constructions définies par le livre I du code de l'urbanisme (texte non paru au journal officiel)

constate bien là l'existence de deux notions d'emprise au sol juridiquement distinctes. Il n'en demeure pas moins que la méthode d'appréciation technique de l'emprise en sol est désormais définie administrativement et avec une extrême précision. Il n'est donc pas improbable que juges et praticiens puissent être influencés par la grille de lecture donnée par la circulaire de 2012 pour apprécier la règle d'emprise au sol fixée par un règlement d'urbanisme en dépit du fait qu'il s'agit bien de deux notions juridiques distinctes.

Le CES comme palliatif de la suppression du COS ?

(41.) Bien que l'emprise au sol en tant que règle d'urbanisme ait fait l'objet d'une définition par le nouvel article R. 151-39 du Code de l'urbanisme, les règles de CES qui ont pu être instituées dans les règlements de PLU n'ont pas été supprimées par le décret du 28 décembre 2015. Or, le CES peut constituer, tout comme le COS hier, un moyen de freiner facilement tout projet de densification. Ce point n'a même pas été évoqué lors des travaux préparatoires, ni même dans les débats parlementaires ou consultations publiques réalisés en préparation du projet de loi ALUR en 2014.

On peut même se demander si la suppression du COS n'a pas eu pour effet d'encourager les collectivités à recourir au CES lorsqu'elles sont réticentes à l'idée de densifier leurs territoires. La présence d'un CES dans un document d'urbanisme demeure toutefois fragile. Il n'est pas certain qu'au vu des évolutions législatives et réglementaires récentes, le juge administratif maintienne l'interprétation plutôt inclusive qu'il a pu exprimée depuis de nombreuses années de manière à limiter la densité constructible.

L'ambiguïté de la règle relative aux espaces libres et plantations.

(42.) Le 13° de l'ancien article R. 123-9 du Code de l'urbanisme visait « *Les obligations imposées aux constructeurs en matière de réalisation d'espaces libres, d'aires de jeux et de loisirs, et de plantations* » parmi les règles pouvant être fixées dans le règlement du PLU. Il ne semble pas s'agir *a priori* de règles quantitatives puisqu'il est fait usage des termes « *obligations imposées* ». On peut ainsi penser que des prescriptions fixées en application de ces dispositions consistent à obliger ou non de procéder à des plantations, d'en préciser éventuellement les types ou espèces, ou bien de réaliser des équipements particuliers, etc. Il peut aussi s'agir par exemple d'imposer la clôture de terrains par des haies ou bien d'interdire de modifier le relief naturel du terrain.

Mais il peut s'agir en réalité bien souvent de règles numériques (par exemple un certain nombre d'arbres pour tant de mètres carrés) ou bien même de coefficient d'emprise des espaces libres qui reviennent en fait à définir *a contrario* des règles d'emprise de construction. Pareille hypothèse fait de l'article 13 du règlement du PLU une potentielle règle de densité, ou plutôt de non-densité. De ce point de vue, Gilles Godfrin a pu constater l'incohérence que cette situation est susceptible de provoquer. Il relève en effet que :

« la création d'espaces verts sera le résultat spontané de l'application des autres dispositions du règlement. Si par exemple l'article 9 n'autorise qu'une très faible emprise au sol et si l'article 13 limite drastiquement la faculté

d'imperméabiliser les espaces libres, ceux-ci seront nécessairement verdis par leur propriétaire »⁸⁵.

Il envisage même de potentiels conflits avec les prescriptions de l'article 9 et même d'autres articles du règlement du PLU :

« Il y aurait par exemple contradiction à fixer, dans l'article 13, une surface minimale d'espace vert de 40 % de la surface du terrain, alors que, par ailleurs, l'article 9 admettrait une emprise au sol des bâtiments de 70 % de la surface du terrain. De même il y aurait contradiction, d'une part, à définir, dans les articles 6 et 7, une bande de constructibilité en bordure de voie et, d'autre part, dans l'article 13, à protéger un arbre situé dans cette bande, empêchant ainsi toute construction »⁸⁶.

On voit bien là le risque que peut revêtir la fixation d'un coefficient de non-emprise de construction au titre de l'article 13, à moins qu'il ne soit pas défini de coefficient d'emprise au titre de l'article 9. C'est parfois même l'article 9 qui définit un pourcentage de surface sur laquelle on ne peut pas construire. C'est le cas de l'article UC 9 du POS de Saint-Germain-en-Laye :

« La proportion de terrain obligatoirement réservé aux jardins, plantations et terrains de jeux d'enfants, à l'exception des aires de stationnement, dépôts ou dégagements, ne pourra être inférieure à 50 % de la superficie du terrain »⁸⁷.

Pourtant, le 9° de l'ancien article R. 123-9 du code de l'urbanisme visait expressément « l'emprise au sol des constructions ». Dès lors, l'idée selon laquelle l'article 9 d'un règlement d'urbanisme puisse définir un pourcentage de non-construction nous paraît juridiquement contestable.

Certains PLU prévoient par ailleurs davantage de pragmatisme dans l'écriture de l'article 13 que la simple fixation d'un coefficient rigide, en posant par exemple une obligation de replantation de tout arbre coupé pour les besoins d'une construction. Une telle règle n'a toutefois de sens que dans les zones préalablement boisées, et pour des terrains de grande superficie ou bien pour des opérations de lotissement ou de remembrement. Cela dit, l'objet même des règles d'urbanisme prises sur le fondement du 13° de l'ancien article R. 123-9 du Code de l'urbanisme n'est pas de définir un coefficient, et même si tel est le cas, ce coefficient n'a pas pour objet systématiquement d'imposer un quota minimal de sol naturel. Par exemple, la fixation de règles de nombre d'arbres à planter ou à préserver n'empêche pas l'artificialisation du sol sur lequel ceux-ci sont situés. L'article 13 des règlements se présente alors comme une disposition « fourre-tout » qui peut d'ailleurs consister à fixer dans les espaces libres d'autres règles que celles relatives aux plantations.

Depuis la suppression de l'article R. 123-9 du Code de l'urbanisme par le décret du 28 décembre 2015, les règles relatives aux espaces libres et plantations pourront désormais puiser leur fondement juridique dans un paragraphe du Code de l'urbanisme intitulé « *Traitement environnemental et paysager des espaces non bâtis*

⁸⁵ Gilles Godfrin, « *L'écriture de l'article 13 des règlements de zone du PLU* », Extrait des travaux du séminaire sur l'écriture du PLU, GRIDAUH, 2012, fiche 3

⁸⁶ *Ibid*, fiche 1

⁸⁷ *Op. cit.*, Gilles Pélissier, « *Écriture de l'article 9 du PLU* », Extrait des travaux du séminaire sur l'écriture du PLU, GRIDAUH, 2012, fiche 2

et abords des constructions », faisant l'objet de l'article R. 151-43 du Code de l'urbanisme.

Le coefficient de biotope.

(43.) Une nouvelle règle de densité a été introduite par la loi ALUR à l'ancien article L. 123-1-5 pour des motifs justement environnementaux, et semble avoir remporté les faveurs de nombreux élus. Il s'agit du « coefficient de biotope », également appelé « coefficient de pleine-terre ». Le législateur n'évoque pas explicitement le terme de coefficient ni de biotope, mais fait référence, au 1° du III de l'ancien article L. 123-1-5, à une « *part minimale de surfaces non imperméabilisées ou éco-aménageables, éventuellement pondérées en fonction de leur nature, afin de contribuer au maintien de la biodiversité et de la nature en ville* », que le règlement du PLU peut imposer. Cette disposition est désormais reprise, dans une rédaction strictement identique, à l'article L. 151-22 du Code de l'urbanisme.

Jusqu'au 31 décembre 2015, un tel coefficient n'était toutefois mentionnée que dans la partie législative du code de l'urbanisme, et dans ces conditions, il y avait tout lieu de penser que la fixation d'une telle règle trouvait sa place, par défaut, à l'article 13 du règlement des PLU. Dans une notice établie dans le cadre de la loi ALUR, les services du ministère du logement et de l'égalité des territoires expliquaient que :

« Le coefficient dit de biotope est déjà mis en œuvre dans certains PLU. Il s'agit de fixer une obligation de maintien ou création de surfaces non imperméabilisées ou éco- aménageables sur l'unité foncière qui peut être satisfaite de plusieurs manières : espace libre en pleine terre, surface au sol artificialisée mais végétalisée sur une profondeur minimale déterminée par le règlement, toitures et murs végétalisés... »⁸⁸.

Si ce coefficient de biotope permet au règlement d'urbanisme de fixer des règles de végétalisation du terrain ou de la construction elle-même, les « espaces libres en pleine terre » permettent aux rédacteurs de PLU de fixer un coefficient dit de pleine-terre qui revient à fixer une emprise minimale non-constructible et même non-aménageable dans le sens où cette emprise ne peut être artificialisée. Ce coefficient de pleine-terre n'est en fait pas nouveau, il existe depuis de nombreuses années dans certains PLU, sans que celui-ci n'ait été auparavant mentionné dans le Code de l'urbanisme. Mais il est sans doute voué à jouer un rôle croissant dans les règlements d'urbanisme en raison de la promotion qu'en font désormais les autorités publiques. Il peut ainsi constituer à cet égard le complément du CES, qui définit pour sa part l'emprise minimale de construction. Pour éviter une rigidité excessive, il faut toutefois veiller à conserver une part intermédiaire, comme une zone tampon à l'intérieur de chaque terrain pour permettre l'installation d'équipements imperméabilisant le sol sans être constitutive de surface de plancher : une piscine, une dalle, un accès goudronné, etc.

Il est ainsi de moins en moins rare de voir des PLU recourir désormais à ces coefficients de pleine-terre. On peut même être en droit de se demander dans quelle mesure ils ne sont pas utilisés eux aussi pour pallier l'absence de COS sous couvert de préoccupations environnementales. Ce phénomène, s'il est avéré, serait d'ailleurs

⁸⁸ Ministère du logement, Note administrative relative à la biodiversité dans les PLU et les SCOT suite à la loi ALUR, juin 2014

plutôt cocasse. Au nom du développement durable, le législateur s'évertue depuis une quinzaine d'années à réformer l'urbanisme au service de la densification, et donc à lever tous les obstacles juridiques pour y parvenir. Mais dans le même temps, il prévoit la possibilité de réduire les surfaces de terrain sur lesquelles il peut être construit, précisément dans les zones à densifier, pour des motifs écologiques. Cette schizophrénie permet ainsi de toujours laisser une porte ouverte aux rédacteurs de PLU pour limiter la densification, et de surcroît de manière décomplexée puisque justifié par des motifs vertueux de préservation de la biodiversité.

Le nouvel article R. 151-43 du Code de l'urbanisme, très étoffé, intègre désormais explicitement de coefficient de biotope de même qu'il complète le contenu du 13° de l'ancien article R. 123-9 relatif aux espaces libres et plantations. L'article R.151-43 dispose en effet :

Afin de contribuer à la qualité du cadre de vie, assurer un équilibre entre les espaces construits et les espaces libres et répondre aux enjeux environnementaux, le règlement peut :

1° Imposer, en application de l'article L. 151-22, que les surfaces non imperméabilisées ou éco-aménageables d'un projet représentent une proportion minimale de l'unité foncière. Il précise les types d'espaces, construits ou non, qui peuvent entrer dans le décompte de cette surface minimale en leur affectant un coefficient qui en exprime la valeur pour l'écosystème par référence à celle d'un espace équivalent de pleine terre ;

2° Imposer des obligations en matière de réalisation d'espaces libres et de plantations, d'aires de jeux et de loisir ;

3° Fixer, en application du 3° de l'article L. 151-41 les emplacements réservés aux espaces verts ainsi qu'aux espaces nécessaires aux continuités écologiques, en précisant leur destination et les collectivités, services et organismes publics bénéficiaires ;

4° Délimiter les espaces et secteurs contribuant aux continuités écologiques et définir des règles nécessaires à leur maintien ou à leur remise en état ;

5° Identifier, localiser les éléments de paysage et délimiter les sites et secteurs à protéger au titre de l'article L. 151-23 pour lesquels les travaux non soumis à un permis de construire sont précédés d'une déclaration préalable et dont la démolition est subordonnée à la délivrance d'un permis de démolir, et définir, s'il y a lieu, les prescriptions nécessaires pour leur préservation ;

6° Délimiter dans les documents graphiques les terrains et espaces inconstructibles en zone urbaine en application du second alinéa de l'article L. 151-23 ;

7° Imposer les installations nécessaires à la gestion des eaux pluviales et du ruissellement ;

8° Imposer pour les clôtures des caractéristiques permettant de préserver ou remettre en état les continuités écologiques ou de faciliter l'écoulement des eaux.

En résumé, la suppression du COS est tempérée par la possibilité de fixer des coefficients d'emprise, qu'ils soient de construction ou de pleine-terre, et dont le recours par les rédacteurs de PLU est appelé à se développer. Une clarification

règlementaire du cadre juridique de la règle d'emprise a d'ailleurs été apportée, ce dont on peut se réjouir, même si au final, elle ne devrait pas avoir pour effet de bouleverser le contenu des règlements d'urbanisme sur ce point précis. Elle permettra peut-être néanmoins de rendre plus cohérente l'articulation entre les vides et les pleins. Auparavant, les règles d'emprise définies dans les règlements de PLU, sur le fondement des 9° et 13° de l'ancien article R. 123-9 d'une part, et le coefficient de pleine-terre qui n'était pas cité dans la partie réglementaire du code d'autre part, étaient susceptibles d'entrer en contradiction.

Pour autant, si ces coefficients d'emprise sont susceptibles de limiter la densité, leur caractère bidimensionnel ne leur permet pas de définir une densité totale autorisée. Les règles de densité qui demeurent n'ont plus que pour objet de fixer des quotas surfaciques, et c'est désormais leur combinaison avec les règles métriques dessinant l'enveloppe de la construction qui définit la densité maximale autorisée. La définition et le contrôle des règles de densité sont ainsi devenus plus subtils, car il convient désormais d'apprécier la surface de plancher autorisée au regard de la combinaison des règles dessinant l'enveloppe d'un bâtiment, à savoir celles non seulement d'emprise au sol que nous venons d'analyser, mais aussi celles de hauteur, de gabarit et d'implantation, qui ne sont que des règles métriques prises individuellement mais qui, regroupées, définissent une densité constructible.

Section 2 – Les règles métriques dessinant l'enveloppe de construction

(44.) Avec la suppression du COS, les règles dessinant l'enveloppe de construction ont pris une importance toute particulière. La surface de plancher constructible doit être désormais nécessairement calculée à partir de la combinaison des règles métriques avec celles d'emprise au sol. Auparavant, c'était le COS, là où il y en avait un, qui permettait ce calcul, et le constructeur s'assurait dans un second temps de ne pas dépasser une limite fixée par l'une des règles métriques. Ces règles métriques peuvent être regroupées en deux types : d'une part la hauteur et d'autre part l'implantation exprimée en prospect à respecter depuis la voirie, les limites séparatives ou entre constructions sur une même propriété. Contrairement aux règles de densité, les règles métriques ont sans doute davantage fait l'objet de notes techniques qu'alimenté la littérature juridique. Les encyclopédies juridiques apportent bien sûr de nombreuses informations relatives au contentieux, au cas par cas, qui ont pu résulter de leur interprétation. Mais la publication par le GRIDAUH d'un ouvrage sur l'écriture du PLU constitue assurément, à ce jour, la documentation juridique la plus complète sur cette thématique⁸⁹.

§ 1 – L'implantation des constructions

(45.) Les règles d'implantation définissent les distances que doivent observer les constructions par rapport à la voirie et aux emprises publiques, aux limites séparatives ou entre des constructions sur une même parcelle, ce qui a pour effet, en l'absence de règle d'emprise plus restrictive, de limiter la densité constructible au sol. Ces règles

⁸⁹ GRIDAUH (sous la direction d'Henri Jacquot), *La dimension juridique de l'écriture du plan local d'urbanisme*, Les cahiers du GRIDAUH n°23, 2013

d'implantation sont encore, pour la plupart, mentionnées dans les règlements de PLU selon les dispositions de l'ancien article R. 123-9 du Code de l'urbanisme :

« (...) 6° L'implantation des constructions par rapport aux voies et emprises publiques ;

7° L'implantation des constructions par rapport aux limites séparatives ;

8° L'implantation des constructions les unes par rapport aux autres sur une même propriété (...) ;

Soulignons au passage que sous l'empire des anciens textes, seules les règles définies au titre des 6° et 7° de l'ancien article R. 123-9 devaient être obligatoirement fixées dans les règlements d'urbanisme. C'était d'ailleurs le même article qui le prévoyait, implicitement, dans l'un de ses derniers alinéas :

« les règles mentionnées aux 6° et 7° relatives à l'implantation des constructions par rapport aux voies et emprises publiques et par rapport aux limites séparatives, qui ne sont pas fixées dans le règlement, doivent figurer dans les documents graphiques ».

Le Code de l'urbanisme donnait ainsi une importance toute particulière aux documents graphiques s'agissant de ce type de règles. Par ailleurs, les règles d'implantation sont les seules qui figurent dans le Règlement National d'Urbanisme (RNU), aux articles R. 111-15 à R. 111-17 du Code de l'urbanisme, reproduits ci-après :

Art. R.111-15 – *« Une distance d'au moins trois mètres peut être imposée entre deux bâtiments non contigus situés sur un terrain appartenant au même propriétaire. »*

Art. R.111-16 – *« Lorsque le bâtiment est édifié en bordure d'une voie publique, la distance comptée horizontalement de tout point de l'immeuble au point le plus proche de l'alignement opposé doit être au moins égale à la différence d'altitude entre ces deux points. Lorsqu'il existe une obligation de construire au retrait de l'alignement, la limite de ce retrait se substitue à l'alignement. Il en sera de même pour les constructions élevées en bordure des voies privées, la largeur effective de la voie privée étant assimilée à la largeur réglementaire des voies publiques.*

Toutefois une implantation de la construction à l'alignement ou dans le prolongement des constructions existantes peut être imposée. »

Art. R.111-17 – *« A moins que le bâtiment à construire ne jouxte la limite parcellaire, la distance comptée horizontalement de tout point de ce bâtiment au point de la limite parcellaire qui en est le plus rapproché doit être au moins égale à la moitié de la différence d'altitude entre ces deux points, sans pouvoir être inférieure à trois mètres. »*

Ces dispositions forment un ensemble de normes *a minima* auxquelles il ne peut être dérogé. Un règlement de PLU ne pourrait alors pas prescrire des règles d'implantation moins contraignantes.

A la question de savoir s'il était obligatoire que les articles 6 et 7 soient rédigés sous forme de distance, un auteur a pu répondre, avec prudence, par l'affirmative⁹⁰ en s'appuyant sur un jugement du tribunal administratif de Paris⁹¹. Il ajoute néanmoins qu'il s'agit de la seule jurisprudence en ce sens, et recommande donc de fixer des règles de distance précises, ou bien de moduler cette distance sous la forme de « fourchettes » de distance, en fonction par exemple de la destination du bâtiment.

Depuis le 1^{er} janvier 2016, les règles relatives à l'implantation sont intégrées dans le même article que celui relatif à l'emprise au sol et à la hauteur, dans un paragraphe intitulé « *volumétrie et implantation des constructions* ». Il s'agit de l'article R. 151-39 du Code de l'urbanisme que nous avons déjà cité. Il n'en demeure pas moins que les règles d'implantation demeurent en toutes hypothèses des règles métriques alors que celles relatives à l'emprise peuvent consister en des coefficients. Le dernier alinéa de cet article précise en effet pour rappel que « *Les règles prévues par le présent article peuvent être exprimées par rapport aux voies et emprises publiques, aux limites séparatives et aux autres constructions sur une même propriété* ». Rien n'indique en revanche que la définition de règles d'implantation par rapport aux voies et emprises publiques d'une part, et aux limites séparatives d'autre part, demeurent obligatoire.

L'implantation par rapport aux voies et emprises publiques.

(46.) Pour ce qui concerne l'écriture des règles d'implantation par rapport aux voies et emprises publiques, deux hypothèses peuvent être envisagées : soit une implantation en limite de la voie ou de l'emprise publique, soit une implantation en retrait de ces limites. Dans le premier cas, on peut utiliser l'expression d'« implantation à l'alignement », dans le second, les termes de « recul » ou de « prospect » peuvent être également employés.

Une règle d'implantation imposée à l'alignement ne peut alors être considérée à première vue comme une restriction de la densité constructible. Au contraire, il s'agit d'obliger le propriétaire de construire au droit de l'alignement, l'objectif alors recherché étant, pour reprendre les termes d'un auteur, de « *créer un front bâti continu le long de la voie* »⁹². On ne peut même pas considérer qu'il s'agisse là d'une règle métrique. Pourtant, une règle d'implantation à l'alignement a généralement pour finalité de dégager de l'espace libre en fond de parcelle, et se combine alors généralement avec une règle de recul arrière assez importante depuis la limite séparative.

L'article 6 du règlement des PLU pris sur le fondement des anciens textes peut également imposer un recul, exprimé en mètres, calculé soit depuis la limite de la voirie, soit depuis son axe. Les deux modes de calcul peuvent également être combinés. De plus, ce recul peut être imposé strictement ou bien être défini comme une distance minimale. S'il est imposé, la construction ne peut être implantée autrement que ce que le règlement prévoit, alors que s'il est minimal, une certaine latitude est laissée au constructeur pour implanter son projet où il le souhaite au-delà

⁹⁰ Jean-François Inserguet, « *contributions extérieures / questions-réponses, les règles des articles 6 et 7 des règlements de zone doivent-elles obligatoirement être rédigées sous la forme d'une distance ?* » Extrait des travaux du séminaire sur l'écriture du PLU, GRIDAUH, 2012

⁹¹ TA Paris, 2 août 2007, Préfet de Paris c. Ville de Paris, n° 0700962

⁹² Pittard, Yves, « *l'écriture des articles 6, 7 et 8 du règlement des PLU* », Extrait des travaux du séminaire sur l'écriture du PLU, GRIDAUH, 2012 / fiche 3

de la limite fixée. Il peut également être relatif, c'est-à-dire défini en fonction de la hauteur de la construction. C'est d'ailleurs selon ce mode de calcul que le règlement national d'urbanisme fixe la règle d'implantation des constructions par rapport aux voies et emprises publiques. L'ancien article R. 111-17 du Code de l'urbanisme, désormais codifié à l'article R.111-16, dispose en effet que :

« Lorsque le bâtiment est édifié en bordure d'une voie publique, la distance comptée horizontalement de tout point de l'immeuble au point le plus proche de l'alignement opposé doit être au moins égale à la différence d'altitude entre ces deux points. Lorsqu'il existe une obligation de construire en retrait de l'alignement, la limite de ce retrait se substitue à l'alignement ».

L'auteur précité y voit néanmoins le risque qu'une telle formule puisse « avoir une incidence sur la hauteur des bâtiments. En effet, plus le terrain est profond, plus le bâtiment peut être reculé et avoir ainsi une hauteur élevée ». Les règles d'implantation depuis les voies et emprises publiques sont sans doute celles qui ont le plus d'effet sur la densité perçue ou ressentie. Comme le souligne ce même auteur :

« L'implantation des constructions, à l'alignement ou en retrait de celui-ci, va en effet directement 'impacter' l'apparence du tissu urbain, tel qu'il est, à partir des endroits accessibles au public »⁹³.

L'implantation par rapport aux limites séparatives.

(47.) La règle d'implantation par rapport aux limites séparatives partageait avec celle par rapport aux voies et emprises publiques, sous l'empire de l'ancien article R. 123-9, l'obligation de figurer *a minima* dans les documents graphiques d'un PLU. Cette obligation n'est désormais plus explicite. Par ailleurs, même si cela n'était pas mentionné au 7° de l'article R. 123-9 du Code de l'urbanisme, ni désormais à l'article R. 151-39, un règlement peut établir une distinction entre les limites latérales et les limites arrières.

Pour ces premières, la règle d'implantation peut être fixée en ordre continu, c'est-à-dire que la construction doit obligatoirement être mitoyenne de celle des parcelles qui lui sont latéralement limitrophes. Elles peuvent également prévoir une implantation sur une des deux limites séparatives, ou bien imposer un prospect minimal d'un ou des deux côtés. A l'instar de l'implantation par rapport aux voies et emprises publiques, ce type de règles va directement formater la morphologie urbaine vue depuis l'espace public, et donc la densité perçue ou ressentie.

S'agissant des règles d'implantation par rapport aux limites arrière, il y a là un vrai sujet. On parle en effet d'espaces libres, qui permettent d'offrir aux propriétaires un dégagement qui n'est pas orienté sur la voirie publique. Il peut s'agir de cours intérieures en milieu d'urbanisation compacte, ou de jardins dans des quartiers pavillonnaires, ou bien encore d'arrière-cours, que l'on peut traduire en anglais par *back-yard*, dont le terme est repris dans l'acronyme NIMBY (*Not In My Back-Yard*) et son inverse BIMBY (*Build In My Back-Yard*), évoqué en introduction et qui consiste en une démarche de densification douce des tissus pavillonnaires. La question de l'arrière-cour suscite aujourd'hui, du moins dans les quartiers d'urbanisation diffuse, des crispations entre une ligne politique nationale voulant favoriser la densification urbaine et un certain nombre de propriétaires, parfois

⁹³ *Idem*, fiche 1

soutenus par les élus locaux, désirant conserver leur cadre de vie. La fixation de la règle d'implantation par rapport aux limites arrière constitue alors un instrument réglementaire au cœur de ce débat.

Au-delà de cette question de politique de densification, se pose la question de la rigidité de la règle. Pour éviter de possibles débats sur l'interprétation des règles, il peut être recommandé d'adopter une règle unique, quelque soit le type de limite séparative. Une règle unique a en effet au moins le mérite de simplifier le traitement des parcelles d'angle. En cas de fixation d'une règle unique à l'article 7 du règlement, un auteur recommande de :

*« délimiter, à partir d'un point de référence déterminé (axe de la voie, alignement, retrait imposé par rapport à celui-ci...), une ou plusieurs bandes, en en fixant la profondeur et en définissant les règles d'implantation qui y sont applicables. Cette solution présente l'avantage de permettre une gestion des cœurs d'îlots sans avoir à se préoccuper de la nature des limites séparatives. »*⁹⁴

Cette définition assouplie et intelligente de la règle d'implantation par rapport aux limites séparatives correspond sans doute mieux à un urbanisme de projet. L'explicitation de la règle par des représentations graphiques est alors essentielle, l'objectif à atteindre en termes de morphologie urbaine étant directement tracé.

Si les règles d'implantation par rapport aux limites séparatives ont, à l'instar de celles par rapport à la voirie et aux emprises publiques, une finalité urbanistique, elles poursuivent en outre des objectifs relevant du Code civil. Une jurisprudence rendue par la Cour administrative d'appel de Paris en 2007 au sujet de l'article UH 7.1 du règlement du POS de Paris pose en effet que :

*« ce texte n'a pas seulement pour objet de fixer des normes d'implantation et de volume des bâtiments à construire par rapport aux limites séparatives mais bien de régler les questions de vues sur les propriétés voisines de manière à préserver l'intimité des propriétaires riverains »*⁹⁵.

Il y a donc ici une articulation à observer entre des règles administratives et des règles de droit privé, ou plus précisément de servitudes légales. Ainsi les articles 675 à 680 du Code civil, dont la rédaction n'a que très peu évolué depuis 1804, fixent le cadre juridique des ouvertures et des vues. Il ne s'agit pas de règles de prospect à proprement parler, mais les contraintes d'ouverture et de vues conditionnent incontestablement l'implantation des constructions. De même, si une règle d'implantation par rapport aux limites séparatives ne fixe aucun recul minimal, le constructeur reste toutefois soumis aux dispositions du Code civil relatives à la mitoyenneté, insérées au chapitre des servitudes.

Avant que n'apparaissent les premiers règlements d'urbanisme, les servitudes légales relatives à l'implantation étaient quasiment les seules susceptibles de restreindre le caractère absolu du droit de construire. Il fallait limiter la densité constructible pour assurer à tout propriétaire une luminosité suffisante de son habitation, ainsi qu'une bonne circulation de l'air, mais aussi lui reconnaître un droit à l'intimité. C'est sans doute en raison de telles préoccupations, à savoir par souci de relations paisibles de voisinage, que le législateur a cru bon de rendre obligatoire la définition de règles

⁹⁴ *Idem*, fiche 4

⁹⁵ CAA Paris 31 oct. 2007, SCI Paris Heine Source c/ M. et Mme Lenain, RD imm. 2008, p. 115

d'implantation par rapport aux limites séparatives dans les règlements de PLU. De ce point de vue, le silence des nouveaux textes sur l'obligation ou non de fixer de telles règles peut être regrettable.

Il ne faut pas pour autant établir d'amalgame entre des règles d'implantation et des servitudes d'ouverture ou de vues. Ces dernières ne sont pas opposables dans le cadre de l'instruction du permis de construire, et c'est en application du principe selon lequel le permis de construire est délivré sous réserve du droit des tiers que des voisins éventuellement lésés pourraient former un recours devant les juridictions civiles pour méconnaissance d'une servitude légale. Il existe toutefois un type de servitude qui est la quintessence même du caractère mixte des questions d'implantation par rapport à une limite séparative. Il s'agit de la servitude de cours communes.

La servitude de cours communes.

(48.) La possibilité pour un propriétaire souhaitant obtenir contractuellement ou judiciairement l'établissement d'une servitude dite de « cours communes » (cour commune au singulier étant également admis) est prévue à l'article L. 471-1 du Code de l'urbanisme :

« Lorsqu'en application des dispositions d'urbanisme, la délivrance du permis de construire est subordonnée, en ce qui concerne les distances qui doivent séparer les constructions, à la création, sur un terrain voisin, de servitudes de ne pas bâtir ou de ne pas dépasser une certaine hauteur en construisant, lesdites servitudes, dites "de cours communes," peuvent, à défaut d'accord amiable entre les propriétaires intéressés, être imposées par la voie judiciaire dans des conditions définies par décret ».

Les modalités d'établissement d'une telle servitude par voie judiciaire sont quant à elles précisées aux articles R. 471-1 à R. 471-5 du code. La servitude de cours communes a donc pour objet de permettre un assouplissement, amiable ou judiciaire, de l'application rigide de règles d'implantation définies au titre du 7° de l'ancien article R. 123-9 du Code de l'urbanisme.

Il s'agirait donc d'une servitude de droit privé – la seule – qui puise son fondement juridique dans le Code de l'urbanisme. En ce sens, elle s'inscrit dans le prolongement de l'origine civiliste des règles d'implantation. Elle n'est toutefois pas mentionnée dans le Code civil. La doctrine n'est toutefois pas unanime sur la question de la nature privative de cette servitude. Jean-Louis Bergel a en effet pu en effet la qualifier de « *charge réelle perpétuelle et d'utilité publique* »⁹⁶. Au-delà de son caractère particulier en tant que servitude, son objet même n'en est pas moins ambigu. De ce point de vue, un auteur a pu relever l'inopportunité de l'association des termes « cour » et « commune » : « *il s'agit en effet rarement d'une cour, jamais d'un espace commun* »⁹⁷.

En fait, la servitude de cour commune puise son origine, dès le XVIIIème siècle, dans le règlement de la ville de Paris, et elle est considérée jusqu'à aujourd'hui dans le

⁹⁶ Jean-Louis Bergel, note sous Cass. 3e civ., 15 déc. 1999, n° 97-22.161, P, Sté Samas : RD imm. 2000, p. 147

⁹⁷ Jacques Guillermain, « *Le règlement des questions de cours communes : l'aspect pratique* » : REDI 1967, p. 29

PLU de Paris comme une servitude réciproque⁹⁸. Pourtant, certains auteurs la considèrent comme instituant un rapport de fonds dominant (celui qui en est à l'origine) à un fonds servant. La thèse de l'unilatéralité peut être soutenue par la formulation même de l'article L. 471-1 précité, dans lequel le terme de terrain sur lequel est institué la servitude est mis au singulier. De même, un débat oppose tant les juges que les auteurs sur la question de savoir si une servitude de cours communes doit être expressément prévue par le PLU pour être instituée ou non.

Aussi intéressantes puissent être ces questions, nous ne tenterons pas d'y apporter ici des réponses tranchées. Nous retiendrons néanmoins l'idée que la cour commune constitue un élément de souplesse qui permet, avec l'accord amiable des parties ou sur décision d'un juge, de s'abstraire d'une potentielle rigidité de l'application des règles d'implantation par rapport aux limites séparatives. En effet, une telle servitude a pour effet de transformer une double obligation de recul depuis une même limite séparative en une règle de prospect entre deux constructions.

La question qui se pose par rapport à notre sujet est alors celle de l'augmentation de la densité constructible d'un des deux terrains, si l'on considère l'hypothèse de la présence d'un seul fonds dominant. En effet, l'objet même de la servitude de cours communes est de moduler autrement l'implantation de la construction de la propriété du demandeur de permis de construire dont la délivrance est subordonnée à sa création, et donc susceptible d'accroître sa constructibilité. Encore faut-il que cette augmentation de la densité constructible soit directement liée à la non-application de la règle de distance depuis la limite séparative. Si, en application des autres règles, le propriétaire n'obtient aucun gain de constructibilité, il n'a alors pas un grand intérêt à demander l'établissement de la servitude si ce n'est son confort personnel.

Si le règlement du PLU prévoit une telle hypothèse, leurs rédacteurs peuvent alors être bien inspirés d'en définir la distance minimale en deçà de laquelle la servitude ne pourrait être instituée. Mais l'institution d'une servitude de cours communes n'est pas pour autant, semble-t-il, interdite en cas de silence du document d'urbanisme, même si la doctrine n'est pas unanime sur ce point. Dans ce cas, la servitude de cours communes permet une substitution des dispositions de l'article 7 du règlement, relative aux règles d'implantation par rapport aux limites séparatives, par l'article 8, relative aux règles de prospects entre deux constructions sur une même propriété. Pour que la servitude puisse avoir un intérêt dans ce cas de figure, il faut naturellement que la distance définie par l'article 8 soit inférieure à celle définie par l'article 7, ce qui est généralement le cas. En l'absence de règles fixées au titre de l'article 8, dont la définition n'est pas obligatoire, il semblerait que le prospect à respecter soit celui défini par le RNU (Règlement National d'Urbanisme), plus particulièrement les articles R. 111-15 et suivants du Code de l'urbanisme relatifs à l'implantation et au volume des constructions. La distance définie à l'article R. 111-15 est en l'occurrence de trois mètres.

En toutes hypothèses, il ressort que l'objet même de la servitude de cours communes est de réduire les vides inconstructibles entre masses bâties. Il est même incontestable qu'il s'agit d'un levier potentiellement puissant pouvant être mis au service d'une

⁹⁸ GRIDAUH (auteur non-identifié), « *Contributions extérieures / questions-réponses, la faculté d'établir une servitude de cours communes pour assouplir les règles d'implantation de l'article 7 du règlement doit-elle avoir été prévue par le PLU ?* », Extrait des travaux du séminaire sur l'écriture du PLU, GRIDAUH, 2012

politique de densification. Gilles Godfrin a pu d'ailleurs écrire à ce sujet, en 2008, que :

*« les propriétaires ne sont pas incités à y recourir, en dépit de l'indubitable intérêt du dispositif qu'il propose. Il semble d'ailleurs que, en dehors de l'agglomération parisienne et de certaines grandes villes, le mécanisme soit demeuré largement méconnu »*⁹⁹.

Or, c'est justement hors de Paris et du centre des autres grandes villes que des gisements fonciers existent. Cela dit, le dispositif suppose des terrains à bâtir, ou présentant des gisements fonciers importants. Encourager son recours dans les tissus urbains diffus, où les règles d'emprise au sol sont déjà assez restrictives, peut se révéler peu efficace.

Le débat autour de la nature juridique de la servitude de cours communes, notamment au regard de l'application des règles d'urbanisme, a pris un nouveau tournant avec une série d'arrêts récents, pouvant peut-être témoigner d'un regain d'intérêt pour ce dispositif. Il y a d'abord eu un arrêt de la troisième chambre de la Cour de cassation rendu le 23 janvier 2013 qui a retenu que la disparition ou la modification des règles d'urbanisme ayant justifié l'établissement de la servitude de cour commune ne suffit pas à la faire disparaître¹⁰⁰. Plus récemment, un arrêt de la Cour administrative d'appel de Nantes a précisé qu'une servitude de cour commune ne pouvait avoir pour effet d'écarter ni l'application des règles de prospect entre deux constructions, ni celle des règles du plan relatives à la hauteur des constructions¹⁰¹. Cela confirme bien qu'il ne peut donc être dérogé par cette servitude qu'aux règles traditionnellement définies par l'article 7 des règlements de PLU. Un autre arrêt de la Cour administrative d'appel de Versailles a posé le principe selon lequel la servitude ne peut pas simplement être prescrite par le permis, mais qu'elle doit être établie préalablement à sa délivrance¹⁰². Le caractère privatif de la servitude est ainsi confirmé.

L'appréciation des règles d'implantation pour les constructions souterraines.

(49.) Se pose également la question de savoir si les constructions en sous-sol sont concernées par les règles d'implantation définies par les articles 6 et 7 des règlements. Bien entendu, il revient aux rédacteurs de règlements de préciser si les règles d'implantation s'appliquent également sous le niveau du sol ou non. La question de savoir si la possibilité de construire des locaux ou des parkings souterrains jusqu'aux limites séparatives lorsque sont fixées des règles de recul peut en effet être prévue dans le règlement du PLU. Mais cela est rarement le cas en réalité.

Or, en l'absence de prescriptions précises prévues au règlement, la jurisprudence est constante sur ce point : les distances prescrites par rapport aux limites séparatives du terrain, ne s'appliquent pas aux constructions en sous-sol¹⁰³. La jurisprudence va dans le même sens s'agissant de l'emprise de cours communes. Il est possible d'y

⁹⁹ Gilles Godfrin, « La servitude de cour commune : 50 ans d'incertitude », Constr. – Urb. n° 4, 2008, étude 4

¹⁰⁰ Cass. 3^{ème} civ., 23 janvier 2013, n° 11-27086

¹⁰¹ CAA Nantes, 11 mars 2016, n° 14NT03230

¹⁰² CAA Versailles, 19 mai 2016, n° 14VE01628

¹⁰³ CAA Lyon, 1^{re} ch., 31 déc. 1996, Jourden : RFD adm. 1997, p. 446 ; BJD 1997, p. 224 ; Gaz. Pal. 1998, 2, pan. dr. adm. p. 164. – V. aussi CE, 11 févr. 2002, Urset, n° 221350 : BJD 2002, p. 18, concl. F. Sénars ; Constr.-urb. 2002, comm. 123 ; RD imm. 2002, p. 253 ; Études foncières mai-juin 2002, p. 43. – TA Caen, 11 oct. 1996, Épx Rouet : CJEG 1996, p. 2421

construire en sous-sol¹⁰⁴. Pour Georges Liet-Veaux, « *ce cas ne correspond pas à des préoccupations d'hygiène, d'urbanisme, ni de protection du voisinage* »¹⁰⁵.

Si elle est constante, cette position jurisprudentielle n'en est pas moins discutable. Certes, la construction souterraine dans les reculs réglementaires n'a pas d'effet sur la densité visible. Mais la majoration, parfois exponentielle, de la densité invisible a selon nous bel et bien des conséquences sur l'hygiène, l'urbanisme et la protection du voisinage. Au niveau du chantier de construction d'abord, la construction d'étages inférieurs dans les distances réglementaires suppose des travaux d'excavation qui, s'ils sont réalisés jusqu'aux limites séparatives, peuvent potentiellement causer des troubles anormaux de voisinage. Ensuite, la construction massive dans les sous-sols implique une surface de plancher plus importante, donc plus d'usagers, plus de nuisances, plus de trafic, plus de déchets, plus de besoins en eau et en énergie, etc. D'autant qu'avec la suppression du COS, la densification des sous-sols est encouragée. Là où étaient autrefois fixées des règles de densité totale, la construction de vastes espaces de sous-sols n'avait qu'un intérêt limité, donc mieux valait-il concentrer le stock de mètres carrés constructibles au-dessus du sol.

Aujourd'hui, si la densité constructible résulte de la combinaison des règles de hauteur, d'implantation et d'emprise, cela signifie qu'il est possible de construire en sous-sol sans limitation aucune. Certes, la valeur d'un mètre carré en sous-sol n'a jamais celle d'un mètre carré en sur-sol, car ils sont en principe impropres à des usages d'habitation ou de bureau. Toutefois, il est possible désormais, compte tenu de la jurisprudence en la matière, de développer de larges surfaces en sous-sol valorisables, tels que des parkings, dépôts, ateliers, activités de loisirs, etc. Bien que des espaces souterrains soient en principe impropres à l'habitation, la tendance de transformer des sous-sols en espaces de vie se développe néanmoins. C'est le cas par exemple des « souplex » qui, en l'absence de COS, échappent à l'application des règles de densité résultant de la combinaison des règles d'emprise avec les règles métriques. Il en est de même des parties d'un premier sous-sol situées hors de l'implantation du bâtiment, et qui peuvent être aménagées en surfaces habitables si des verrières ou puits de lumière sont conçus.

Il existe un exemple emblématique de la surexploitation des sous-sols lorsque la densité en sur-sol est restreinte : les chalets de Courchevel. Dans cette station de ski huppée, l'immobilier coûte cher et la clientèle recherche des espaces habitables vastes et luxueux. Or, à l'instar de la plupart des PLU de communes situées en montagne, celui de Courchevel limite les densités et impose la construction de chalets traditionnels. La pratique est alors allée chercher la densité constructible là où le PLU ne la limitait pas, c'est-à-dire en sous-sol. La presse locale s'était d'ailleurs fait l'écho de ce phénomène dans un article paru en 2012 :

« Parkings, saunas, patinoires, piscines, salle de jeux et de projection... Le tout relié par un ascenseur. Le sous-sol de Courchevel devient un véritable gruyère dans lequel les propriétaires privés n'ont plus rien à envier aux

¹⁰⁴ Cass. 3^{ème} civ., 5 mai 1975 : Defrénois 1975, art. 30995, p. 1256, note E. Frank ; JCP G 1976, II, 18269, obs. Stemmer ; Bull. civ. 1975, III, n° 156 ; Cass. 3^{ème} civ., 9 mars 1977 : Bull. civ. 1977, III, n° 115 ; JCP G 1977, IV, 121

¹⁰⁵ Georges Liet-Veaux, *Plan local d'urbanisme. – Interprétation des documents d'urbanisme*, JCP Administratif, fasc. 445-33, 2007, mise à jour 2010

équipements des plus grands hôtels. En est témoin ce futur chalet de 2 000 mètres carrés destiné à un riche client anglais. »¹⁰⁶

Le journaliste rapporte que le maire de la commune ne s'émeut pas plus que cela de la situation, lequel considère que ce phénomène n'a pas d'impact sur les paysages, et qu'il est positif pour l'économie locale. A la question de savoir toutefois jusqu'où on peut descendre, il répond à propos des profondeurs pratiquées que : « *C'est excessif* », et d'ajouter que « *Nous allons revoir le PLU (plan local d'urbanisme) afin de limiter la profondeur autorisée* ». Le journaliste conclut son article en mentionnant qu'en juin 2011, une route s'était effondrée en raison de l'excavation de la propriété la jouxtant, laissant supposer que les travaux excédaient la projection verticale du volume constructible. Certes, l'exemple de Courchevel est quelque peu caricatural, mais il faut toutefois bien souligner l'importance croissante que revêt l'exploitation des sous-sols, notamment dans les grandes agglomérations. Le phénomène de développement récent des sous-sols à Paris et dans d'autres grandes villes en est une illustration.

Sauf que l'article R. 151-39 du Code l'urbanisme, tout comme l'était l'ancien article R. 123-9, est muet sur la question des sous-sols et *a fortiori* de la profondeur de construction. Si bien que c'est à se demander où devraient se situer, dans les règlements, les prescriptions relatives à ces questions. Il n'en demeure pas moins important que les rédacteurs de PLU aient conscience de la situation pour ne pas permettre une densité constructible qui, même enfouie, pourrait créer des déséquilibres et un résultat incompatible avec le parti d'urbanisme exprimé. Ainsi, ils pourraient fixer une limitation de construction du sous-sol, par exemple en obligeant de rester dans la projection verticale du bâtiment. Il va de soi par ailleurs que la construction de sous-sols dans les espaces de recul par rapport aux limites séparatives et à la voirie est potentiellement incompatible avec une règle de coefficient de pleine-terre.

Enfin, il reste le cas des terrains présentant un dénivelé. Est-ce qu'un élément de construction partiellement souterrain pourrait être considéré comme exclu de la règle d'implantation par rapport à la voirie ou aux limites séparatives ? Nous suggérons qu'en pareil cas, la jurisprudence applicable en matière d'emprise au sol (voir précédemment) puisse être transposable. C'est-à-dire que les règles d'implantation soient opposables à un étage en sous-sol dépassant même très partiellement de la ligne du sol naturel.

Les règles d'implantation de deux constructions situées sur un même terrain.

(50.) Autrefois prévues au titre du 8° de l'ancien article R. 123-9 du Code de l'urbanisme, et désormais mentionnées à l'article R.151-39, il s'agit de la seule des trois règles d'implantation dont la définition dans un règlement n'était pas obligatoire. Elle partage toutefois avec le 7° de l'ancien article R. 123-9 les mêmes finalités, à la fois urbanistique et civile pour assurer des conditions acceptables de jouissance en matière de luminosité et d'aération. A ce titre, elles peuvent être interchangeables. Nous l'avons vu en matière par exemple de servitudes de cours communes, les règles de l'article 8 peuvent se substituer à celles de l'article 7 si les parties en conviennent ou bien si un juge le décide. De la même manière, dans le cas d'un permis de

¹⁰⁶ Jacques Leleu, *À Courchevel, la folie des profondeurs*, Le Dauphiné, 5 sept. 2012

construire valant division ou bien d'un lotissement, les règles de l'article 8 peuvent se substituer à celles de l'article 7 (ce point sera largement développé dans le chapitre suivant relatif au terrains d'assiette des opérations). Cela dit, les règles définies à l'article 8 ne supposent pas des relations de voisinage au moment de la construction de bâtiments distincts sur un même terrain. Il va de soi dans ce cas que le maître d'ouvrage veillera à ne pas se causer de préjudice possible entre les futurs propriétaires ou occupants des bâtiments distincts. Le RNU, applicable en l'absence de document d'urbanisme ou bien en l'absence de règle de prospect entre constructions situées sur une même parcelle, fixe pour rappel une règle de distance minimale à respecter de 3 mètres entre deux bâtiments non-contigus, prévue à l'article R. 111-15 (ancien article R. 111-16) du Code de l'urbanisme.

Une règle de distance fixée entre deux constructions sur un même terrain n'a pas, semble-t-il d'effet direct sur la densité constructible. Si une règle définie au titre de l'article 8 est d'une rigidité telle qu'elle restreint la surface de plancher constructible, il serait alors très probable que le constructeur n'opte pas pour une pluralité de bâtiments sur son terrain. Aussi, les situations dans lesquelles deux constructions sont implantées sur un même terrain peuvent être très diverses. Il peut s'agir d'un ensemble immobilier, avec plusieurs constructions identiques destinées à appartenir à des copropriétaires différents, mais il peut aussi s'agir d'un pavillon et de son annexe. De ce point de vue, fixer une règle de prospect identique pour des contextes différents d'implantation peut être critiquable.

Par ailleurs, l'article 8 ne fait pas de distinction entre l'hypothèse où deux murs aveugles se font face, et celle où il s'agit des façades ouvertes des bâtiments. Les deux cas de figure ne devraient pourtant pas nécessiter les mêmes règles de prospect. Une distance de 3 ou 4 mètres pour séparer deux murs pignons peut sembler excessive tandis que la même distance pour séparer deux façades principales peut sembler insuffisante. Il peut enfin exister des règles d'implantation des constructions les unes par rapport aux autres sur une même propriété qui soient différenciées en fonction de la hauteur constructible. C'est ce que l'on appelle les règles de gabarit qui feront l'objet de développements ultérieurement.

Le cas des saillies dans l'appréciation des règles d'implantation.

(51.) Les saillies peuvent désigner tous les éléments dépassant l'enveloppe de la construction, tels que les balcons, les encorbellements ou les débords de toiture. Nous limiterons toutefois notre propos aux balcons puisqu'ils constituent de potentiels espaces de vie, alors que les encorbellements ou débords de toiture sont plus anecdotiques, ne serait-ce que par leurs fonctions ou dimensions. Le cas des terrasses, qui se différencient des balcons en ce qu'elles ne sont pas couvertes, ne sera pas traité dans ce point puisqu'elles ne génèrent pas le même type de densité. Bien qu'étant des espaces de vie, les balcons ne sont pas constitutifs de surface de plancher en ce qu'ils ne sont pas clos et couverts. Ainsi, ils n'entrent pas dans le calcul de la densité définie par le document d'urbanisme.

La densité ne pouvant plus être définie par un COS, se pose alors la question, avec plus d'acuité qu'auparavant, de la prise en compte ou non des balcons par rapport aux règles d'implantation. Nous pouvons considérer qu'il revient aux rédacteurs de règlements d'y définir si les saillies et en particulier les balcons sont à inclure ou exclure des parties de terrain non-constructibles en application des règles

d'implantation. Mais si cette question n'est pas tranchée dans le règlement lui-même, comment la jurisprudence l'apprécie-t-elle ? Le Conseil d'Etat a posé le principe selon lequel la distance par rapport aux limites séparatives doit être calculée à partir des balcons et autres encorbellements lorsqu'il en existe¹⁰⁷. Même si elle ne va pas dans le sens de la densification, cette jurisprudence peut sembler sage. Les règles d'implantation ont pour objet, dans leur acception civiliste, de garantir un minimum d'intimité entre deux immeubles. Et à défaut de prescriptions contraires, il semble peu probable que le pouvoir réglementaire entende laisser y aménager des balcons.

On peut souligner par ailleurs le fait que des balcons puissent être clôturés, si le PLU ne l'interdit pas et avec l'accord des copropriétaires le cas échéant, ce qui en fait une potentielle surface de plancher supplémentaire, venant par là même réduire l'aération et l'ensoleillement des vides entre les immeubles. Dans pareil cas de figure, il est alors nécessaire que les balcons soient construits hors des emprises *non aedificandi* en vertu de règles d'implantation. Cela dit, la question des balcons peut également être appréhendée selon la notion du surplomb. Si le PLU admet les constructions en surplomb de la voirie dans l'hypothèse où les bâtiments sont implantés à l'alignement, peut-il en être de même sur les emprises de terrain *non aedificandi* ?

La doctrine s'était penchée sur cette question, il y a de nombreuses années, au sujet spécifiquement de la servitude de cours communes. Elle semblait être unanime à l'époque sur le fait qu'un balcon pouvait surplomber une emprise de terrain frappée d'une telle servitude, de la même manière qu'une telle saillie pouvait être prévue sur la voirie. Cette jurisprudence est certainement transposable aux prospects autres que ceux résultant d'une servitude de cours communes. Il n'en demeure pas moins que, dans l'hypothèse où le règlement ne fixe pas de prescriptions particulières en matière de saillie, s'en remettre à l'appréciation du juge présente des risques. L'appréciation de situations au cas par cas peut très bien donner lieu à une appréciation inverse de celle retenue par le Conseil d'Etat dans l'arrêt cité précité. Dès lors, il conviendrait de se référer aux règles supplétives du RNU en matière de méthode de calcul des règles de prospect définie à l'article R.111-18, et qui a pu faire l'objet d'une réponse ministérielle quant à l'exclusion des balcons de ces prospects :

*« En vertu de l'article R. 111-19 (actuel article R.111-18) du code de l'urbanisme, l'appréciation de la distance horizontale entre le bâtiment et la limite séparative doit se faire de " tout point du bâtiment ". C'est donc la partie la plus avancée de la construction qui doit servir de référence. Ainsi, dans le cas d'un balcon, la marge d'isolement doit être calculée à partir de l'extrémité du balcon. »*¹⁰⁸

Le ministre de l'époque n'a pas ignoré les spécificités locales. Il indique bien qu'il revient aux documents d'urbanisme de disposer autrement si besoin.

§ 2 – Le gabarit

(52.) Les règles de gabarit semblent exister depuis aussi longtemps qu'existent des servitudes relatives à l'implantation des bâtiments. Elles ont précisément pour objet de limiter la hauteur, non pas de manière fixe et absolue, mais selon des règles qui nécessitent une application différenciée selon le contexte urbain : largeur de voirie,

¹⁰⁷ CE 23 mai 2003, Commune des Allues, n° 234558 ; Constr.-urb. 2003, comm. 232

¹⁰⁸ Rép. min. n° 02897 : JO Sénat du 16 décembre 1993, p. 2414

fixation ou non d'une règle de prospect depuis la voirie ou une limite séparative, hauteur des constructions sur les parcelles limitrophes, etc. En ce sens, elles constituent le prolongement vertical des règles d'implantation.

Le gabarit a même pu formater le style architectural des centres urbains dans les différentes régions du territoire. Les fameuses toitures obliques en zinc des immeubles parisiens sont par exemple l'effet de l'application de règles de gabarit. Bien qu'étant une règle tridimensionnelle, le gabarit est pourtant généralement défini dans les articles définissant les règles d'implantation des bâtiments, par nature bidimensionnelles. A l'époque où seules les servitudes formataient la densité bâtie, c'est-à-dire avant les premiers règlements d'urbanisme, le gabarit semblait constituer la seule entrave à la liberté de construire verticalement. Il était possible de s'élever aussi haut que voulu par le constructeur jusqu'à ce qu'une ligne oblique définie au titre du gabarit ne vienne entailler l'enveloppe de la construction.

Mais le gabarit a toujours été conçu semble-t-il comme une règle permettant d'assurer aux voisins ou aux espaces publics une luminosité et une aération suffisantes, et c'est en cela que la définition d'une telle règle s'inscrit dans la logique civiliste et administrative des servitudes et règles d'implantation. C'est ainsi que nous pourrions pour notre part la définir comme une règle d'implantation tridimensionnelle. Assez étonnement, la notion de gabarit n'est pas définie dans le Code de l'urbanisme. Mais ce dernier la cite à plusieurs reprises, généralement dans les dispositions relatives aux bonifications de droits à bâtir, aux cotés des règles d'emprise et de hauteur. Le Professeur Liet-Veaux range le gabarit dans le chapitre des prospects, et le définit de la manière suivante :

*« Le gabarit a pour objet de fixer également une distance d'isolement ; mais il comporte fréquemment une ligne brisée, avec courbes éventuelles, dans un plan perpendiculaire à la limite du fonds. Il est interdit de construire à l'extérieur de la ligne du gabarit. »*¹⁰⁹

Le gabarit est en revanche souvent défini, selon des formulations différentes, dans les lexiques des documents d'urbanisme. Par exemple, le PLU de Paris parle de « gabarit-enveloppe », et le définit comme suit :

« Le gabarit-enveloppe est l'ensemble des lignes droites ou courbes qui forme l'enveloppe dans laquelle doit s'inscrire les constructions, non compris les éléments et ouvrages d'aménagement en saillie (...).

Il comprend généralement une verticale et un couronnement.

Le gabarit-enveloppe est tracé :

- *En bordure de voie, dans les plans perpendiculaires à l'alignement ou à la limite qui s'y substitue,*
- *en limite séparative et en vis-à-vis d'une construction située sur le même terrain, dans les plans perpendiculaires aux façades de la construction projetée. »*

Avec le développement du COS et des règles de hauteur maximale à l'époque des premiers règlements d'urbanisme modernes conçus à partir des années 1960, le gabarit a certainement perdu de son intérêt. Une telle règle a en effet du sens dans les

¹⁰⁹ *Op. cit.* Georges Liet-Veaux, : *Plan local d'urbanisme. – Interprétation des documents d'urbanisme*, JCP Administratif, fasc. 445-33, 2007, n° 103

tissus urbains traditionnels, mais pas tellement pour l'aménagement de secteurs résidentiels ou de zones d'activités, dans lesquels la combinaison de règles de COS, de hauteur, d'emprise et de prospects peut rendre le gabarit sans objet. Et c'est peut-être pour cela que le pouvoir réglementaire n'a pas dû juger utile de l'évoquer à l'ancien article R. 123-9 du Code de l'urbanisme relatif au contenu du règlement du PLU, ni même aujourd'hui à l'article R. 151-39 relatif à la volumétrie et à l'implantation des constructions.

Toutefois, la suppression du COS pourrait redonner de l'importance au gabarit, qui en complétant la règle de hauteur avec finesse et contextualisation dans la limitation de la densité. Le gabarit permet d'assurer un ensoleillement et une aération suffisante des quartiers denses, sans limiter inutilement la hauteur. Il permet de produire des formes urbaines plus intéressantes que l'édification de simples blocs cubiques. Un notaire soutient ce point de vue en considérant que :

« Le gabarit-enveloppe est amené à remplacer la notion traditionnelle de coefficient d'occupation des sols et permet aux communes de mieux maîtriser le volume des constructions dans l'espace. Le calcul des surfaces constructibles au sein d'un gabarit-enveloppe est assez complexe et doit être réalisé de préférence par un géomètre-expert ou par un bureau d'études spécialisé. »¹¹⁰

Rappelons enfin que si le règlement du PLU ne fixe aucune règle de gabarit, il doit être fait application des dispositions supplétives du RNU en la matière, plus précisément de l'article R. 111-16 pour la partie du bâtiment édifié en bordure d'une voirie publique ou privée, et de l'article R.111-17 par rapport aux limites de terrain.

§ 3 – La hauteur

(53.) Les règles relatives à la hauteur sont mentionnées dans les règlements de PLU selon les dispositions du 10° de l'ancien article R. 123-9 du Code de l'urbanisme, ou bien depuis le 1^{er} janvier 2016 sur le fondement de l'article R. 151-39. La fixation d'une règle de hauteur maximale n'est pas obligatoire, mais nous n'avons pas connaissance de règlements n'en fixant pas une. Cela dit, l'absence de hauteur maximale ne signifie pas, en l'absence de COS, qu'il puisse être construit un immeuble jusqu'au ciel. En effet, l'élévation d'un immeuble est toujours limitée par les règles de gabarit. La ligne oblique de gabarit aboutit nécessairement, à partir d'une certaine altitude, à une règle pure et simple de *non altius tollendi*.

Il ne fait en tous les cas aucun doute que la règle de hauteur a précisément pour objet de limiter la densité constructible. Et c'est à ce titre que nous l'appréhenderons dans ce point. Un auteur a pu lui donner la définition suivante :

« La règle définissant la hauteur maximale des constructions est sans doute l'une des plus importantes du règlement dans la mesure où elle imprime à l'urbanisation une limite dans la troisième dimension. Elle constitue pour l'auteur du PLU un outil indispensable pour modeler le paysage de la ville, sa silhouette, son aspect général, maintenir le type d'urbanisation existant,

¹¹⁰ Bruno Bedaride, « Gabarit-enveloppe », Lexique juridique et fiscal, non daté

susciter un type d'urbanisation homogène, protéger la vue de certains monuments ou sites »¹¹¹

Il n'existe pas, à notre connaissance, de jurisprudence permettant de répondre à la question de savoir s'il peut être légalement fixée une règle de hauteur minimale. Mais si l'on s'en tient à la lettre du texte, le 10° de l'ancien article R. 123-9 du Code de l'urbanisme, sur lequel sont fondés la plupart des règlements de PLU, évoque les termes de « hauteur maximale ». Mais la réforme entrée en vigueur depuis au 1^{er} janvier 2016 apporte une innovation de ce point de vue. Aux termes du deuxième alinéa de l'article R.151-39, des règles minimales de hauteur peuvent être fixées, au même titre que des règles minimales d'emprise au sol, à condition toutefois que le règlement le prévoit « *pour traduire un objectif de densité minimale de construction qu'il justifie de façon circonstanciée* ».

Nous avons rangé la hauteur dans la catégorie des règles métriques dans la mesure où elles sont généralement définies ainsi. Mais il faut souligner que tel n'est pas toujours le cas. Il se peut en effet que les règles de hauteur soient fixées cumulativement ou alternativement en termes de nombre d'étages, ou bien par référence à la hauteur des immeubles voisins¹¹². Le mode d'écriture de la règle peut avoir une importance certaine quant à la densité constructible. A hauteur égale en termes de mètres, on peut obtenir un nombre d'étages différent. C'est ainsi que l'on peut trouver, dans des tissus urbains anciens où la hauteur sous plafond dépasse souvent les trois mètres, des immeubles modernes comptant un étage de plus que les autres sans pour autant les dépasser en hauteur.

L'article 10 du règlement est sans doute l'un de ceux qui suscite le plus de contentieux quant à son interprétation. Il serait sans doute trop ambitieux d'en établir un recueil exhaustif, mais nous pouvons citer quelques exemples de cas de figure récurrents. Sur la question par exemple du point de référence à prendre en compte pour le calcul de la hauteur, il ne peut être pris que dans le périmètre d'emprise au sol de la construction et non pas dans l'ensemble de la parcelle¹¹³. Dans le même sens, il a été jugé plus récemment que ce point de référence s'entend du niveau du sol au-dessus duquel la construction est visible¹¹⁴. Une telle solution paraît louable dans la mesure où elle permet d'éviter tout débat possible dans le cas de terrains en pente. Toutefois, une telle solution peut pousser les constructeurs à choisir l'implantation la plus en amont possible du terrain afin de bénéficier de la vue la plus dégagée possible. S'agissant du sommet de la construction, et à défaut de prescriptions contraaires prévues au règlement du document d'urbanisme, la jurisprudence est constante pour prendre comme point de référence l'égout des toits¹¹⁵. Une telle position est donc susceptible de favoriser la densité, ou plus précisément l'aménagement de combles qui ne sont dès lors pas comptés dans la hauteur. Si la règle de hauteur s'exprime en termes de nombre d'étages, le contentieux peut alors porter sur le fait de considérer ou

¹¹¹ Patrick Hocreitère, *Le plan local d'urbanisme*, Berger-Levrault, 2004, p. 511

¹¹² Gilles Péliissier, « *Les expressions de la règle de hauteur* », Extrait des travaux du séminaire sur l'écriture du PLU, GRIDAUH, 2012, Ecriture de l'article 10 du PLU / Fiche 2

¹¹³ CE 14 juin 2004, Mariotte, n° 243811

¹¹⁴ CE 14 mars 2011, Commune d'Ajaccio, n° 308987

¹¹⁵ CE 5 janv. 1979, Bizette, n° 00430, Rec. p. 13, concl. Labetoulle – CE 6 mai 1981, Bergeron, Rec. p. 974 – CE 14 avr. 1995, SCI Les Terrasses de la mer, Rec. p. 1095 – CE 8 mars 2002, Bréault, n° 215190 ; BJDU 2/2002, p.115 – CE, 21 mars 2003, Association de défense du site d'Annecy-le-Vieux, n° 222855, BJDU 5/2003, p. 339, concl. Austray

non une mezzanine comme étant constitutif d'un étage. Le Conseil d'Etat a répondu négativement à cette question, en considérant une mezzanine comme un aménagement intérieur simplement¹¹⁶.

De manière générale, pour tenter de tracer une ligne jurisprudentielle, on peut souligner que le Conseil d'Etat porte une appréciation plutôt minimaliste de la hauteur, en s'en tenant généralement au gros-œuvre de la construction. On relèvera enfin la possibilité de fixer des règles de hauteur contextualisées, c'est-à-dire non définies de manière absolue et pourrait-on dire autoritaire pour tout un secteur donné, mais définie en référence à la hauteur des bâtiments voisins. Un tel procédé a du sens dans les tissus traditionnels, où il s'agit de conserver une harmonie en évitant de rompre des perspectives par une construction soit trop basse, soit trop haute par rapport à un front bâti existant. Selon l'auteur précité, il est alors admis dans ce cas que des hauteurs minimales soient fixées, implicitement. Et de citer des extraits de rédactions de ce type règles de hauteur tirés notamment des POS de Reims ou d'Ajaccio.

Si les règles d'implantation et d'emprise ont un impact direct sur la densité perçue depuis les espaces publics, celles de hauteur visent notamment à conserver une harmonie architecturale et urbaine de la ville vue de l'extérieur. C'est ainsi du moins qu'elles sont généralement représentées graphiquement, avec ce que l'on appelle d'une part le plan d'épannelage, et d'autre part les fuseaux de protection. Un auteur définit ainsi ces deux notions :

« Le plan d'épannelage a pour finalité de définir la hauteur de chaque construction le long d'une voie afin d'organiser une composition harmonieuse d'un front urbain. »

« Les fuseaux de protection visent à protéger des points et lignes de vue ou des points à voir localisés dans l'espace. Ils supposent des documents topographiques précis, avec courbes de niveaux. »¹¹⁷

De telles représentations graphiques en est l'illustration, la préoccupation des auteurs de PLU quant à la fixation de règles de hauteur est principalement d'ordre esthétique et paysagère, ce qui peut nous laisser supposer que les considérations d'ensoleillement et d'aération sont davantage du ressort des règles de gabarit.

Section 3 – Les règles de superficie minimale de terrain constructible

(54.) Les règles relatives aux dimensions de terrain, aujourd'hui supprimées sauf rares exceptions, consistaient à fixer une superficie en-deçà de laquelle le terrain était inconstructible. Il ne s'agissait donc pas de règles de densité à proprement parler, ni de règles qui, combinées à d'autres, avaient pour effet de fixer une densité constructible maximale. Il s'agissait au contraire de règles qui avaient pour effet de limiter la densité constructible, en ôtant aux propriétaires fonciers toute velléité de diviser des fonds de parcelles en vue d'y implanter des constructions. Autrement dit, ce type de règles permettaient de formater un tissu urbain composé de grandes

¹¹⁶ CE 11 févr. 2002, M. Urset, req. n° 221350 ; BJD 1/2002, p. 16 et concl. F. Sénars

¹¹⁷ Gilles Pélissier, *Les représentations graphiques de la règle de hauteur*, Extrait des travaux du séminaire sur l'écriture du PLU, GRIDAUH, 2013, Ecriture de l'article 10 du PLU / fiche 3

parcelles, se combinant généralement avec des règles de densité limitées, afin d'y empêcher la construction à la fois d'immeubles collectifs et de pavillons considérés comme trop modestes. Il y a lieu de souligner toutefois que, bien que ne constituant pas une règle de densité, elle n'en demeurerait pas moins une règle de constructibilité. Une jurisprudence relativement ancienne a en effet souligné que les droits de bâtir ne pouvaient se résumer aux droits résultant du COS, mais que « *les dispositions d'un POS relatives à la superficie minimum de terrain exigée pour construire sont au nombre des règles qui définissent les droits de construire* »¹¹⁸.

L'idée d'imposer une règle de superficie minimale pour bâtir n'était pas très ancienne, et elle n'avait pas précisément pour objet à ses origines de limiter la densité constructible. Elle avait été timidement introduite dans le droit de l'urbanisme pour ne n'en sortir que tardivement en 2014, alors que sa suppression était d'actualité depuis une vingtaine d'années. Dans sa première version, la loi ALUR avait prévu de la supprimer purement et simplement avant qu'un amendement ne vienne introduire une exception. Celle-ci est néanmoins extrêmement limitée.

Historique de la règle de superficie minimale.

(55.) L'origine implicite de la règle de superficie minimale de terrain pour que celui-ci soit constructible remonte au décret n° 62-460 du 13 avril 1962 qui a permis aux plans d'urbanisme de délimiter un périmètre à l'extérieur duquel sont interdits les lotissements et les constructions autres que celles nécessaires à l'exploitation agricole, et de fixer les conditions dans lesquelles il peut être dérogé à ces interdictions « *sur les grandes parcelles (...) en faveur de maisons de campagne non utilisées pour la résidence permanente* ». Il faudra attendre le décret n° 70-1016 du 28 octobre 1970 pour que la possibilité pour un plan d'occupation des sols d'instaurer expressément une telle règle soit prévue. Les dispositions de ce décret relatives à la superficie minimale seront par la suite codifiées à l'article R. 123-21 du Code de l'urbanisme, jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi SRU au 1^{er} avril 2001. C'est justement la loi SRU qui a introduit pour la première fois l'idée de restreindre la possibilité d'exiger une superficie minimale des terrains pour les rendre constructibles. Le législateur avait considéré en effet cette possibilité comme contraire à l'objectif de mixité sociale. Elle avait donc été subordonnée à l'existence de contraintes techniques d'assainissement non-collectif. L'ancien article L. 123-1, issu de la loi SRU du 13 décembre 2000, disposait en effet que les PLU pouvaient désormais :

« 12° Fixer une superficie minimale des terrains constructibles lorsque cette règle est justifiée par des contraintes techniques relatives à la réalisation d'un dispositif d'assainissement non collectif ».

La loi UH de 2003 l'avait ensuite élargie à la nécessité de « préserver l'urbanisation traditionnelle ou l'intérêt paysager », en complétant le 12° de l'ancien article L. 123-1. Ces notions étant floues, elles ont pu donner lieu à une utilisation jugée trop souvent excessive de règles de superficie minimale. Sylvain Pérignon¹¹⁹ a pu relever à ce sujet que cette règle était :

¹¹⁸ CE, 23 octobre 1987, Campero, n° 63007

¹¹⁹ Sylvain Pérignon, « *Ecriture des règlements de zone : article 5* », Extrait des travaux du séminaire sur l'écriture du PLU, GRIDAUH, 2012/ fiche 1

« largement utilisée par les élus des petites communes ou du périurbain, pour favoriser le maintien du parcellaire ou contrôler son évolution ».

L'intention du législateur en 2003 était de ce point de vue assez claire, puisqu'un compte-rendu de séance parlementaire portant sur le débat de l'amendement introduisant cette nouvelle rédaction indique que :

« la fixation d'une taille minimale pour construire est un instrument indispensable aux maires pour éviter une urbanisation excessive dans des quartiers où ils ne la souhaitent pas ou dans les communes rurales où le problème de la taille des terrains ne se pose pas dans les mêmes termes que dans les agglomérations denses »¹²⁰.

L'introduction dans le Code de l'urbanisme de l'article R. 123-10-1 par la réforme des autorisations d'urbanisme entrée en vigueur au 1^{er} octobre 2007 a ouvert une brèche importante dans l'application des règles de superficie minimale. Il est désormais possible, dans le cas d'un lotissement ou dans celui du permis de construire valant division, que l'ensemble du projet soit appréciée au regard de la totalité des règles édictées par le plan local d'urbanisme, y compris donc celles relatives à la superficie minimale. Le pouvoir réglementaire a néanmoins prévu la possibilité pour le rédacteur du PLU de s'y opposer. Cette opposition doit alors être expressément énoncée et dans le silence du PLU sur ce point, le pétitionnaire bénéficie donc de l'applicabilité des règles d'urbanisme à l'ensemble de son projet. Nous développerons ce point dans la partie suivante. Autrement dit, ce mode d'appréciation globalisée des règles d'urbanisme avait rendu constructibles des terrains alors que leur superficie minimale était inférieure à celle requise par le règlement, limitant considérablement la portée de telles règles. Peu avant leur quasi-suppression par la loi ALUR, les dispositions relatives à la superficie minimale avaient été transférées à l'article L. 123-1-5, 12° par la loi dite « Grenelle II » en 2010, sans être pour autant remises en question.

Des superficies minimales aujourd'hui quasi supprimées.

(56.) Le projet de loi ALUR, dans sa première mouture, laissait entrevoir la suppression pure et simple des superficies minimales. Ça n'a finalement pas été le cas dans la version définitive du texte puisqu'un amendement parlementaire a maintenu la possibilité d'édicter des superficies minimales *« dans les secteurs bâtis des zones urbaines issus d'une opération d'aménagement d'ensemble d'un domaine boisé, antérieure au XX^{ème} siècle et ayant conservé leur caractère remarquable de parc »*, selon les termes des dispositions désormais codifiées à l'article L. 151-20 du Code de l'urbanisme. La loi ALUR n'aura finalement fait que restreindre, certes considérablement, la possibilité d'imposer des superficies minimales de construction, mais sans réussir à la supprimer véritablement. Il eut sans doute été préférable, dans un souci de clarté et pour éviter toute difficulté d'appréciation, de ne pas prévoir ce type d'exception dans les dispositions relatives au plan local d'urbanisme. On peut en effet très bien prévoir un traitement différencié du foncier dans les sites où la qualité des paysages urbains le justifie, par le biais des AVAP (Aires de mise en valeur de l'architecture et du patrimoine), dont le régime est prévu à l'article D. 642-1 et s. du Code du patrimoine par exemple.

¹²⁰ Assemblée nationale, Compte-rendu de séance parlementaire du projet de loi urbanisme et habitat, JO AN CR 28 janv. 2003, p. 613-614

A l'instar du COS, l'usage de la règle de superficie minimale a été dévoyé de son objet premier, pour devenir un arme réglementaire à disposition des élus afin de limiter la densification. Et c'est précisément pour cette raison que la possibilité de fixer une telle règle a été réduite à peau de chagrin par la loi ALUR. Là encore, il n'est pas sûr que cette quasi-suppression aboutisse réellement au résultat escompté, les outils réglementaires pour limiter la densité constructible restant nombreux. Cette quasi-suppression est à mettre en lien avec la suppression en conséquence du contrôle de la densité, mentionnée plus haut, en cas de division foncière, prévue dans l'ancien article L. 123-1-11 du Code de l'urbanisme.

Chapitre 2 – La flexibilité de la règle d’urbanisme

(57.) La question de la définition de la règle pose inévitablement celle de sa flexibilité, c’est-à-dire de l’introduction d’éléments de flexibilité dans son application. La règle est en effet par essence une norme impersonnelle, qui s’applique donc quelque soit le contexte. Cette rigidité est particulièrement problématique s’agissant de la règle d’urbanisme, notamment lorsque celle-ci exprime des rapports quantitatifs ou des normes métriques, puisque l’urbanisme est pour sa part évolutif et contextuel. Dans le cadre d’une étude publiée récemment sur le principe de mutabilité de la règle en droit de l’urbanisme, un auteur relève que la précision avec laquelle elle est exprimée trouve plusieurs justifications :

« La première réside dans l’obligation pour les auteurs des documents d’urbanisme, lorsqu’ils réglementent, d’épuiser les compétences que la loi leur a attribué, et donc d’élaborer des règles suffisamment précises et objectives pour déterminer ce qui est autorisé ou pas, et à quelles conditions, de sorte que la mise en œuvre de ces règles ne laisse pas de place à l’arbitraire.

Une deuxième justification est tirée de la sécurité juridique : l’argument tient dans l’affirmation selon laquelle ‘plus le droit est précis, mieux la règle juridique est respectée et mise en œuvre, et moins les risques d’abus sont importants’ »¹²¹.

La flexibilité de la règle suppose donc de pouvoir s’en affranchir. Cela passe donc soit par un changement des règles, selon les procédures d’évolution des PLU prévues par le Code de l’urbanisme, cas de figure que nous ne traiterons pas ici, soit d’en atténuer la rigidité, au moyen des régimes de dérogation ou de règles d’exceptions à la règle de principe. Ces deux notions peuvent susciter une confusion, mais le Professeur Liet-Veaux en a apporté des définitions claires. L’exception est en elle-même une règle de droit dans la mesure où elle est préétablie. Il s’agit plus précisément d’une règle qui s’applique alternativement et sous certaines conditions à une autre règle découlant d’un principe. Alors que pour la dérogation, il cite la définition qui en est donnée par le célèbre *Vocabulaire Juridique* publié par Gérard Cornu. Elle est accordée « *dans un cas particulier, par une décision unilatérale de l’Administration qui, en considération d’une situation concrète, fait bénéficier un intéressé d’un régime plus favorable que le régime ordinaire* »¹²². Le Professeur Liet-Veaux avait jugé utile d’apporter cette clarification suite à un arrêt du Conseil d’Etat qui avait considéré, dans un arrêt du 27 avril 1994, au sujet d’une règle d’exception que :

« Si une telle application anticipée, prévue dans le cadre de l’article L. 123-4 du code de l’urbanisme, est bien une procédure dérogatoire, les autorisations délivrées sur cette base ne constituent pas des dérogations individuelles »¹²³.

Le Conseil d’Etat semble alors lui-même faire une confusion, en désignant par « procédure dérogatoire » une procédure d’exception puisque consistant en une règle prédéfinie contredisant un principe. Dans un arrêt plus récent, la Haute-juridiction a en revanche considéré que les dispositions d’un POS permettant d’autoriser des constructions ne respectant pas les distances minimales de retrait qu’il fixe dans un

¹²¹ Soazic Marie, *Le principe de mutabilité et le droit de l’urbanisme*, Constr. – Urb. n° 10, Octobre 2015, étude 13

¹²² Georges Liet-Veaux, « *Réflexions sur les exceptions et les dérogations* », RDI, 1995.1

¹²³ CE, 27 avril 1994, *Commune de Condé-sur-Noireau*, n° 116279

objectif, limitativement énoncé, d'harmonie urbaine avec les constructions voisines et d'amélioration des constructions existantes constituent des règles d'exception suffisamment encadrées et non des dérogations illégales aux règles d'implantation¹²⁴.

Cela étant, la réécriture de la partie législative du Code de l'urbanisme par l'ordonnance n° 2015-1174 du 23 septembre 2015 a donné lieu à un regroupement dans une même section de toutes les « Dérogations au plan local d'urbanisme ». Nous pouvons toutefois objecter que, à la lumière la distinction entre la dérogation et l'exception, certaines des procédures regroupées dans cette section ne relèvent pas de la dérogation mais plutôt de l'exception. Mais pour respecter la structure du Code de l'urbanisme, et par commodité, nous les traiterons comme des dérogations dans nos développements.

Le Code de l'urbanisme prévoit également une série d'exceptions à l'application de principe des règles d'urbanisme, que sont les majorations des droits à bâtir. Il ne s'agit pas d'écarter l'application d'une règle, mais plutôt de la dépasser dans des limites fixées par la loi. En toute logique, les dispositifs de majoration ne figurent pas dans la section du Code de l'urbanisme relative aux « dérogations au plan local d'urbanisme », mais dans celle relative à la « Qualité urbaine, architecturale, environnementale et paysagère », parmi les dispositions fixant le contenu des règlements de PLU. Car il est vrai que pour être opposables à l'autorité compétente pour délivrer les permis de construire, les dispositifs de majoration doivent être expressément prévus dans le règlement, alors que la dérogation est au contraire une possibilité pour ladite autorité d'accorder ou non, par décision motivée, une demande non-conforme à la règle. Nous pourrions d'ailleurs constater que certaines règles d'exception rangées au titre des dérogations font doublon avec les dispositifs de majoration des droits à bâtir.

Il existe également une multitude de règles d'exception prévues dans les règlements de PLU. Chaque prescription de PLU peut en effet fixer une règle de principe et une règle d'exception. Ce peut être par exemple une hauteur maximale de 9 mètres pour tous types de constructions, à l'exception des bâtiments administratifs qui peuvent atteindre 12 mètres. Nous n'évoquerons pas dans les développements suivants les règles d'exception instituées par les règlements de PLU eux-mêmes, et nous nous bornerons à l'étude des dispositifs d'exception directement prévus par le Code de l'urbanisme. Au-delà de la question du bien-fondé de tel ou tel régime de dérogation ou d'exception, se pose la question de leur efficacité depuis la suppression du COS. Nous pouvons en effet nous demander dans quelle mesure cette suppression n'a pas dépourvu d'intérêt le principe même de dérogation ou d'exception, en particulier lorsqu'il s'agit d'augmenter une densité totale de construction. Nous noterons enfin que le décret du 28 décembre 2015 a inséré dans le Code de l'urbanisme une disposition qui n'apporte en réalité rien de nouveau. L'article R. 151-13 dispose en effet que « *les règles générales peuvent être assorties de règles alternatives qui en permettent une application circonstanciée à des conditions locales particulières* ». Il s'agit ni plus ni moins de la possibilité d'édicter des règles d'exception dans le règlement d'un PLU, ce n'avait jamais été interdit. Cette disposition est de surcroît susceptible de générer une confusion avec les règles alternatives propres au périmètre d'une opération, telles que définies par le même décret au premier alinéa de l'article R. 151-21 du Code de l'urbanisme, que nous aborderons dans un autre chapitre.

¹²⁴ CE, 30 septembre 2011, *Commune de Saint-Maur-des-Fossés*, n° 339619

Section 1 – Les dérogations aux règles d’urbanisme

(58.) Le Code de l’urbanisme pose un principe général de conformité de tout projet aux règles, à l’article L.152-1, qui dispose que :

« L'exécution par toute personne publique ou privée de tous travaux, constructions, aménagements, (...) sont conformes au règlement et à ses documents graphiques. »

Les adaptations mineures.

(59.) Aussitôt posé le principe de conformité, le Code prévoit des possibilités d’y déroger pour des cas bien précis. Ainsi l’article L.152-3 dispose-t-il que les règles d’urbanisme « *peuvent faire l'objet d'adaptations mineures rendues nécessaires par la nature du sol, la configuration des parcelles ou le caractère des constructions avoisinantes* ». Nous avons donc la cumul de deux conditions permettant ce type de dérogations : le caractère mineure de l’adaptation d’une part, et un des trois facteurs la rendant nécessaire, à savoir la nature du sol, la configuration des parcelles ou encore le caractère des constructions avoisinantes. Il va de soi qu’avec des critères si vagues, il appartient au juge d’apprécier au cas par cas ce qu’il convient d’entendre par ces conditions au regard d’un projet contesté. Or, le moins que l’on puisse dire est que la jurisprudence est foisonnante à ce sujet, et en dresser ici un bilan exhaustif serait fastidieux. Mais de manière générale, le Conseil d’Etat admet une marge de manœuvre de quelques centimètres s’il s’agit de l’adaptation d’une règle métrique, et de quelques mètres carrés pour l’adaptation d’une règle de densité. Par exemple, un dépassement de 85 cm de la hauteur maximale autorisée sur une des façades de la construction est une adaptation mineure justifiée par la déclivité du terrain¹²⁵, tandis que le dépassement de la hauteur maximale autorisée de 9 à 10,8 mètres n’en est pas une¹²⁶. De même, une emprise de 52,8 % au lieu de celle de 50 % prescrite est légale¹²⁷ alors que la fixation d’un COS de 0,327 au lieu de 0,15 ne constitue pas une adaptation mineure¹²⁸. Il est important de citer un arrêt de principe intervenu récemment par lequel le Conseil d’Etat est venu préciser le régime des adaptations mineures. D’une part, l’administration saisie d’un projet qui ne respecte pas une ou plusieurs dispositions du PLU est tenue de contrôler d’elle-même si ce projet peut bénéficier d’une adaptation mineure aux règles du PLU, et d’autre part, le pétitionnaire qui n’a pas fait état dans sa demande de l’exigence d’adaptations mineures pour obtenir la conformité de son projet au PLU peut se prévaloir de cette exception pour la première fois devant le juge administratif¹²⁹.

Le régime des adaptations mineures constitue donc une catégorie vraiment à part de dérogation, dans la mesure où il est confié aux services instructeurs la charge de s’autoréguler pour ne pas rejeter des demandes dont l’irrégularité relevée ne serait pas manifeste. L’emploi des termes « adaptations mineures » désigne en fait l’obligation faite à l’Administration de faire preuve de souplesse face à des écarts minimes, ce qui

¹²⁵ CE, 15 nov. 2000, Quelen, n° 194649

¹²⁶ CE, 11 juill. 1984, Cne de Milly-la-Forêt, n° 47940

¹²⁷ CE, 30 juin 1997, Sté parisienne réalisation immobilière, n° 125598, BJD 5/1997, p. 380

¹²⁸ CE, 17 janv. 1986, Gonard, n° 40338

¹²⁹ CE, 11 février 2015, Cne de Gretz-Armainvilliers, n° 367414

n'est pas sans rappeler la notion de « tolérance » en droit foncier s'agissant des écarts constatés lors du récolement entre les bornes et les cotes inscrites au plan.

Les dérogations de pragmatisme.

(60.) Le régime des dérogations ne se limite pas aux adaptations mineures. Depuis quelques années, une série de textes a introduit dans le Code de l'urbanisme des cas de figure bien précis dans lesquels l'autorité compétente peut accorder, par décision motivée, des dérogations. Ainsi en est-il de l'article L. 152-4 (ancien article L. 123-5), qui permet des dérogations dans les trois hypothèses suivantes :

« 1° La reconstruction de bâtiments détruits ou endommagés à la suite d'une catastrophe naturelle survenue depuis moins d'un an, (...) ;

2° La restauration ou la reconstruction d'immeubles protégés au titre de la législation sur les monuments historiques, (...) ;

3° Des travaux nécessaires à l'accessibilité des personnes handicapées à un logement existant. »

L'article L. 152-5 prévoit pour sa part des possibilités de dérogation afin de permettre des travaux d'isolation en saillie des façades ou par surélévation des toitures. Ces possibilités de dérogation répondent à des principes de bon sens et ne peuvent faire l'objet de critiques dans leur principe. Il n'est pas choquant que l'application rigide de certaines règles d'urbanisme puisse être écartée quand il s'agit de préserver des droits acquis, de préserver des tissus urbains existants ou bien des monuments historiques. Il en est de même lorsqu'il s'agit, ponctuellement, de permettre l'accès à des personnes handicapées ou des travaux de performance énergétique. Aucune de ces dérogations n'a d'ailleurs pour effet d'augmenter la densité constructible, si ce n'est pour le cas de travaux d'isolation, mais dans des proportions très marginales.

Les dérogations pour cause de mixité sociale.

(61.) Une réforme récente a bouleversé le régime des dérogations aux règles d'urbanisme, qui étaient jusqu'alors motivées par des considérations de pragmatisme ou de bon sens, en générant potentiellement une densité constructible additionnelle dans des proportions conséquentes. Alors que le projet de loi ALUR était en cours d'élaboration, une mesure adoptée par le gouvernement à la fin de l'année 2013 par voie d'ordonnance, dans l'urgence, avait donné un avant-goût de ce qu'allait être justement la loi ALUR. En effet, l'ordonnance n° 2013-889 du 3 octobre 2013 relative au développement de la construction de logement a inséré dans le Code de l'urbanisme une série de dispositions assez critiquables, aujourd'hui codifiée à l'article L. 152-6, aux termes duquel :

« Dans les communes appartenant à une zone d'urbanisation continue de plus de 50 000 habitants (...) et dans les communes de plus de 15 000 habitants en forte croissance démographique (...), ainsi que dans les communes appartenant à une des zones d'urbanisation continue de plus de 50 000 habitants (...), il peut être autorisé des dérogations au règlement du plan local d'urbanisme ou du document en tenant lieu, dans les conditions et selon les modalités définies au présent article.

En tenant compte de la nature du projet et de la zone d'implantation dans un objectif de mixité sociale, l'autorité compétente pour délivrer le permis de construire peut, par décision motivée :

1° Déroger aux règles relatives au gabarit et à la densité pour autoriser une construction destinée principalement à l'habitation à dépasser la hauteur maximale prévue par le règlement, sans pouvoir dépasser la hauteur de la construction contiguë existante calculée à son faîtage et sous réserve que le projet s'intègre harmonieusement dans le milieu urbain environnant ;

2° Déroger aux règles relatives à la densité et aux obligations en matière de création d'aires de stationnement pour autoriser la surélévation d'une construction achevée depuis plus de deux ans, lorsque la surélévation a pour objet la création de logement ou un agrandissement de la surface de logement. Si le projet est contigu à une autre construction, elle peut également déroger aux règles de gabarit pour autoriser la surélévation à dépasser la hauteur maximale dans les conditions et limites fixées au 1° ;

3° Déroger aux règles relatives à la densité et aux obligations en matière de création d'aires de stationnement pour autoriser la transformation à usage principal d'habitation d'un immeuble existant par reconstruction, rénovation ou réhabilitation, dans la limite du gabarit de l'immeuble existant ;

4° Déroger en tout ou partie aux obligations de création d'aires de stationnement applicables aux logements lorsque le projet de construction de logements est situé à moins de 500 mètres d'une gare (...) ;

5° Déroger aux règles de retrait fixant une distance minimale par rapport aux limites séparatives, dans des conditions précisées par décret en Conseil d'Etat, pour autoriser une construction destinée principalement à l'habitation, sous réserve que le projet s'intègre harmonieusement dans le milieu urbain environnant. »

Par ces simples dispositions, l'autorité compétente pour délivrer le permis de construire peut balayer d'un revers de la main les prescriptions du PLU susceptibles de limiter la densité constructible. Elle dispose en effet d'une grande marge de manœuvre pour ce faire puisque la décision de dérogation doit être motivée par un « *un objectif de mixité sociale* ». Pourtant, l'ordonnance tire son fondement de la loi d'habilitation n° 2013-569 du 1^{er} juillet 2013, dont l'intitulé affichait l'objectif d'« *accélérer les projets de construction* ». C'est donc dans l'accélération que le gouvernement a agi pour légiférer ainsi. Sans doute qu'une telle mesure n'aurait pas survécu à un débat parlementaire. Mais il était tout de même demandé au gouvernement de créer du logement, et non pas de favoriser la mixité sociale. Dès lors, pourquoi le gouvernement ne s'est-il pas contenté d'édicter que la décision doit être motivée par un objectif de création de logements, ce qui aurait simplifié la donne ? Car en effet, on peut se demander ce qu'il convient d'entendre par « *un objectif de mixité sociale* ».

S'il s'agit de faciliter l'introduction de logements sociaux dans des villes ou des quartiers qui en comptent peu, alors cette nouvelle disposition crée un doublon avec les dispositifs de majoration fondés sur ce principe. D'ailleurs, il est parfaitement illusoire de penser que des logements sociaux pourraient être créés sur des toits d'immeubles ou dans des fonds de cours du parc immobilier privé, sur initiative des propriétaires eux-mêmes. Si un appartement est ajouté en surélévation d'un

immeuble, son acquéreur aura probablement un profil social proche de celui des voisins des étages en-dessous. De nos jours, ce ne sont en effet pas des chambres de service que l'on construit dans le cadre d'un projet de surélévation. Il existe des quartiers denses qui sont aisés et d'autres qui sont populaires, au même titre d'ailleurs que les quartiers d'urbanisation diffuse. Les vingt arrondissements de Paris ont une densité similaire bien qu'ils présentent d'importantes disparités sociales.

Certes, des exemples caricaturaux peuvent être opposés à cet argument. De nombreux secteurs caractérisés par une qualité paysagère certaine, situés par exemple dans la banlieue ouest de Paris, dans certains secteurs de la Côte atlantique ou encore sur la Côte d'Azur, ont des règles d'urbanisme qui ont pour effet, et pas nécessairement pour objet, d'être ségrégationnistes. Or, ces mêmes règles dans la Creuse ou dans la Meuse ne le seraient pas, ce qui signifie bien que ce n'est pas la règle d'urbanisme qui attire les populations aisées en excluant celles qui le sont moins, mais l'attractivité du site. Ajoutons en outre que bien souvent, les secteurs des localités où sont fixées des règles d'urbanisme accusées d'être un frein à la mixité sociale se caractérisent par un pourcentage élevé de résidences secondaires, et ne sont pas des zones de tension.

Ce qui pourrait être soutenu à la rigueur, c'est qu'une plus forte densité dans un quartier donné peut permettre la création de plus de logements, et donc engendrer une baisse des prix de l'immobilier. Mais une baisse des prix sera en tout état de cause générale et n'entraînera pas mécaniquement l'afflux d'un autre profil social de population. Il peut être aussi soutenu que des règles d'urbanisme peuvent avoir pour effet de reproduire toujours le même type de constructions, par exemple des maisons individuelles, ce qui exclut des catégories générationnelles comme les étudiants ou les personnes âgées vivant seules, mais pas des catégories sociales.

Se pose également une question d'opportunité. Si l'autorité compétente pour délivrer le permis de construire, en général le maire, veut mener une politique volontariste en matière de mixité sociale, il mènera une réforme de son PLU, ou bien plaidera le cas échéant pour une réforme d'un PLU intercommunal, et n'aura alors pas besoin d'y déroger. Si au contraire, un maire ne souhaite pas voir arriver dans leurs communes des populations aux revenus modestes, il ne va pas désavouer le PLU qu'il a lui-même approuvé, ou bien qu'il n'a pas jugé utile de réviser, en dérogeant à des règles supposées être un frein à la mixité sociale. Les dispositions de l'article L.152-6 du Code de l'urbanisme n'ont aucune portée contraignante, l'autorité compétente pour délivrer les permis de construire restant parfaitement libre de décider ou non si elle accepte une dérogation aux règles d'urbanisme. Mais comme c'est généralement la même autorité qui décide de l'édiction des règles auxquelles il peut être dérogé, l'intérêt du dispositif est extrêmement limité.

Si l'on se penche à présent sur la nature de ces dérogations, on remarque qu'il ne s'agit pas d'écarter purement et simplement l'application des règles d'urbanisme, mais plutôt de les conditionner à des critères qui ne sont pas chiffrés. Autrement dit, il s'agit en fait d'une majoration dont le pourcentage n'est pas prédéterminé mais dépend de facteurs contextuels. Par exemple, si la dérogation consiste en un dépassement de la hauteur maximale autorisée lors de l'édification d'une construction destinée principalement à l'habitation (1° de l'article L.152-6), la condition est que cette hauteur finale ne dépasse pas la hauteur du faitage de la construction existante contigüe. Cette condition est d'ailleurs la même s'agissant du cas de la surélévation d'un immeuble existant (2° de l'article L.152-6). Ce mode d'expression de la dérogation à la règle n'est pas sans rappeler le plan d'épannelage que nous avons

évoqué dans la première section du présent chapitre, puisqu'il vise semble-t-il à conserver une composition harmonieuse en faveur d'un front urbain continu. Mais si la hauteur résultant de la dérogation permet seulement de s'élever à celle du faitage de la construction contigüe, c'est qu'il y a initialement un problème d'écriture de la règle. L'application jadis d'un COS sur une petite parcelle pouvait effectivement produire une construction ne pouvant pas s'élever à la hauteur des constructions voisines. Mais aujourd'hui, les situations dans lesquelles l'application combinée des règles d'emprise et de hauteur ne permet pas de s'élever à la hauteur des bâtiments voisins sont rares, et résulteraient d'une anomalie dans l'écriture du règlement quant à la fixation de la hauteur maximale. Par ailleurs, l'idée sous-jacente de la dérogation instituée par l'ordonnance du 3 octobre 2013 était manifestement d'encourager le comblement des « dents creuses ». Mais cette mesure suscite néanmoins des interrogations dans le cas où la parcelle dont il s'agit d'augmenter la hauteur de construction n'est pas contigüe à des terrains déjà bâtis. Comment appliquer dans ce cas la dérogation ? Aucune réponse n'est donnée, et nous serions tentés de considérer qu'il n'est pas possible dans ce cas de déroger à la règle.

Pour ce qui concerne la dérogation qui porte sur les règles de densité pour autoriser la transformation d'un immeuble existant affecté à un usage autre que l'habitation en un immeuble d'habitation (3° de l'article L.152-6), alors la condition sera de respecter le gabarit de la construction existante. On peut déplorer ici l'usage du terme « gabarit » qui ne désigne sans doute pas la règle de gabarit fixée dans le règlement du PLU, que nous avons pu définir comme une règle d'implantation tridimensionnelle. Il doit s'agir plutôt du gabarit au sens de l'enveloppe de la construction tel que résultant de l'emprise et de la hauteur. Mais alors, puisque la densité d'une construction est aujourd'hui définie par la combinaison des règles d'emprise et de hauteur, que signifie « déroger aux règles relatives à la densité » ? Sans doute que cette disposition visait à écarter la règle de COS uniquement, auquel cas le 3° de l'article L.152-6 n'a également plus lieu d'être.

S'agissant enfin de la dérogation portant sur les règles de retrait fixant une distance minimale par rapport aux limites séparatives pour autoriser une construction destinée principalement à l'habitation, le renvoi à un décret que pose le 5° de l'article L.152-6 pour en définir les modalités, a fait l'objet tout récemment d'une nouvelle disposition dans le code l'urbanisme, à l'article R.431-31-2, qui énonce que :

« Lorsque le projet nécessite une ou plusieurs dérogations au titre de l'article L. 152-6, la demande de dérogation est jointe à la demande de permis de construire. Elle est accompagnée d'une note précisant la nature de la ou des dérogations demandées et justifiant du respect des objectifs et des conditions fixées à cet article pour chacune des dérogations demandées. »

Il s'agit véritablement de la seule dérogation aux règles relatives à la densité constructible ayant une véritable portée pratique. C'est en effet la première fois qu'il est admis de remettre en cause une règle d'implantation fixée en application du 7° de l'ancien article R. 123-9 du Code de l'urbanisme, sans avoir à obtenir l'accord du voisin, ou à défaut, celui du juge. La fixation dans le PLU de règles d'implantation par rapport aux limites séparatives était, comme nous l'avons souligné précédemment, obligatoire jusqu'au 31 décembre 2015. Nous avons relevé que cette obligation résultait du fait qu'une telle règle d'urbanisme constituait le prolongement du régime des relations de voisinage hérité du Code civil. C'est sur le caractère mixte des règles d'implantation par rapport aux limites séparatives que s'appuyait d'ailleurs la

servitude de cours communes, qui permet à deux propriétaires de fonds contigus d'écarter la règle de distance définie à l'article 7 du PLU au profit d'une autre règle de distance. Or, même s'il semblerait que depuis le 1^{er} janvier 2016, la fixation d'une règle d'implantation par rapport aux limites séparatives n'est plus obligatoire, il n'en demeure pas moins que s'appliqueront en tout état de cause les règles supplétives du RNU en la matière, énoncées à l'article R.111-17 précité du Code de l'urbanisme.

Désormais, l'article R. 431-31-2 du Code de l'urbanisme permet à l'autorité compétente pour délivrer des permis de construire d'apprécier au cas par cas chaque demande de dérogation à la règle d'implantation par rapport aux limites séparatives, sans qu'une quelconque modalité de consultation du voisin, dont la propriété se situe de l'autre côté de la limite séparative, ne soit prévue. Ce type de dérogation constitue une véritable entorse au principe même de la servitude de cours communes, car elle permet de fixer dossier par dossier une distance de prospect différente de celle fixée par le règlement du PLU sans l'accord du voisin concerné ni d'un juge. Le permis de construire étant délivré sous réserve du droit des tiers, la dérogation instituée au titre du 5° de l'article L. 152-6 du Code de l'urbanisme, dont les modalités sont définies à l'article R. 431-31-2, est donc promise à un contentieux très probable.

Section 2 – Les dispositifs de majoration des droits à bâtir

(62.) Les dispositifs de majoration complètent l'arsenal dérogatoire prévu par le Code de l'urbanisme. La majoration peut également être évoquée dans les termes de bonification ou encore de bonus de constructibilité. En fait, la majoration de la densité constructible est utilisée comme une incitation à faire, à l'instar d'une incitation fiscale, pour encourager les constructeurs à adopter un comportement ou une pratique vertueuse, ou du moins considérée comme étant d'intérêt public, en échange de quoi ils se voient gratifiés de mètres carrés constructibles supplémentaires.

On assiste depuis 2009 à une effervescence législative - pour ne pas dire un bouillonnement - sur chacun des dispositifs de majoration de la densité. Quasiment chaque année apporte son lot de modifications. De la loi Grenelle II en 2010 à la loi ALUR en 2014, en passant par les différentes réformes du code de l'urbanisme par les ordonnances de 2011, jusqu'à la loi de transition énergétique et celle pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques en 2015, les dispositions relatives aux bonifications n'ont pas connu de répit¹³⁰.

Cela est regrettable du point de vue de l'intelligibilité de la norme juridique - rappelons que l'une des réformes ayant modifié ces dispositifs comportait dans son intitulé « simplification du droit ». Par ailleurs, ces nombreuses modifications ont été généralement justifiées par des considérations politiques, mais parfois par des considérations purement techniques, comme ce fut le cas avec la loi ALUR en 2014, où il a bien fallu adapter ces dispositifs à la suppression du COS.

On peut d'ailleurs s'interroger sur cette tendance que peut avoir le législateur à recourir à la constructibilité comme outil d'incitation, pour mener à bien une politique publique. Ce n'est d'ailleurs pas pour des motifs urbanistiques que de telles

¹³⁰ V. à ce propos : Sébastien Lamy, « *Les dispositifs de majoration des droits à bâtir* », Constr. - urb. n° 3, 2016, étude 4

majorations sont envisagées, mais pour favoriser d'une part la construction de logements en général et de logements sociaux en particulier, et d'autre part pour des considérations d'ordre environnemental. Le Code de l'urbanisme est alors utilisé comme un moyen pour mener à bien des politiques relevant de législations indépendantes de celles de l'urbanisme. Pour atteindre un de ces objectifs assignés par les pouvoirs publics, la majoration permet à l'Etat de mener une telle politique à moindre coût, en distribuant aux propriétaires un enrichissement potentiel consistant en des droits à bâtir en supplément de ceux déjà attribués par le document d'urbanisme.

Mais on peut douter de leur efficacité réelle et il est à se demander si une telle option n'est pas un choix de facilité, en cherchant à stimuler une demande de construction artificiellement. En effet, légiférer ainsi revient à déconsidérer la densité constructible voulue par les élus locaux et déterminée dans les PLU. Un parti d'urbanisme est exprimé, des orientations d'aménagement dégagées, des règles ainsi définies, mais on peut venir maximiser la densité constructible grâce à des mécanismes applicables nationalement, hors de toute considération contextuelle. Certes, il ne s'agit pas d'une majoration de plein-droit, mais d'une possibilité pour les collectivités d'appliquer ou non tel ou tel dispositif. Mais si elle a exprimé un projet territorial dans son document d'urbanisme, les problématiques de logement ou d'énergie sont généralement déjà intégrées dans les choix qui ont conduit à définir telle ou telle densité constructible.

Il est aussi regrettable que l'ordonnance du 23 septembre 2015 qui rassemble désormais les trois dispositifs de majoration en un seul article n'ait pas unifié leur régime juridique sur le fait que ceux-ci doivent être prévus au règlement du PLU ou du document d'urbanisme en tenant lieu pour s'appliquer, et que les dépassements s'appliquent dans *« le respect des autres règles établies par le document et notamment les servitudes d'utilité publique visées à l'article L.151-43 »*. Si bien qu'aujourd'hui, la combinaison des articles L.151-28 et L.151-29 du code de l'urbanisme prévoit une multitude de taux de majoration :

- 20% pour les bâtiments à usage d'habitation ;
- 50% pour les programmes comportant la réalisation de logements sociaux, ce taux étant auparavant de 20% ;
- 30% pour les programmes comportant la réalisation de logements intermédiaires ;
- 30% en faveur des constructions *« faisant preuve d'exemplarité énergétique ou environnementale ou qui sont à énergie positive »* ;
- 20% en faveur des mêmes constructions, mais situées dans des secteurs faisant l'objet d'un dispositif de protection.

Pour le reste, les deux derniers alinéas de l'article L.151-29 fixent des règles de non-cumul et de cumul limité des dispositifs de majoration, de sorte que ceux en faveur du logement ne peuvent se cumuler avec ceux en faveur du logement locatif aidé, et que le cumul des majorations au titre des logements sociaux d'une part, et intermédiaires d'autre part, *« ne peut conduire à autoriser un dépassement de plus de 50 % du volume autorisé par le gabarit de la construction »*.

Bien que les différents mécanismes de majoration aient été regroupés, la nouvelle codification n'a pas unifié le vocabulaire employé quant au mode de calcul de la majoration, ne pouvant reposer en réalité que sur la combinaison de l'emprise et de la hauteur, le gabarit n'étant pas une règle d'urbanisme métrique figurant en tant que règle à part entière dans le règlement du PLU.

Par ailleurs, ces multiples évolutions des dispositifs de majoration pourraient laisser croire qu'il s'agit d'un enjeu majeur du droit de l'urbanisme, voire du bras armé favori du législateur lorsqu'il veut engager une politique tantôt en faveur de l'environnement, tantôt en faveur du logement en général ou du logement social en particulier, et plus récemment du logement intermédiaire. Même une loi en faveur de la croissance économique a comporté un volet relatif à la majoration de la densité constructible.

En réalité, on semble se situer plus près de la fausse bonne idée que d'un véritable nerf de la guerre. Créer des effets de levier par le biais de la loi peut, de manière générale, certainement apporter des résultats intéressants. Mais s'agissant de la régulation des droits à bâtir, c'est oublier qu'une densité élevée n'est pas toujours l'aboutissement ultime des opérateurs ou des particuliers. Il est même naïf de croire que la création d'un dispositif de majoration va répondre à une demande latente qui n'attendait que ça pour lancer des projets supplémentaires de construction.

S'agissant des propriétaires de maisons individuelles, il est vrai toutefois que beaucoup d'entre eux peuvent trouver intéressante l'idée d'ajouter une pièce supplémentaire en contrepartie de travaux d'amélioration énergétique. Mais le principal obstacle à cette densification était en général le COS et non pas la règle de hauteur ou d'emprise. Or, depuis la suppression du COS, le dispositif de majoration n'a plus beaucoup d'intérêt puisque cette suppression est supposée avoir *de facto* généré des droits à bâtir supplémentaires.

Introduire des mécanismes de majoration dans le Code de l'urbanisme, c'est nier également la capacité des collectivités à définir dans leur PLU des densités en adéquation avec les réalités physiques, économiques et sociales de leurs territoires. On peut même se demander si, dans la mesure où le législateur est généralement également un élu local, il n'existe pas un double discours. Dans un article paru à l'occasion de la suppression de la très éphémère majoration légale de 30% en 2012, un auteur avait chiffré le nombre de communes ayant eu recours aux différents dispositifs donnés par le code¹³¹. En juillet 2012, les communes qui avaient opté pour une majoration en faveur de la construction des bâtiments à usage d'habitation (et de laquelle dépendait le dispositif éphémère de majoration légale) étaient une trentaine, celles pour la majoration en faveur du logement social étaient au nombre de 140, et enfin celles pour la majoration en faveur de la performance énergétique étaient au nombre de 160.

Cette très éphémère majoration des droits à bâtir instituée en 2012 mérite qu'on s'y attarde brièvement. Celle-ci avait été adoptée à la fin de la précédente législature, peu avant les élections présidentielles de 2012, dans des circonstances assez particulières. Il s'était agi de conférer, de plein-droit mais avec la possibilité pour les communes d'y déroger, une majoration de 30% des droits à bâtir dans la quasi-totalité du territoire national constructible. Mais cette loi fut d'application tellement courte qu'elle n'a pu produire d'effets, l'une des premières mesures de la législature suivante ayant été de l'abroger par une loi du 25 juillet 2012.

Pour justifier la suppression de ce dispositif, l'exposé des motifs de la loi l'abrogeant avait relevé :

¹³¹ Damien Dutrieux, « Majoration des droits à construire : mise à mort d'une réforme moribonde ? », La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 35, 2012, n° 776

« Il apparaît aussi que cette loi présente une redondance importante avec le droit existant. En effet, la loi (...) dite loi MOLLE, a déjà introduit en 2009 un dispositif permettant une majoration des droits à construire par les communes. Deux autres dispositifs existent en outre aussi et permettent d'appliquer au logement social et aux constructions à haute performance énergétique une majoration des règles de densité. La création d'un quatrième dispositif, relativement similaire aux trois précédents et qui n'a pas vocation à les remplacer, présente donc une utilité toute relative et va à l'encontre de la démarche de simplification du droit qui doit guider le législateur. »¹³²

Au-delà des simples aspects d'utilité et d'efficacité de cette mesure, se posait la question de la manière encore une fois quelque peu intrusive avec laquelle le législateur intervenait dans des affaires relevant des attributions des collectivités. Dans les autres dispositifs existants, la majoration relève de la décision des communes. Dans celui adopté en 2012, il en a été autrement. Au lieu de disposer du droit de choisir si elles souhaitent procéder à une majoration de la constructibilité, les communes ne disposaient plus que de la liberté de refuser de l'appliquer, au terme d'une procédure de consultation publique. Cette approche quelque peu jacobine de l'urbanisme a pu paraître contraire au principe de libre-administration des collectivités territoriales.

Cette mesure, qui restera finalement assez anecdotique dans l'histoire du droit de l'urbanisme, a toutefois marqué les esprits. La majoration légale puisait son fondement dans des considérations de croissance et de relance économique et avait soulevé un tollé quasi-généralisé, pas seulement dans la doctrine juridique mais aussi dans l'opinion publique. Même une partie de la majorité parlementaire de l'époque avait fait part dans les médias de son scepticisme quant au bien-fondé d'une telle mesure. Cela revenait à considérer que toute règle d'urbanisme était une entrave injustifiée à la liberté de construire, et pouvait même sonner comme un désaveu pour les élus locaux auxquels il était implicitement reproché d'adopter des documents d'urbanisme excessivement sous-densitaires.

Ainsi, la question de la majoration est très présente dans le discours public, notamment lors des réformes législatives, mais dans les faits sa portée est très limitée. Il s'agit davantage d'un affichage politique que d'un objet juridique, comme l'illustre d'ailleurs l'inexistence du contentieux et la rareté de la doctrine à ce sujet. Une réponse ministérielle du 9 juin 2015 est tout juste venue apporter un éclairage sur la question de l'adaptation du PLU pour maintenir un dispositif de majoration basé sur le COS suite justement à la suppression du COS par la loi ALUR. Le ministre du logement et de l'égalité des territoires a ainsi précisé que :

« si la situation locale le justifie et sans attendre, les PLU ou POS peuvent intégrer ce bonus de constructibilité rénové par le biais d'une modification simplifiée en application de l'article L. 123-13-3 du Code de l'urbanisme. Cette procédure rapide et peu coûteuse permet notamment aux collectivités de faire l'économie d'une enquête publique. »¹³³

Soulignons que cette réponse ministérielle relative aux conséquences de la suppression du COS sur les mécanismes de majoration est intervenue quinze mois

¹³² Philippe Kaltenbach, (Sénateur), *Exposé des motifs de la proposition de loi tendant à abroger la majoration des droits à construire*, n° 566, enregistré à la Présidence du Sénat le 29 mai 2012

¹³³ Rép. min. n° 74329 : JOAN Q, 9 juin 2015, p. 4366

après la suppression du COS. Une preuve supplémentaire, s'il était besoin de le démontrer, que les mécanismes de majoration ne constituent pas la préoccupation majeure des collectivités, en dépit du fait que le ministre ait cru utile d'évoquer, dans cette même réponse, une « *évolution indispensable qui permettra d'apporter des réponses réellement adaptées en matière de construction de logement et de prendre en compte les enjeux de mixité sociale dans les communes où ils se posent* ».

§ 1 – La majoration en faveur du logement

(63.) Les dispositifs de majoration en faveur du logement s'expriment sous trois formes différentes : celui relatif aux constructions à usage d'habitation en général, puis ceux relatifs aux logements sociaux et aux logements intermédiaires.

A – En faveur de constructions à usage d'habitation

(64.) Institué par la loi MOLLE de 2009, le mécanisme de majoration des droits à bâtir en faveur de la construction de logements fut dans un premier temps introduit à l'article L.123-1-1 du code de l'urbanisme, avant d'être transféré à l'ancien article L.123-1-11 par l'effet de la loi Grenelle 2 en 2010. Depuis, l'ancien article L.123-1-11 a été modifié à un rythme annuel mais le paragraphe relatif au dispositif de majoration est resté inchangé, à l'exception de la référence faite au COS, supprimée depuis l'entrée en vigueur en vigueur de la loi ALUR. Il fait aujourd'hui l'objet du 1° de l'article L.151-28 qui dispose que :

« Le règlement du plan local d'urbanisme ou du document d'urbanisme en tenant lieu peut prévoir, dans le respect des autres règles établies par le document et notamment les servitudes d'utilité publique visées à l'article L.151-43 et sous réserve des dispositions de l'article L.151-29 :

1° Des secteurs situés dans les zones urbaines à l'intérieur desquels un dépassement des règles relatives au gabarit, à la hauteur et à l'emprise au sol est autorisé pour permettre l'agrandissement ou la construction de bâtiments à usage d'habitation. Ce dépassement, fixé pour chaque secteur, ne peut excéder 20 % pour chacune des règles concernées. L'application du dépassement ainsi autorisé ne peut conduire à la création d'une surface de plancher supérieure de plus de 20 % à la surface de plancher existante. (...) »

La particularité du dispositif en faveur des bâtiments à usage d'habitation réside dans le mode de calcul de la majoration. En effet, chacune des règles citées, à savoir le gabarit, la hauteur et l'emprise au sol (et auxquelles s'ajoutait le COS jusqu'en 2014) peut être majorée individuellement, avec comme limite toutefois que la surface de plancher totale majorée ne soit pas supérieure de plus de 20% à la surface de plancher existante.

Ce dispositif ne doit pas être confondu avec le mécanisme de majoration introduit par la réforme de la surface de plancher entrée en vigueur au 1^{er} mars 2012. En effet, l'article R.112-2 8° permet une bonification, via le calcul de la surface de plancher, de la densité pour les constructions à usage d'habitation, à condition toutefois qu'il s'agisse de constructions d'immeubles collectifs :

« La surface de plancher de la construction est égale à la somme des surfaces de planchers de chaque niveau clos et couvert, calculée à partir du nu intérieur des façades après déduction : (...) »

8° D'une surface égale à 10% des surfaces de plancher affectées à l'habitation telles qu'elles résultent le cas échéant de l'application des alinéas précédents, dès lors que les logements sont desservis par des parties communes intérieures. »

Bien que le taux soit relativement faible, cette bonification n'en revête pas moins un caractère brutal puisqu'elle a la particularité de s'exercer de plein-droit. C'est donc une majoration qui ne dit pas son nom, et qui s'impose aux collectivités qui n'ont pas la possibilité de s'y opposer. Il ne s'agit pas de déroger à une règle, mais de juste de déformer les critères d'appréciation des règles exprimées dans les documents d'urbanisme. On peut d'ailleurs y voir là encore une ingérence de l'Etat dans les compétences des collectivités, mais la doctrine n'a point exprimé de critiques sur ce point spécifique lorsque la réforme de la surface de plancher fut adoptée en 2012.

Franck Bourdon a pu toutefois appeler l'attention sur les difficultés d'ordre technique quant à l'application de cette déduction dans le cas d'un changement d'affectation du bâtiment ou bien encore dans celui des immeubles mixtes abritant partiellement des habitations. Il précise également que cette déduction a été rendue possible *« afin de favoriser la construction ou l'agrandissement des immeubles d'habitation collective et de tenir compte de l'emprise inexploitable pour l'habitation des couloirs communs intérieurs nécessaires à la desserte des logements qu'ils intègrent »*¹³⁴. Dans ces considérations, la déduction de 10% pour les immeubles collectifs d'habitation a perdu de son intérêt depuis que le COS a été supprimé. Il s'agissait en effet du seul outil règlementaire susceptible de limiter la densité à l'intérieur d'une enveloppe de construction. On voit dès lors mal comment une telle déduction pourrait s'exprimer autrement que par le dépassement d'un COS.

Le Code de l'urbanisme prévoit également deux mécanismes de majoration des droits à bâtir en faveur du logement locatif aidé : celui en faveur d'une part de logements sociaux au sens de l'article L. 302-5 du Code de la construction et de l'habitation et celui en faveur d'autre part de logements intermédiaires au sens de l'article L. 302-16 du même code.

B – En faveur de logements sociaux

(65.) Introduit par la loi n°95-74 du 21 janvier 1995, le dispositif de majoration en faveur de la construction de logements sociaux au sens de l'article L. 302-5 du code de la construction et de l'habitation avait eu pour objet dans un premier temps de permettre le dépassement uniquement du COS, dans la limite à l'époque de 20% et dans le respect des autres règles d'urbanisme.

Ce dispositif fit alors l'objet de la création de l'ancien article L.127-1 du code de l'urbanisme, dont la rédaction fut ensuite très sensiblement modifiée par l'effet de la loi SRU en 2000. Il ne connaîtra pas de changement jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi n° 2009-323 du 25 mars 2009 de mobilisation pour le logement et la lutte contre l'exclusion, dite loi MOLLE, qui eut pour effet de réécrire intégralement l'ancien

¹³⁴ *Op. cit.*, Franck Bourdon et Sylvain Pérignon, *Surface de plancher et densité de construction*, éd. Le Moniteur, 2012, p. 66

article L.127-1. Il ne s'est agi depuis lors plus simplement de dépassement de COS, mais de « *majoration du volume constructible tel qu'il résulte du coefficient d'occupation des sols ou des règles relatives au gabarit, à la hauteur et à l'emprise au sol* ». En outre, le taux maximal autorisé de cette majoration est passé de 20 à 50 %. Le texte a ensuite été de nouveau sensiblement modifié par l'ordonnance n°2012-11 du 5 janvier 2012, puis par la loi ALUR en 2014, pour l'adapter à la suppression du COS. Désormais, la majoration ne peut s'effectuer que sur la base des règles relatives au gabarit, à la hauteur et à l'emprise au sol. Elle est désormais codifiée au 2° de l'article L. 151-28 du Code de l'urbanisme et rédigé comme suit :

« Le règlement du plan local d'urbanisme ou du document d'urbanisme en tenant lieu peut prévoir, dans le respect des autres règles établies par le document et notamment les servitudes d'utilité publique visées à l'article L.151-43 et sous réserve des dispositions de l'article L.151-29 :

(...)

2° Des secteurs à l'intérieur desquels la réalisation de programmes de logements comportant des logements locatifs sociaux au sens de l'article L. 302-5 du code de la construction et de l'habitation bénéficie d'une majoration du volume constructible tel qu'il résulte des règles relatives au gabarit, à la hauteur et à l'emprise au sol. Cette majoration, fixée pour chaque secteur, ne peut excéder 50 %. Pour chaque opération, elle ne peut être supérieure au rapport entre le nombre de logements locatifs sociaux et le nombre total des logements de l'opération. »

Pour ce qui concerne le mode de calcul, le texte se distingue quelque peu du dispositif évoqué précédemment s'agissant des bâtiments à usage d'habitation. C'est le volume constructible - résultant des règles de gabarit, de hauteur et d'emprise - qui est majoré et non chaque règle prise séparément. Ce qui peut laisser place à différentes interprétations. Est-ce que le volume constructible majoré peut ne résulter que de la règle de hauteur par exemple ? Ou bien est-ce que le volume constructible majoré doit nécessairement résulter de l'application combinée des règles de hauteur, d'emprise et de gabarit ? Aucune circulaire ne vient apporter de réponse à cela, mais il est clair qu'une majoration du volume constructible de 50% qui ne s'exprimerait que par le dépassement d'une seule règle comme la hauteur serait susceptible de produire des formes urbaines hasardeuses.

Par ailleurs, il y a lieu de s'interroger sur l'usage des termes « volume constructible ». En ce qu'il résulte des règles de gabarit, de hauteur et d'emprise, il y a tout lieu de penser qu'il s'agit en fait d'une valeur exprimée en « surface de plancher ». Or, l'usage du terme « volume » est trompeur, car cela pourrait faire référence par exemple à une règle de COS volumétrique, hors de toute considération de planchers à l'intérieur du volume bâti. Mais il n'en est rien, puisqu'il est question de programmes de logements sociaux, alors que la notion de règle volumétrique est généralement utilisée pour des constructions à usage commercial ou industriel.

Au final, il semblerait que le mode de calcul de la majoration prévu au 1° de l'article L.151-28 soit identique à celui à celui prévu au 2° du même article du code de l'urbanisme, à savoir que c'est le critère de majoration de mètres carrés de surface de plancher qui compte, pouvant s'exprimer architecturalement par un dépassement des règles maximales de hauteur, de gabarit ou d'emprise autorisées.

C - En faveur de logements intermédiaires

(66.) Enfin, la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques a inséré un dispositif complémentaire à celui prévu par l'ancien article L. 127-1 sur le logement social (et avec une rédaction quasi-identique), s'agissant de programmes de construction de logements intermédiaires, au sens de l'article L. 302-16 du Code de la construction et de l'habitation, qui bénéficient désormais d'une majoration du volume constructible à hauteur de 30%. Ce dispositif fit l'objet dans un premier temps, et de manière très furtive, de l'article L.127-2, et il est aujourd'hui codifié au 4° de l'article L.151-28 :

« Le règlement du plan local d'urbanisme ou du document d'urbanisme en tenant lieu peut prévoir, dans le respect des autres règles établies par le document et notamment les servitudes d'utilité publique visées à l'article L.151-43 et sous réserve des dispositions de l'article L.151-29 :

4° Des secteurs à l'intérieur desquels la réalisation de programmes de logements comportant des logements intermédiaires, définis à l'article L.302-16 du code de la construction et de l'habitation bénéficie d'une majoration du volume constructible tel qu'il résulte des règles relatives au gabarit, à la hauteur et à l'emprise au sol. Cette majoration, fixée pour chaque secteur, ne peut excéder 30 %. Pour chaque opération, elle ne peut être supérieure au rapport entre le nombre de logements locatifs sociaux et le nombre total des logements de l'opération. »

Le Code de l'urbanisme organise ainsi la coexistence de deux régimes de majoration en faveur du logement locatif aidé : une de 50% pour les logements sociaux (art. L. 302-5 du Code de la construction et de l'habitation) et une autre de 30% pour les logements intermédiaires (art. L. 302-16 du même code), alors même que le mode de calcul de cette majoration s'est lui-même complexifié du fait de la suppression du COS comme base de référence.

Si une possibilité de majoration de l'ordre de 50% peut paraître généreuse, le législateur est toutefois venu limiter sa portée réelle, en insérant à chaque fois la même disposition aux termes de laquelle la majoration « *ne peut être supérieure au rapport entre le nombre de logements locatifs sociaux et le nombre total des logements de l'opération.* »

Cela signifie que si un opérateur prévoit la réalisation d'un programme comportant par exemple 15% de logements sociaux, la majoration de la densité ne pourra être supérieure à 15%.

§ 2 – La majoration en faveur de la performance énergétique et environnementale

(67.) Ce dispositif de majoration a été créé par la loi n° 2005-781 du 13 juillet 2005 de programme fixant les orientations de la politique énergétique, ensuite modifié par la loi Grenelle II puis par la loi ALUR, et enfin par la loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte, en faveur des constructions répondant à des critères de performance énergétique et environnementale. Le dispositif, prévu initialement à l'article L. 128-1 du Code de l'urbanisme, est désormais codifié au 3° de l'article L. 151-28 qui dispose que :

« Le règlement du plan local d'urbanisme ou du document d'urbanisme en tenant lieu peut prévoir, dans le respect des autres règles établies par le document et notamment les servitudes d'utilité publique visées à l'article L.151-43 et sous réserve des dispositions de l'article L.151-29 :

(...)

3° Dans les zones urbaines ou à urbaniser, un dépassement des règles relatives au gabarit qui peut être modulé mais ne peut excéder 30%, pour les constructions faisant preuve d'exemplarité énergétique ou environnementale ou qui sont à énergie positive. La limitation en hauteur des bâtiments ne peut avoir pour effet d'introduire une limitation du nombre d'étages plus contraignante d'un système constructif à l'autre. Un décret en Conseil d'Etat détermine les conditions d'application de la majoration ; (...) ».

Avant la dernière modification du paragraphe résultant de la loi du 17 août 2015, le dispositif concernait les constructions *« satisfaisant à des critères de performance énergétique élevée ou alimentées à partir d'équipements performants de production d'énergie renouvelable ou de récupération »*. Selon l'étude d'impact du projet de ladite loi, cette modification visait à étendre le dispositif de bonification aux constructions à haute performance environnementale :

*« Cette extension vise en particulier à permettre le développement de bâtiments dont les impacts environnementaux sont réduits non seulement sur les ressources énergétiques mais également sur le changement climatique, les ressources en eau et les déchets. »*¹³⁵

La loi du 17 août 2015 a également inséré un nouvel alinéa à l'ancien article L. 128-1, repris dans la nouvelle codification :

« La limitation en hauteur des bâtiments dans un plan local d'urbanisme ne peut avoir pour effet d'introduire une limitation du nombre d'étages plus contraignante d'un système constructif à l'autre. »

Cette disposition, peu intelligible, trouve en fait sa source dans un amendement parlementaire, dont l'exposé des motifs explique que :

*« La limitation des hauteurs des bâtiments dans les PLU, notamment en regard des bâtiments adjacents, a pour conséquence d'avoir un nombre d'étages bien déterminé (exemple hauteur de 30 m = 10 étages de 3 m pour les solutions constructives traditionnelles). Lors de l'utilisation de solutions constructives alternatives à base de matériaux renouvelables, les hauteurs d'étages sont généralement plus importantes, à savoir de 6 à 10% en plus. De manière à éviter une distorsion entre les solutions constructives, il est proposé de prévoir des dispositions permettant de déroger en dépassement des hauteurs fixées dans le PLU pour les matériaux renouvelables ou recyclés. »*¹³⁶

On comprend donc qu'il s'est agi d'insérer des éléments de souplesse quant à l'application des règles de hauteur. L'exposé des motifs de l'amendement utilise

¹³⁵ Etude d'impact du projet de loi relatif à la transition énergétique pour la croissance verte, 29 juillet 2014, p. 16

¹³⁶ Amendement n°2352, présenté par Mme de La Raudière, Transition énergétique (n°2230), Assemblée nationale, 1er octobre 2014

même le terme « déroger », ce qui est surprenant car une majoration suppose déjà une dérogation à la règle de hauteur. Or, la règle de hauteur, prévue par l'article 10 du règlement du PLU peut s'exprimer en mètres ou en nombre d'étages.

Cette disposition est à mettre en perspective avec ce sur quoi porte précisément la bonification. Dans sa première mouture, l'article L.128-1 prévoyait seulement un « dépassement du coefficient d'occupation des sols ». La modification de cet article en 2010 a ensuite introduit la possibilité d'un dépassement des règles relatives « au gabarit et à la densité d'occupation des sols », autrement dit au gabarit et au COS. Depuis l'entrée en vigueur de la loi ALUR en 2014, la référence à la densité d'occupation des sols a été supprimée, et la règle de gabarit est désormais la seule variable d'ajustement de la majoration de la densité constructible.

Seulement, cette notion de gabarit n'est pas définie dans le Code de l'urbanisme, et chaque PLU peut en donner une définition différente. Aussi, comme nous avons pu le relever précédemment, la définition d'une ligne de gabarit est tributaire de celle de la règle d'implantation d'une construction. En vérité, une majoration de la densité constructible basée sur une règle de gabarit pose des difficultés indéniables. Le gabarit n'est pas une règle d'urbanisme comme les autres, elle ne s'exprime pas en valeur absolue mais comme un rapport entre une implantation et une hauteur pour en déduire une ligne oblique délimitant l'enveloppe de construction. Cette ligne oblique diffère d'un règlement à un autre, voire d'une zone à une autre dans un même règlement. Dans ces conditions, il ne peut être dérogé à proprement parler à une règle de gabarit puisque celle-ci est une équation dont les facteurs sont l'implantation et la hauteur. Il est alors difficilement envisageable que le point de départ de la ligne oblique sur la façade du bâtiment, ou bien que le degré d'inclinaison de cette ligne oblique puisse être modifié. Par conséquent, un dépassement du gabarit ne peut que résulter d'une dérogation de la règle de hauteur, et ne peut donc que consister en un prolongement de la ligne oblique venant entailler le volume constructible supplémentaire.

Dans un article paru en mars 2011, suite à la modification du dispositif par la loi dite Grenelle II ayant introduit pour rappel la notion de dépassement du gabarit, le Professeur Périnet-Marquet avait bien relevé l'absence de définition d'une telle notion dans le Code de l'urbanisme et s'était référé à la définition qu'en donne le PLU de Paris. Il en avait donc déduit que :

*« La portée du nouveau texte est donc bien différente de celle de l'ancien. Autoriser un dépassement de gabarit de 30 % signifie concrètement permettre que, notamment, la hauteur des bâtiments puisse excéder de 30 % celle fixée par les règles d'urbanisme. »*¹³⁷

Or, on ne peut se satisfaire à notre avis d'une définition donnée par un PLU, fut-il celui de la capitale. Il est alors probable que le législateur et les services du ministère en charge de l'urbanisme commettent une maladresse sur ce qu'il convient d'entendre par « gabarit », comme peut le révéler une notice éditée à l'occasion de l'entrée en vigueur de la furtive loi de majoration des droits à bâtir de 30%, en date du 20 mars 2012. Dans cette notice toujours consultable en ligne, il y est indiqué que :

« Lorsque le règlement du document d'urbanisme définit un gabarit, il convient de se référer à cette définition pour le calcul des droits à construire. »

¹³⁷ Hugues Périnet-Marquet, « Un cavalier désarçonnant : à propos de l'article L. 128-1 du Code de l'urbanisme », *Constr. – Urb. n° 3*, 2011, repère 3

Lorsque le gabarit n'est pas déterminé explicitement par le règlement du document d'urbanisme, il doit être considéré comme l'enveloppe résultant de la combinaison des règles de hauteur et d'emprise au sol :

Gabarit = hauteur x emprise

L'augmentation des droits à construire se traduit soit par une augmentation du gabarit explicitement défini par le règlement du document d'urbanisme, soit par une augmentation des règles d'emprise et de hauteur définies par ce règlement.

*Cette augmentation du gabarit se fait dans le respect des autres règles du document d'urbanisme. »*¹³⁸

Prenons le premier cas, lorsqu'un gabarit est explicitement défini par le règlement. Il ne peut y avoir une « augmentation du gabarit » comme il est indiqué, mais seulement un prolongement de la ligne oblique de gabarit dans le volume constructible en surélévation. Il n'est pas dérogé à la contrainte du gabarit, mais la ligne oblique qui en résulte se poursuit dans la surélévation obtenue par dérogation de la règle de hauteur.

Prenons le second cas, lorsqu'un gabarit n'est pas explicitement défini par le règlement. On ne peut alors que s'opposer à l'équation proposée par les services du ministère, à savoir « Gabarit = hauteur x emprise ». Il serait sans doute plus judicieux de définir la combinaison de la hauteur et de l'emprise par le terme d'« enveloppe de construction », faute de quoi cela signifierait que l'on a deux notions différentes de gabarit pour l'appréciation de la majoration : la première se combinant à la hauteur et à l'emprise lorsqu'elle est définie, et la seconde étant elle-même la combinaison de la hauteur et de l'emprise lorsqu'elle n'est pas définie.

Mais au moins, cela peut avoir le mérite de clarifier le sens du 3° de l'article L. 151-28 du Code de l'urbanisme. Il y a en effet tout lieu de penser que le législateur a voulu laisser entendre « dépassement de la densité résultant de la combinaison des règles de hauteur et d'emprise » par « dépassement des règles relatives au gabarit ». Il n'en demeure pas moins que l'insertion par le législateur en 2015 non pas d'une possibilité de dépassement de la hauteur – celle-ci étant déjà acquise – mais d'une application assouplie des règles de hauteur est déroutante. On a désormais d'une part une possibilité de majoration qui ne peut s'exprimer que par un dépassement de la règle de gabarit, et d'autre part une application différenciée de la règle de hauteur lorsque ce dépassement est lié à l'utilisation de matériaux renouvelables ou recyclés.

Enfin, ce dispositif de majoration présente une dernière particularité par rapport aux autres dispositifs. Le dépassement des règles relatives au gabarit, qui ne peut excéder 30%, « peut être modulé ». Le texte législatif n'apporte aucune indication sur cette modulation, quant à ses modalités. Un éclairage des services du ministère sur l'application de ce dispositif apparaît nécessaire. Le 3° de l'article L. 151-28 précise d'ailleurs qu'« Un décret en Conseil d'Etat détermine les conditions d'application de la majoration ». Mais celui-ci n'a jusqu'à présent pas vu le jour.

Le législateur est sans doute allé bien vite en besogne dans cette affaire, en permettant d'ores-et-déjà de moduler les mètres carrés constructibles supplémentaires résultant

¹³⁸ Ministère de l'écologie, du développement durable, des transports et du logement, Direction générale de l'aménagement, *Dispositif de majoration des droits à construire de 30%*, note administrative, mai 2012, p. 15

d'une majoration, alors que le mécanisme de majoration lui-même pose déjà un certain nombre d'interrogations auxquelles la partie réglementaire du code n'a pas encore apporté de réponse.

Par ailleurs, dans la version initiale de l'ancien article L. 128-1 du Code de l'urbanisme, la possibilité d'avoir recours à la majoration était exclue dans les zones faisant l'objet d'un dispositif légal de protection pour des motifs esthétiques, patrimoniaux ou environnementaux. Pour se conformer au droit européen, la loi n° 2011-12 du 5 janvier 2011, portant diverses dispositions d'adaptation de la législation au droit de l'Union européenne, avait élargi le champ d'application de la majoration aux zones faisant l'objet d'un dispositif de protection, limitant toutefois celle-ci à 20% au lieu de 30%. Dans sa version en vigueur, ce dispositif de majoration spécifique aux zones faisant l'objet d'un dispositif de protection figure à l'article L. 151-29 du Code de l'urbanisme :

« Le dépassement prévu au 3° de l'article L. 151-28 ne peut excéder 20 % dans un secteur sauvegardé, dans une aire de mise en valeur de l'architecture et du patrimoine créée en application de l'article L. 642-1 du code du patrimoine, dans le périmètre de protection d'un immeuble classé ou inscrit au titre des monuments historiques défini par l'article L. 621-30-1 du même code, dans un site inscrit ou classé en application des articles L. 341-1 et L. 341-2 du code de l'environnement, à l'intérieur du cœur d'un parc national délimité en application de l'article L. 331-2 du même code, ni aux travaux portant sur un immeuble classé ou inscrit au titre des monuments historiques ou adossé à un immeuble classé, ou sur un immeuble protégé en application de l'article L. 151-19. »

Et pour conclure sur ce point précis, nous citerons de nouveau le Professeur Périnet-Marquet, qui insiste dans le même article sur la nécessité pour les collectivités d'avoir recours à ce dispositif avec précaution :

« Si les collectivités territoriales n'y prennent pas garde, et si elles autorisent trop librement l'utilisation de l'article L. 128-1, la physionomie urbaine de bien des villes, y compris dans des secteurs de protection des monuments historiques et des sites pourrait se trouver bouleversée. Or, en matière d'urbanisme, les erreurs sont quasi irrémédiables au moins à court ou moyen terme. (...) L'application de la norme standard de construction ne doit pas pouvoir donner lieu au droit de déroger aux règles d'urbanisme. »

Il plaidait ainsi, déjà en 2011, pour qu'une telle possibilité de bonification soit accordée à titre relativement exceptionnel, pour les constructions à très haute performance énergétique. La réforme de 2015 n'est pourtant pas allée en ce sens. Au contraire, elle a élargi encore davantage le champ d'application de la majoration.

...

Conclusion de la partie I

(68.) La quantification des droits à bâtir de chaque propriété foncière constructible s'effectue en principe par application d'un certain nombre de règles d'urbanisme définies par le PLU ou par le document d'urbanisme qui en tient lieu.

Les règles de densité, exprimées jadis très souvent par un coefficient d'occupation des sols, n'existent désormais plus qu'à travers le coefficient d'emprise au sol, sachant qu'une règle d'emprise au sol ne s'exprime pas forcément en termes de coefficient ou de pourcentage et que sa définition n'est même pas obligatoire. Et même si la règle d'emprise au sol s'exprime en pourcentage, il ne s'agit que d'une règle de densité surfacique. Seules les règles de hauteur et de gabarit peuvent venir limiter la densité dans sa verticalité.

Or, si la hauteur fait généralement l'objet de l'édiction de règles spécifiques, le gabarit est en fait le prolongement tridimensionnel des règles d'implantation. Les dispositions du RNU sont d'ailleurs sans équivoque sur cette question. Il ne peut donc y avoir de règles de gabarit édictées de manière autonome. La notion de gabarit semble d'ailleurs susciter une certaine confusion, due sans doute à l'absence de définition légale ou réglementaire. Il est nécessaire à notre avis de bien distinguer la notion de gabarit de celle d'enveloppe. Le gabarit doit être entendu à notre avis comme la ligne brisée qui vient entailler obliquement la construction à partir d'une certaine élévation, en fonction des règles d'implantation. Cette la ligne brisée ainsi formée par application de la règle de gabarit, ne peut nullement être concernée par un dispositif de majoration ou de dérogation. L'enveloppe, parfois appelée maladroitement « gabarit-enveloppe » désigne pour sa part l'ensemble des lignes dans lequel doit s'inscrire la construction. L'enveloppe résulte directement de la combinaison des règles d'emprise et de hauteur, éventuellement limitée par celles d'implantation et de gabarit.

Les règles d'implantation, desquelles découlent celles de gabarit, n'ont pas pour objet de définir la densité constructible, mais peuvent avoir pour effet de la limiter. Il s'agit d'ailleurs historiquement de règles hygiénistes, conçues pour l'aération et l'ensoleillement des constructions, garantes par ailleurs de relations de bon voisinage. C'est à ce titre que les propriétaires de deux fonds contiguës peuvent d'ailleurs convenir, par servitude de cours communes, de s'en affranchir, et de définir une autre règle de distance à la place.

Ces règles d'urbanisme qui quantifient la densité constructible des terrains et forment la morphologie de nos villes, font l'objet de critiques depuis de nombreuses années. On leur reproche d'être un frein à toute créativité architecturale, un obstacle à la mixité sociale, un instrument à l'origine de l'étalement urbain, et de limiter la création de logements. Et même quand l'intention politique à l'origine de la fixation des règles est supposée être vertueuse, elles en traduiraient maladroitement les intentions.

Pour répondre à tous ces maux qui ont pourtant sans doute des causes très diverses, le législateur a opté pour la densification à tout crin, sans contextualisation. Il faut densifier les villes, les banlieues, les villages. Sauf qu'il ne s'agit pas de la solution la plus facile d'un point de vue économique et sociologique. On pourra également relever que les décideurs publics qui plaident en faveur de la densification sont les mêmes qui font l'éloge de la biodiversité en ville, et qui insisteront sur la nécessité de ne pas imperméabiliser les sols naturels. De nombreuses communes n'ont d'ailleurs

pas à leur tête des « maires bâtisseurs », et leurs habitants restent attachés au maintien de leur cadre de vie.

Si les PLU font de la résistance, qu'à cela ne tienne ! Il suffit de rendre inopposables les règles de COS et de superficie minimale de terrains constructibles pourtant légalement fixées. Les auteurs de PLU doivent désormais composer avec un panel incomplet de règles pour traduire en normes le parti d'urbanisme exprimé. Il faut dire que depuis les premiers POS, les règlements d'urbanisme n'ont que très peu évolué. En extrapolant, il suffit de remplir avec un ou deux chiffres les cases correspondantes à une dizaine de thématiques fixées par le Code de l'urbanisme (les articles 5 à 14 des règlements). Les rapports de présentation varient d'un PLU à l'autre, des orientations d'aménagement et de programmation ambitieuses peuvent être édictées, le règlement reste invariablement cette grille de 10 thématiques pour lesquelles sont fixées une série de règles quantitatives.

La dernière réforme de la partie réglementaire du Code de l'urbanisme était donc apparue comme souhaitable, pour ne pas dire nécessaire. En effet, les règles d'urbanisme devront désormais appartenir à des corpus différents. Une distinction est ainsi établie entre les règles quantitatives et les règles qualitatives. Parmi le corpus des règles quantitatives – celles qui nous intéressent – et que le Code de l'urbanisme désigne maintenant par « volumétrie et implantation des constructions », un article unique dispose que le règlement « peut notamment » comporter des règles d'emprise et de hauteur maximales et minimales, s'exprimant par rapport aux voies et emprises publiques, aux limites du terrain, entre constructions sur un même terrain, ainsi qu'en fonction des objectifs de continuité visuelle, urbaine et paysagère attendus. Le Professeur Soler-Couteaux y voit « *la fin de l'impérialisme du règlement* » et considère que « *L'apport essentiel de la réforme est toutefois de favoriser une écriture plus diversifiée de la règle.* »¹³⁹.

En quelques lignes, et sans nomenclature détaillée, le Code de l'urbanisme donne le contenu réglementaire avec lequel les rédacteurs de PLU devront exprimer une densité constructible, et plus généralement une morphologie urbaine. Certainement qu'ils seront nombreux à garder les anciennes habitudes, mais nul doute que certains essaieront d'innover par la définition de règles innovantes. La latitude que donne le Code de l'urbanisme peut même laisser à penser que les juristes et les architectes sauront subtilement réintroduire, par des formulations alambiquées, des règles de COS et de superficies minimales qui ne diraient pas leur nom. Aux praticiens désormais d'inventer de nouveaux outils de réglementation. Nous sommes en revanche réservés sur la possibilité nouvellement introduite d'édicter des règles alternatives qui pourront s'appliquer selon la nature de l'autorisation d'urbanisme qui est demandée, et que nous développerons dans la partie suivante. Dans son rapport précité sur la règle d'urbanisme, le GRIDAUH formule une proposition tout à fait intéressante à cet égard, aux termes de laquelle la « *règle, qui pourrait alors être très précise, serait cependant indicative : elle déterminerait a priori ce qui est souhaitable, tout en admettant dès l'origine qu'il puisse parfois être nécessaire de s'en écarter dans l'intérêt dûment justifié d'un bon urbanisme* »¹⁴⁰.

En parallèle, on a pu assister dès le début des années 2010 à une récurrence de formules toutes faites sur la place de la règle face au projet, comme celle selon

¹³⁹ Pierre Soler-Couteaux, *Le décret du 28 décembre 2015 : une refondation du PLU*, RDI 2016.197

¹⁴⁰ *Op. cit.* GRIDAUH, *La règle locale d'urbanisme en question* : BJD 1/12, p. 12 et s.

laquelle « *la règle ne doit pas faire le projet, mais le projet doit faire la règle* ». C'est ainsi que l'urbanisme de projet est devenu l'objectif ultime qui mettrait fin à tous les problèmes, sans que l'on sache d'ailleurs très bien de quel projet il s'agit. Si l'on parle du projet urbain au sens du parti d'urbanisme exprimé dans le rapport de présentation du PLU ainsi que ses orientations d'aménagement et de programmation, le règlement leur est soumis par un rapport de compatibilité. C'est donc le projet, au sens de « l'intention », qui fait la règle. Si l'on parle en revanche du projet urbain au sens d'une opération d'envergure, et que l'on reproche à la règle d'être excessivement rigide en ne permettant pas de faire ce que l'opérateur souhaite réaliser, il s'agit là d'une toute autre question. Dans ce cas, si le projet de l'opérateur est fondé au regard du parti d'urbanisme exprimé par les rédacteurs du PLU, la règle doit simplement pouvoir être adaptable facilement. Ce n'est donc pas au projet de faire la règle, mais celle-ci doit faire preuve d'une malléabilité suffisante pour qu'elle ne constitue pas un obstacle systématique. A défaut, la règle peut priver l'autorité compétente pour délivrer les permis de construire de toute marge d'appréciation. L'application d'une règle rigide est mécanique. C'est ainsi que la solution de facilité est de s'affranchir de la règle, en ayant recours à la dérogation ou bien en édictant des règles d'exception. Mais en tout état de cause, cette tendance croissante d'avoir recours à la dérogation ou à l'exception qui englobe les dispositifs de majoration, est symptomatique de la perte de crédibilité, aux yeux du législateur, des règlements d'urbanisme. Le Professeur Carpentier fait d'ailleurs le lien entre l'urbanisme de projet et le décret du 28 décembre 2015 en parlant d'une véritable déréglementation, dont la suppression de l'obligation de fixer des règles d'implantation serait le révélateur. Mais si cette réforme est selon elle propice à l'urbanisme de projet, elle ne remet pas en cause l'unilatéralisme du droit de l'urbanisme « *qui demeure – on l'oublie parfois – une police administrative spéciale, en tant qu'elle est rétive à la contractualisation* »¹⁴¹.

Il peut être intéressant, dès lors, d'observer des modèles étrangers pour constater si la défiance exprimée vis-à-vis de la règle est une spécificité française. Les Britanniques sont connus pour leur pragmatisme, et leur droit de l'urbanisme n'y fait pas exception puisque celui-ci permet qu'une opération puisse se soustraire aux lignes définies par le plan : celles-ci s'appliquent pour autant que des « circonstances pertinentes » ne justifient pas de s'en écarter. En Belgique, le « code du développement territorial », adopté en 2014 s'attache à assouplir l'application des règles en ouvrant, la possibilité d'y déroger sous certaines conditions. Le droit français de l'urbanisme n'est donc pas le seul dans ce jeu d'équilibriste entre la norme définie et la possibilité de s'en affranchir. Ce ne serait finalement qu'une question de curseur.

Le droit libanais, dont la législation est, malgré la distance géographique, directement inspirée du droit français, constitue un exemple intéressant à cet égard. Le régime des dérogations y est expressément prévu par les textes, ce qui en fait des règles d'exception. D'abord, s'agissant des adaptations mineures, il ne revient pas au juge de les apprécier au cas par cas puisque c'est un décret qui fixe expressément les seuils de tolérance, en rendant le pétitionnaire redevable d'une taxe majorée au titre de la régularisation. Plus l'infraction est importante, plus la somme à payer est élevée. Par exemple, un dépassement de moins de 5 cm de la hauteur autorisée est toléré gracieusement. Lorsque ce dépassement est compris entre 5 et 10 cm, une majoration des taxes d'urbanisme est applicable. Entre 10 et 15 cm, le taux de cette majoration augmente, et au-delà, le dépassement n'est plus toléré. Une taxation progressive est

¹⁴¹ *Op. cit.* Elise Carpentier, « *Le règlement du PLU 'alourdi'* », BJDU n° 3/16, p. 183

également prévue pour le dépassement de la densité, celle-ci étant limitée à 5%. La loi libanaise prévoit également un dispositif appelé « procédure des grands ensembles », qui permet de déroger à l'application de toutes les règles, en contrepartie de quoi le pétitionnaire ne peut consommer que 90% de la densité totale résultant de l'application de la règle équivalente au COS. Dans ce cas, un plan-masse du projet doit être préalablement approuvé par une instance supérieure. Enfin, toute demande de dérogation spéciale motivée par une des conditions listées dans la loi doit être présentée à cette même instance supérieure pour avis conforme, préalablement à la délivrance du permis de construire.

Nous citerons, pour conclure ce point, une contribution du Professeur Lebreton dans le cadre d'une publication réalisée sur le thème de la règle d'urbanisme :

« L'admission des dérogations comporte toutefois des limites. Celles-ci peuvent tenir à l'objet de la règle affectée : la dérogation doit être exclue lorsqu'un intérêt public essentiel est en cause : il en est ainsi de la sécurité pour les terrains exposés à des risques et de la protection du patrimoine ou des espaces naturels. Les limites tiennent à ce que la dérogation doit reposer sur une considération d'urbanisme à mettre en balance avec les objectifs de la règle ; la considération d'urbanisme doit faire obstacle à l'admission de dérogation pour des raisons de complaisance, pour le seul avantage de l'opérateur. A cette fin, il importe d'entourer la procédure de délivrance d'une autorisation d'opération dérogatoire par de solides garanties et un effort de transparence. La qualité de la procédure, qui apporte la confiance aux citoyens et aux opérateurs de construction, est une dimension du droit de l'urbanisme qui doit être indissociable de la règle. »¹⁴²

L'application flexible des règles, via des mécanismes d'exception ou de dérogation, n'est toutefois pas l'apanage exclusif du législateur, des rédacteurs de PLU ou bien de l'autorité compétente pour délivrer les permis de construire. Nous allons constater en effet tout au long de la partie suivante que les opérateurs eux-mêmes, par le jeu de la délimitation de l'assiette foncière de leurs demandes de permis de construire ou d'aménager, et au moyen de mécanismes spécialement adaptés à certains types d'opérations (permis de construire valant division, lotissement, ZAC, etc.), peuvent bénéficier d'une application différenciée des règles d'urbanisme.

¹⁴² Jean-Pierre Lebreton, *Conclusion*, In Sébastien Lamy, *La règle d'urbanisme*, éditions de l'Alba, Beyrouth, 2015, p. 150

Partie 2 – Le cadre d’application de la constructibilité

(69.) Nous avons pu affirmer que par principe, le droit de construire était attaché à la propriété foncière mais que sa quantification était déterminée par les règles d’urbanisme. Pourtant, la définition de la densité constructible ne résulte pas toujours simplement de l’application mécanique de règles sur un fonds. Deux leviers sont en effet susceptibles de permettre une application modulable des règles d’urbanisme définissant la densité constructible : la délimitation du terrain d’assiette de l’opération de construction ou d’aménagement préalable à des projets de construction d’une part, et l’application différenciée des règles d’urbanisme sur ce terrain d’assiette d’autre part.

Il est en effet admis depuis les origines du droit de l’urbanisme qu’un lotissement puisse faire l’objet d’une répartition différenciée de la densité constructible entre les lots. C’est ce que l’on peut appeler le report de constructibilité, dont bénéficient également les opérations de ZAC. De même, les principales procédures d’aménagement permettent que des règles spéciales soient édictées en complément de celles prévues dans le document d’urbanisme. C’est ce que l’on appelle le règlement en matière de lotissement, ou les prescriptions en matière de remembrement opéré par une AFU ou d’aménagement réalisé dans le cadre d’une ZAC.

Toutefois, en dehors du périmètre de telles opérations, le principe a longtemps été que les règles d’urbanisme s’appliquaient au terrain d’assiette correspondant à une propriété foncière, autrement dit un fonds. Mais à partir des années 1990, la jurisprudence a ouvert des brèches dans ce principe, en admettant qu’une demande de permis de construire puisse porter sur plusieurs terrains contigus appartenant à des personnes différentes.

Ces prises de positions du juge ont tenu compte des évolutions de la pratique, et poussèrent le législateur à adopter une profonde réforme de l’application du droit des sols, menée en deux temps. Il y a d’abord eu l’ordonnance n°2005-1527 du 8 décembre 2005 relative au permis de construire et aux autorisations d’urbanisme, et le décret n° 2007-18 du 5 janvier 2007 pris pour son application, l’ensemble étant entré en vigueur au 1^{er} octobre 2007. Il y eut ensuite l’ordonnance n°2011-1916 du 22 décembre 2011 relative à certaines corrections apportées au régime des autorisations d’urbanisme, et son décret d’application n° 2012-274 du 28 février 2012, l’ensemble étant entré en vigueur au 1^{er} mars 2012.

Cette réforme avait certes d’abord pour objet d’apporter davantage de sécurité juridique et de simplifier les démarches et procédures. Mais de manière assumée, les évolutions apportées par cette réforme ont permis des gains de constructibilité pour les demandeurs d’autorisation d’urbanisme. La délimitation plus libre du terrain d’assiette des demandes de permis de construire et d’aménager, ainsi que la possibilité désormais de déposer des demandes conjointes contribuent sans aucun doute à la densification. A règles d’urbanisme identiques, le nouveau régime d’application du droit des sols est supposé permettre des gains de constructibilité.

La réforme du mode de calcul des surfaces pour l’instruction des demandes d’autorisation d’urbanisme, par l’ordonnance n° 2011-1539 du 16 novembre 2011 et son décret d’application n° 2011-2054 du 29 décembre 2011, entrée également en

vigueur au 1^{er} mars 2012, participe de la même démarche. En effet, l'introduction de la surface de plancher dans le Code de l'urbanisme avait pour objet de supprimer le régime antérieur de la SHOB (Surface Hors Œuvre Brute) et de la SHON (Surface Hors Œuvre Nette), perçu comme étant inutilement complexe. Dans son élan de simplification du droit, le pouvoir réglementaire en avait profité pour favoriser la densification des territoires. Avec le jeu des déductions d'un certain nombre d'éléments de la construction, l'adoption de la surface de plancher a eu pour effet de permettre une légère majoration de la densité constructible, sans qu'il ne soit apporté le moindre changement dans les règlements des documents d'urbanisme.

Le droit de propriété demeure toujours le générateur du droit de construire. Mais la réforme de 2007 a introduit une prise de distance avec la notion de propriété foncière ou de fonds, pour consacrer la notion d'« unité foncière ». Le droit des sols ne s'applique désormais plus aux propriétés *stricto sensu*, mais aux unités foncières comme fraction du sol sur lequel il est admis de demander une autorisation d'urbanisme. Des auteurs ont pu définir cette notion ainsi :

*« L'unité foncière est une poche de constructibilité sur laquelle le droit de l'urbanisme exerce une mesure et un contrôle. Le droit de construire est le droit de consommer cette constructibilité. »*¹⁴³

Les termes « terrain d'assiette » sont quant à eux utilisés, non pas pour désigner le terrain au sens cadastral, objet d'un droit de propriété, mais pour désigner un périmètre défini sur lequel sont appréciées les règles d'urbanisme, et en particulier celles définissant la densité constructible, dans le cadre de l'instruction d'une demande d'autorisation d'urbanisme. Le terrain d'assiette d'une opération n'est pas nécessairement l'unité foncière. Il peut être constituée en effet de plusieurs unités foncières, et même, s'agissant des autorisations d'aménager en vue de construire, d'une fraction d'unité foncière.

Ainsi peut-on considérer que les réformes de l'urbanisme réglementaire depuis une quinzaine d'années, et celle de l'application du droit des sols depuis une dizaine d'années, constituent en fait les deux faces d'une même pièce : encourager la densification que ce soit par le biais des documents d'urbanisme, ou par celui des autorisations d'urbanisme. Car s'il est une chose que doit être mise en exergue, c'est que la définition par l'administration de la constructibilité est la rencontre de règles d'urbanisme avec le terrain d'assiette d'une opération de construction.

Dans son élan de refonte du régime du droit des sols, le pouvoir réglementaire a également introduit un mécanisme d'application assouplie des règles d'urbanisme, venant s'ajouter au mécanisme de report de constructibilité et aux règles et prescriptions spéciales édictées en complément des règles d'urbanisme dans les principales procédures d'aménagement. C'est ce que l'on peut appeler l'appréciation globalisée des règles d'urbanisme, dont peuvent bénéficier les lotissements et les opérations réalisées au titre d'un permis de construire valant division. Si l'intention de favoriser un urbanisme d'ilot au détriment d'un urbanisme de parcelle est louable sur le principe, nous verrons que ces différents modes d'application différenciée des règles d'urbanisme ne sont pas sans poser des difficultés en pratique.

¹⁴³ *Op. cit.* Mas, Jean-Paul, Calmels, Louis, *Unité foncière, droit de construire et démembrement de propriété*, Construction - Urbanisme n° 6, Juin 2007, étude 12

Chapitre 1 – Le terrain d’assiette des projets soumis à autorisation d’urbanisme

(70.) Pour bien comprendre l’évolution de notre droit quant à la définition du terrain d’assiette pour l’appréciation de la densité constructible, il convient de se projeter d’abord dans l’ancien régime de l’application du droit des sols, avant d’analyser le régime applicable depuis la réforme entrée en vigueur en 2007, et corrigé par la réforme de 2012.

Régime applicable antérieurement à la réforme de 2007.

(71.) Un auteur a publié, en 1998, une étude remarquable qui permet de retracer l’historique de la notion d’unité foncière¹⁴⁴. Il relève qu’à l’époque, elle est d’application courante chez les praticiens mais ignorée par le Code de l’urbanisme. Il relève à très juste titre que la réglementation de l’urbanisme repose sur une délimitation des sols en zones, îlots ou périmètres à l’intérieur desquels s’applique une réglementation spécifique qui en justifie l’existence, alors qu’un autre maillage du territoire lui préexiste : les limites de propriété. Dès lors, deux logiques s’affrontent selon lui. D’abord, aucune disposition ne vient lier le document graphique du POS avec la réalité des limites de propriété, ce que confirme une jurisprudence selon laquelle un POS n’est pas illégal du seul fait qu’il méconnaît les limites de propriétés existantes¹⁴⁵. Ensuite, le propriétaire applique à son terrain les règles d’urbanisme dont la plupart concernent directement la contenance cadastrale de la propriété : les prospects, l’emprise, etc. C’est l’unité foncière, qui est pour lui une notion ambiguë.

La première définition officielle qui a été donnée à l’unité foncière est en fait extérieure au droit de l’urbanisme. C’est en effet l’article 4 du décret n° 55-471 du 30 avril 1955 relatif à la rénovation et à la conservation du cadastre qui définit cette notion comme « *L’îlot de propriété (...) constitué par l’ensemble des parcelles contiguës appartenant à un même propriétaire ou à une même indivision dans un même lieudit et formant une unité foncière indépendante selon l’agencement donné à la propriété* ». L’auteur de l’étude précitée évoque une « *notion agglutinante : au fur et à mesure d’achats successifs de parcelles par un propriétaire, celles-ci s’incorporent aux parcelles déjà acquises qui lui sont contiguës pour ne former qu’une seule et même unité foncière* ». Dans sa rédaction antérieure à l’entrée en vigueur de la réforme de 2007, le Code de l’urbanisme ne mentionne pas une seule fois cette notion, et se réfère plus volontiers, toujours selon cet auteur, au terme de « terrain », et de manière plus marginale à la « propriété foncière », à la « parcelle », ou encore à « l’immeuble ».

A l’époque, le juge se réfère lui aussi au terme de « terrain » pour désigner ce que l’on appellerait aujourd’hui l’« unité foncière ». Il a par exemple jugé que le terrain d’assiette d’une opération ne pouvait consister en deux terrains séparés par une voie privée appartenant à un tiers¹⁴⁶, mais que si celle-ci appartient au propriétaire des terrains qui la bordent, l’ensemble peut constituer l’assiette foncière d’une même

¹⁴⁴ Jacques-Henri Driard, « *Unité foncière et détermination des droits à bâtir* », La semaine juridique notariale et immobilière n° 41, 9 oct. 1998, p. 1450

¹⁴⁵ CE, 22 avril 1992, SA HLM de la ville de Laval, n° 91436

¹⁴⁶ CE, 14 décembre 1984, Mme Dho, n° 46301

opération¹⁴⁷. Il a même été rendu une jurisprudence selon laquelle plusieurs parcelles, appartenant à un seul propriétaire, séparées par des voies publiques mais reliées entre elles par des ponts surplombant ces voies et vestiges d'un ancien funiculaire, ne pouvaient constituer le terrain d'assiette d'une même opération. Dans cette affaire, le juge n'emploie toujours pas les termes d'unité foncière, lui substituant la formulation de « *surface du terrain d'un seul tenant sur lequel devait être édifié la construction en cause* »¹⁴⁸.

Ce n'est qu'en 2005 qu'un arrêt du Conseil d'Etat, dit *Commune de Chambéry*, a pu être amenée à non seulement employer les termes d'unité foncière, mais aussi à définir cette notion comme « *l'îlot de propriété d'un seul tenant composé d'une parcelle ou d'un ensemble de parcelles appartenant à un même propriétaire ou à la même indivision* »¹⁴⁹. On retrouve ainsi la notion d'« îlot de propriété » mentionnée dans la définition qui lui avait été donnée dans le décret du 30 avril 1955, mais aussi l'idée « *d'un seul tenant* », déjà évoquée dans la jurisprudence précitée notamment, comme pour mieux signifier que les terrains formant l'unité foncière doivent bien être contigus.

Alors que la notion d'unité foncière n'avait pas encore été introduite dans le Code de l'urbanisme, mais que la jurisprudence avait entrepris de l'affiner, il demeurait constant que le terrain d'assiette de tout projet s'entendait comme la propriété du demandeur de permis. L'ancien article R.421-1-1 du Code de l'urbanisme se bornait en effet à disposer que :

« *La demande de permis de construire est présentée soit par le propriétaire du terrain ou son mandataire, soit par une personne justifiant d'un titre l'habilitant à construire sur le terrain (...).* »

Les références à la qualité de propriétaire et à la notion de terrain sont mises au singulier. En l'absence de définition légale ou réglementaire, une circulaire du 3 août 1978 relative au champ d'application de la réglementation du lotissement et des divisions de propriété avait posé le principe que la propriété foncière devait s'analyser comme un « *îlot de propriété d'un seul tenant* »¹⁵⁰, formulation que l'arrêt *Commune de Chambéry* reprendra mot pour mot.

Cela dit, la question de savoir ce qu'il convenait d'entendre par « un même propriétaire » avait pu faire antérieurement l'objet d'une abondante jurisprudence, jusqu'à ce qu'un arrêt du Conseil d'Etat en 1999, dit *SA HLM le nouveau logis Centre Limousin*, admette que les dispositions de l'article R. 421-1-1 à l'époque en vigueur « *ne font pas obstacle à ce que les propriétaires de terrains distincts mais contigus présentent conjointement une demande de permis en vue de la construction sur les terrains considérés, d'un ou plusieurs bâtiments présentant une unité d'ensemble* »¹⁵¹. Bien que non prévue par les textes, la cotitularité d'un permis de construire unique sur plusieurs parcelles contiguës fut reconnue par le Conseil d'Etat. Cette brèche ouverte à la fin des années 1990 dans l'instruction des demandes de permis de construire avait quelque peu bouleversé l'application du droit des sols en y introduisant pour la première fois, de manière encore assez limitée, des éléments de souplesse.

¹⁴⁷ CE, 18 novembre 1988, M. et Mme Maurin, n° 81673

¹⁴⁸ CAA Lyon, 26 septembre 1995, Commune de Cannes, n° 94LY01695

¹⁴⁹ CE, 27 juin 2005, Commune de Chambéry, n° 264667, BJD, n° 4, 2005, p. 298, concl. Stahl

¹⁵⁰ Circulaire n°78-42 bis du 3 août 1978, BOMELT

¹⁵¹ CE, 28 juillet 1999, SA HLM le nouveau logis Centre Limousin, n° 182167, BJD, 1999, p. 314

Régime applicable depuis la réforme de 2007.

(72.) La réforme entrée en vigueur au 1^{er} octobre 2007 a ainsi eu pour effet d'abroger l'article R.421-1-1 pour le remplacer par l'article R. 423-1 cité dans notre propos introductif, et qui dispose que :

« Les demandes de permis de construire (...) sont adressées (...) ou déposées (...) » :

a) Soit par le ou les propriétaires du ou des terrains, leur mandataire ou par une personne attestant être autorisées par eux à exécuter les travaux ; (...). ».

Il est désormais explicitement prévu par la partie réglementaire du Code qu'une seule demande de permis peut porter sur un ou plusieurs terrains appartenant à un ou plusieurs propriétaires. Le terme d'unité foncière telle qu'il fut défini par la jurisprudence *Commune de Chambéry* de 2005 ne figure toutefois toujours pas dans le code s'agissant spécifiquement du permis de construire mais on en retrouve les composantes matérielles. Par ailleurs, l'une des lignes directrices de la réforme de 2007 était de faire reposer le droit des sols sur un principe de sincérité et de bonne foi du pétitionnaire. Fut ainsi supprimée l'obligation pour les services instructeurs de vérifier la qualité du ou des demandeurs, ce qui eut pour effet de supprimer l'abondant contentieux qui existait jusqu'alors sur ces questions. Mais ce que l'on peut retenir ici de plus important est qu'en donnant la possibilité d'adjoindre plusieurs unités foncières appartenant à des propriétaires différents dans le terrain d'assiette d'une seule et même demande d'autorisation, l'application du droit des sols s'en est trouvée assouplie.

La possibilité d'une assiette multi-parcellaire vaut pour toutes les autorisations d'urbanisme, dont la nomenclature a été simplifiée. Outre le permis de démolir qui constitue un cas particulier sur lequel nous ne nous pencherons guère, le Code de l'urbanisme ne comporte désormais que le permis de construire et le permis d'aménager, les deux faisant l'objet d'un certain nombre de dispositions communes. Un régime déclaratif commun a également été prévu s'agissant des opérations de construction ou d'aménagement de faible envergure.

S'agissant de la reconnaissance officielle de l'assiette multi-parcellaire, le Professeur Périnet-Marquet avait pu relever que si « le législateur a consacré le principe de la possibilité d'obtenir une autorisation à plusieurs, (il) est resté d'une discrétion minimaliste sur son régime »¹⁵². Mais selon le Professeur Soler-Couteaux, « *le permis conjoint permet non seulement la fusion des droits attachés à chacune des unités foncières qui le composent, mais, à notre sens, également l'application de l'ensemble des règles d'urbanisme audit terrain d'assiette* »¹⁵³. Toutefois, le législateur n'avait sans doute pas évalué à sa juste mesure la portée que pouvait avoir l'assiette multi-parcellaire d'une demande de permis de construire ou d'aménager. Pour le permis de construire, cela allait conduire naturellement au renforcement de la pratique des « assemblages d'opportunité », consistant à joindre plusieurs parcelles contiguës dans

¹⁵² Hugues Périnet-Marquet, « *Les autorisations de construire ou d'aménager délivrées à plusieurs personnes, première approche* », *Constr. – Urb.* n° 6, 2008, étude 6, comm. 23

¹⁵³ Pierre Soler-Couteaux, « *La possibilité de demander des autorisations d'urbanisme à plusieurs* », *RDI* 2009, p. 23

l'unique but de majorer la densité constructible d'une seule d'entre elles, tout en permettant aux autres parcelles de conserver les droits à bâtir qui leurs sont attachées individuellement. Pour le permis d'aménager, cela allait donner lieu à d'autres difficultés, comme celle du remembrement déguisé que constitue le colotissement.

Section 1 – L'assiette des autorisations d'urbanisme de droit commun

(73.) L'harmonisation des caractéristiques des permis de construire et d'aménager introduite par la réforme de 2007 n'est pas complète. En effet, le critère de contiguïté des unités foncières est expressément prévu s'agissant du permis d'aménager, alors que les textes sont muets sur ce point s'agissant du permis de construire. De même le principe d'intégrité du terrain d'assiette n'est pas la même. Pour le permis de construire, il est constant qu'une demande ne peut être déposée sur une partie d'unité foncière, alors que pour le permis d'aménager, le terrain d'assiette partiel est expressément prévu, posant là aussi d'importantes difficultés liées à l'intégration ou non du reliquat bâti ou non dans le périmètre du lotissement. Nous allons donc évoquer successivement les deux types de permis.

§ 1 – L'assiette du permis de construire

(74.) Que le terrain d'assiette d'un projet faisant l'objet d'une demande de permis de construire comporte une ou plusieurs unités foncières ne change rien à un principe constant qui ne peut souffrir d'aucune exception, rappelée avec vigueur par les notaires de la façon suivante :

« Il n'est pas possible d'obtenir un permis de construire n'ayant pour assiette qu'une partie de l'unité foncière. Dans le cas inverse, on aboutirait à une parcellisation des autorisations sans qu'aucun contrôle ne soit possible »¹⁵⁴.

Le terrain d'assiette doit porter sur toute l'unité foncière, mais pas rien que sur l'unité foncière. En cas de pluralité de terrains constituant l'assiette foncière d'un permis, ce terrain d'assiette doit porter sur l'intégralité de toutes les unités foncières.

Ce principe peut toutefois être contrariée dans un certain nombre de cas particuliers. L'auteur que nous avons cité ci-dessus a pu objecter que la notion d'unité foncière n'était pas nécessairement adaptée au système du zonage¹⁵⁵. En effet, il se peut qu'une même unité foncière chevauche deux zones ou plus pour chacune desquelles les règles diffèrent. Il se peut même que la même unité foncière soit à cheval sur une zone constructible et une autre qui ne l'est pas. Dans ces conditions, l'unité foncière ne saurait être cette « *poche de constructibilité sur laquelle le droit de l'urbanisme exerce une mesure et un contrôle* », mais plutôt une fraction du sol sur laquelle des droits à bâtir s'appliquent différemment ou partiellement. Il considère également que la notion d'unité foncière n'est pas toujours pertinente pour le calcul des droits à bâtir, même dans le cas où celle-ci est intégralement située dans la même zone de réglementation. Et de citer l'exemple du terrain sur lequel a partiellement été délimité

¹⁵⁴ Actes du 103e congrès des notaires de France, sept. 2007, Division de l'immeuble, n° 1073

¹⁵⁵ *Op. Cit.* Driard, Jacques-Henri, *Unité foncière et détermination des droits à bâtir*, La semaine juridique notariale et immobilière n° 41, 9 oct. 1998, p. 1450

un emplacement réservé, ou bien encore le cas où « *le Conseil d'État ne tient pas compte de la surface de la partie du terrain "affectée à perpétuité" à usage de circulation¹⁵⁶ ou à usage d'aire de jeu¹⁵⁷* ».

Quoiqu'il en soit, deux situations peuvent se présenter s'agissant de la détermination du terrain d'assiette pour l'appréciation des règles d'urbanisme :

- La demande porte sur un terrain :

Si le terrain appartient à un seul propriétaire, il n'est point de difficulté particulière. Si ce terrain appartient en revanche à plusieurs propriétaires, il faut distinguer les situations dans lesquelles ces différents propriétaires constituent une personne morale ou non.

Dans l'affirmative, c'est la personne morale qui doit être considérée comme le propriétaire ayant par conséquent la qualité à déposer une demande. Il peut s'agir de différents propriétaires qui décident de constituer une société civile ou commerciale dans le cadre d'une opération immobilière, ou bien encore d'un syndicat des copropriétaires si la division de l'immeuble bâti si le terrain est soumis au statut défini par l'article 1^{er} de la loi du 10 juillet 1965. L'hypothèse d'une personne morale est alors celle d'un terrain appartenant à un propriétaire au regard de l'application du droit des sols.

Si les différents propriétaires du terrain ne constituent pas une personne morale, alors il s'agit soit d'une indivision, soit d'un ensemble immobilier divisé en volumes. Dans le cas de l'indivision, le b) de l'article R. 423-1 du Code de l'urbanisme donne la solution : la demande de permis peut être effectuée « *par un ou plusieurs co-indivisaires ou leur mandataire* ». Mais du point de vue de l'appréciation des règles, il n'y a pas en principe de difficulté. Dans le cas d'une division en volumes, le code de l'urbanisme ne donne pas de solution mais la jurisprudence a eu à se prononcer sur la question du terrain d'assiette de l'opération.

- La demande porte sur plusieurs terrains :

Ce cas de figure ne pose pas de difficulté dans son principe car il est explicitement prévu par les textes. Toutefois, des cas de figure originaux ont pu donner lieu à des controverses, que l'on peut résumer en deux questions :

1 - Est-ce que le terrain d'assiette d'un permis peut comporter des terrains non-contigus ?

2 – Est-ce que le projet de construction peut ne porter que sur un seul terrain alors que le terrain d'assiette du permis comporte plusieurs terrains ?

Enfin, la circonstance selon laquelle les différents terrains appartiennent à un seul ou plusieurs propriétaires aura des conséquences sur la nature même du permis de construire. Dans le cas de plusieurs pétitionnaires du permis de construire, on parle alors de cotitularité, laquelle ne pose pas de difficultés en soi au regard de notre problématique. Mais c'est dans l'hypothèse d'une divisibilité matérielle de l'opération que cette cotitularité pourra présenter des interrogations auxquelles nous nous attacherons à apporter des éléments de réponse dans la section suivante.

¹⁵⁶ CE, 22 juin 1984, Comité de défense de Neuilly-Plaisance : Rec. CE, p. 777

¹⁵⁷ CE, 26 juin 1985, Syndicat des Copropriétaires de la résidence Trouz Ar Moor : Rec. CE, p. 806

Il est toutefois à noter que la cotitularité d'un permis de construire n'est pas systématique lorsque celui-ci porte sur plusieurs unités foncières appartenant à des propriétaires différents. Le propriétaire d'une unité foncière peut en effet très bien être autorisé par le propriétaire d'une autre unité foncière à déposer une demande de permis de construire dont le terrain d'assiette comprend l'ensemble des terrains. Dans ce cas, le permis de construire délivré peut n'avoir qu'un seul titulaire alors que la demande porte sur plusieurs unités foncières appartenant à différents propriétaires.

A – Le critère de contiguïté

(75.) A la question de savoir si le terrain d'assiette d'une opération soumise à permis de construire peut être constitué de terrains distincts et non-contigus, le Conseil d'Etat a explicitement répondu par la négative dans la jurisprudence précitée dite *SA HLM le nouveau logis Centre Limousin*, et n'est jamais revenu sur cette position :

« (...) que ces dispositions ne font pas obstacle à ce que les propriétaires de terrains distincts mais contigus présentent conjointement une demande de permis (...) »¹⁵⁸.

On pourra toujours opposer que cet arrêt fut rendu sous l'empire de l'ancien régime des autorisations d'urbanisme. Or, dans un arrêt du 14 décembre 2012, la Cour administrative d'appel de Douai a maintenu le critère de contiguïté des terrains constituant l'assiette foncière comme élément essentiel de la légalité d'un permis de construire.

« (...) en l'absence de contiguïté des parcelles servant de terrain d'assiette au projet, le maire de Villers-Saint-Paul a entaché d'illégalité son autorisation en délivrant un seul permis de construire pour l'ensemble du projet (...) »¹⁵⁹

Bien que cette jurisprudence récente ait été rendue sous l'empire du nouveau régime de l'application du droit des sols, et qu'elle concerne cette fois-ci, contrairement à l'arrêt *SA HLM le nouveau logis Centre Limousin*, le cas de figure de terrains distincts appartenant au même propriétaire. Rien ne semble indiquer toutefois que l'unicité ou la pluralité de propriétaires change la donne en matière d'obligation de contiguïté. Quoiqu'il en soit, Patrick Durand a pu émettre des réserves sur une telle prise de position du juge administratif. L'élément central de son argumentation repose sur la lettre de l'article R. 423-1 du Code de l'urbanisme qui se borne à n'évoquer que « *le ou les propriétaires du ou des terrains* » sans préciser si ces terrains doivent être contigus, alors que s'agissant du lotissement et du permis de construire valant division, les articles L. 442-1 et R. 431-24 mentionnent explicitement ce critère. Pour lui, l'absence de toute référence au terme de contiguïté à l'article R. 423-1 n'est pas anodine, mais traduit bien l'intention implicite du pouvoir réglementaire d'admettre qu'un permis de construire puisse être instruit et délivré sur des terrains non-contigus¹⁶⁰.

Nous ne pouvons que nous opposer à cet argument textuel. Tout simplement parce que l'article R. 423-1 du Code de l'urbanisme n'est pas spécifique au permis de

¹⁵⁸ *Op. cit.* CE, 28 juillet 1999, *SA HLM le nouveau logis Centre Limousin*, n° 182167, BJDU 1999, p. 314

¹⁵⁹ CAA. Douai, 14 décembre 2012, Oise Habitat, n° 11DA01028

¹⁶⁰ Patrick Durand, « *Un permis de construire portant sur deux unités foncières distinctes et non contiguës est-il nécessairement illégal de ce seul chef ?* », blog Jurisurba, 2013

construire « de droit commun » mais concerne comme il l'énonce lui-même « *les demandes de permis de construire, d'aménager ou de démolir et les déclarations préalables* », autrement dit toutes les autorisations d'urbanisme. Et c'est en vertu de dispositions spécifiques au lotissement (qui est soumis à permis d'aménager ou à déclaration préalable) ou au permis de construire valant division (qui est avant tout, comme son intitulé l'indique, un permis de construire), pris au gré d'ajustements législatifs et réglementaires successifs, que le critère de contiguïté fut explicitement inséré. Il s'est agi en l'occurrence de ce que l'on a trivialement nommé « la réforme de la réforme » en 2012, qui avait pour objet de corriger, s'agissant en particulier du régime des divisions foncières, les erreurs ou les imprécisions de la réforme de 2007. Ainsi, le critère de contiguïté fut inséré à l'article L. 442-1 du Code de l'urbanisme par l'ordonnance n° 2011-1916 du 22 décembre 2011 et à l'article R. 431-24 par le décret n° 2012-274 du 28 février 2012.

S'il était apparu nécessaire de préciser ce critère, c'était justement pour mettre fin à des débats stériles sur la nécessité ou non d'une contiguïté des terrains composant l'assiette foncière d'une opération de division. Il va de soi que la division d'un terrain implique que celui-ci soit initialement d'un seul tenant. En aucun cas il ne s'agissait de souligner le fait que le critère de contiguïté n'est pas indispensable pour le permis de construire de droit commun. Si le pouvoir réglementaire avait entendu revenir sur la position du Conseil d'Etat exprimée à travers la jurisprudence *SA HLM le nouveau logis Centre Limousin* lors de la réforme de 2007, il aurait explicitement exclu le critère de contiguïté dans le texte. Or, la formulation de l'article R. 423-1 du Code de l'urbanisme tel qu'il résulte de la réforme de 2007 ne laisse nullement entendre une quelconque volonté de revenir sur la jurisprudence établie.

Cependant, Patrick Durand avance un autre argument tenant cette fois-ci au fond. Peu importe selon lui que l'opération porte sur des terrains contigus ou non, l'important c'est le caractère indivisible du projet. S'il en est ainsi, alors certes ! Mais poussons le raisonnement un peu plus loin. La conception architecturale d'un projet présente un lien physique entre des éléments à bâtir sur deux terrains non-contigus, et il est difficilement envisageable que cela puisse s'effectuer sans le consentement du propriétaire du fonds séparant les différentes fractions de l'assiette foncière du permis de construire. Ce lien physique rendant indissociable le projet dans son ensemble pourra consister en un tréfonds ou un surplomb (un lien physique consistant en une emprise au sol du terrain exclu de l'assiette foncière est difficilement envisageable) pesant comme une servitude sur un fonds servant pris en tenaille. Or, du point de vue de l'application du droit des sols, il est difficilement concevable que des services instructeurs tiennent compte d'un document contractuel de droit privé, et *a fortiori* pour accepter qu'une construction soit en partie bâtie hors de l'assiette foncière du projet. Il est à souligner en outre que la solution d'une servitude est impossible si le fonds qui sépare les terrains est classé dans le domaine public. Une jurisprudence de la Cour administrative d'appel de Lyon de 1995 que nous avons évoqué précédemment avait d'ailleurs rejeté la possibilité que plusieurs parcelles, appartenant à un seul propriétaire, séparées par des voies publiques mais reliées entre elles par des ponts surplombant ces voies et vestiges d'un ancien funiculaire, puissent constituer le terrain d'assiette d'une même opération¹⁶¹.

L'autre solution pour admettre un tel type de montage serait d'inclure le fonds intrusif dans un ensemble volumétrique. C'est d'ailleurs sur le fondement de la jurisprudence

¹⁶¹ *Op. Cit.* CAA Lyon, 26 septembre 1995, Commune de Cannes, n° 94LY01695

« Ville de Grenoble »¹⁶², à propos de laquelle nous reviendrons amplement, que Patrick Durand appuie son argumentaire pour soutenir que finalement, peu importe la contiguïté, pourvu qu'on ait un lien physique rendant le projet indivisible. Car le critère des « liens physiques et fonctionnels » est celui qu'a retenu la Haute-juridiction administrative pour déterminer l'unicité du permis de construire. Dans le cas d'espèce, c'est en constatant l'absence de tels liens entre deux volumes que le Conseil d'Etat a pu admettre la validité de deux permis de construire distincts.

Seulement, le recours à l'exemple de la volumétrie, et en particulier à cet arrêt de principe, pour soutenir l'unicité du permis de construire sur deux terrains non-contigus d'une construction matériellement indivisible est peu opportun. En effet, la particularité d'un ensemble volumétrique est d'être considéré comme une seule et même unité foncière au regard de l'application du droit des sols. Un ensemble volumétrique doit d'ailleurs faire l'objet d'un état descriptif de division, au même titre qu'un immeuble ou groupe d'immeubles en copropriété, soulignant bien l'imbrication de propriétés distinctes sur une même parcelle cadastrale. Si la volumétrie est un mode de division parfaite dans le sens où il y a une absence de parties communes, il n'en demeure pas moins que les services instructeurs considèrent un ensemble immobilier divisé en volumes comme un terrain d'un seul tenant. Ainsi, dans l'hypothèse d'un projet architectural indivisible devant faire l'objet d'une demande de permis de construire sur deux terrains non-contigus, séparés par exemple par une voirie ou un cours d'eau domanial, il y aurait tout lieu de regrouper l'ensemble dans une volumétrie afin de constituer une assiette foncière d'un seul tenant. Dans ces conditions, l'idée d'un permis unique portant sur deux unités foncières non-contiguës doit être absolument rejetée.

B – Le critère d'unité de l'ensemble architectural

(76.) Nous avons abordé en filigrane ce critère dans le point précédent, mais nous allons maintenant l'aborder dans l'hypothèse plus courante d'un terrain d'assiette constitué de plusieurs unités foncières contiguës. Revenons tout d'abord sur les origines du recours à l'assemblage de plusieurs unités foncières en un même terrain d'assiette, pratique qui semble ne pas dater d'hier. Il y a une dizaine d'années en effet, la réforme du droit des sols n'était pas encore entrée en vigueur, mais le cas de figure d'une assiette multi-parcellaire, constituée de plusieurs terrains appartenant à des propriétaires différents, existait déjà, puisque une pratique avait même été reconnue par le Conseil d'Etat dans l'arrêt *SA HLM le nouveau logis Centre Limousin*. L'idée sous-jacente était à l'époque bien souvent d'échapper aux anciennes règles de superficie minimale qui pouvaient rendre un terrain, ou plusieurs terrains contigus pris individuellement, non constructibles. Il pouvait également s'agir d'optimiser l'application de la règle de COS, prévu à l'article 14 des anciens POS, puis PLU.

Pour ce qui concernait alors en particulier le COS, l'ancien article R. 123-10 du Code de l'urbanisme disposait que « *pour le calcul du coefficient d'occupation du sol, la superficie du ou des terrains faisant l'objet de la demande d'autorisation de construire ou de lotir comprend (...)* ». Une telle rédaction, introduite par un décret du 27 mars 2001, dans un contexte post-SRU, laissait pour la première fois explicitement entendre qu'une règle d'urbanisme, en l'occurrence le COS, pouvait

¹⁶² *Op. Cit.* CE. 17 juillet 2009, Commune de Grenoble, n° 301615, BJDU 2009, n° 4, p. 269, concl. J. Burguburu, et note J.-Cl. B.

s'apprécier sur plusieurs terrains faisant l'objet d'une demande de permis de construire. Antérieurement, l'ancien article R.123-22 disposait précisément que « *Le coefficient d'occupation du sol s'applique à la superficie du terrain qui fait l'objet de la demande d'autorisation de construire (...)* ». L'unicité du terrain pour l'application de cette règle était sans ambiguïté.

Aujourd'hui, la possibilité de constituer une assiette multi-parcellaire est expressément reconnue par le Code de l'urbanisme, à tel point qu'a pu se poser la question de savoir si l'assemblage d'unités foncières contiguës peut valablement avoir pour unique objet de maximiser les droits à bâtir d'une seule de ces unités foncières. Autrement dit, peut-on adjoindre une parcelle contiguë à celle objet d'un projet de construction en vue uniquement de consommer les droits à bâtir qui lui sont attachés ? Certes, il se peut que différents propriétaires de parcelles contiguës, désirant s'associer pour réaliser un projet d'ensemble dans le cadre d'une même maîtrise d'ouvrage, puissent voir dans un permis de construire unique une commodité pratique, hors de toute idée de tirer un avantage particulier quant à l'application des règles d'urbanisme. Il est à noter également que la suppression des règles de superficie minimale et du COS par l'effet de la loi ALUR en 2014 a sans doute fait perdre de l'intérêt à la pratique de l'assemblage artificielle d'unités foncières contiguës. Les opérateurs peuvent toutefois toujours y voir une possibilité d'optimiser les règles d'emprise définies aux articles 9 et 11 des règlements des PLU.

La question de l'assemblage d'opportunité se pose donc toujours, et avait d'ailleurs fait l'objet d'un séminaire du GRIDAUH organisé le 25 juin 2012 et co-animé par Etienne Fatôme et Michèle Raunet, par ailleurs rédacteurs d'une note établie pour l'occasion¹⁶³. Pour eux, plusieurs arguments vont dans le sens d'une réponse positive à la question de la validité de tels montages.

D'abord, aux termes de l'article R. 423-1, ce sont à la fois les propriétaires ou leurs mandataires, et les personnes autorisées par ces propriétaires qui ont qualité pour demander un permis de construire. La suppression concomitante en 2007 du « titre habilitant » et du contrôle par l'administration de la qualité de propriétaire, ont pu avoir pour effet de permettre à tout propriétaire de déposer une demande de permis sur son terrain, dont l'assiette peut être élargie en y adjoignant celui de son voisin et avec son accord, sans avoir à produire un quelconque document de type promesse de vente. Autrement dit, la réforme de 2007 aurait rendu implicitement possible l'adjonction de tous les terrains limitrophes au sien, avec l'accord, même verbal, de leurs propriétaires, disposant de droits à bâtir résiduels ou même dans leur intégralité, mais qui n'ont aucune vocation à être intégrés plus tard dans une propriété unique, et qui n'ont même pas vocation à supporter une quelconque partie de la construction objet du permis.

Le deuxième argument avancé en faveur de la validité de l'assemblage d'opportunité tient en ce que la suppression du mécanisme de contrôle de la densité résiduelle lors des opérations de division foncière, antérieurement inséré à l'article L. 111-5 a été supprimé par la loi SRU en 2000. Cet argument permet de constater que la question de la consommation plusieurs fois des mêmes droits à bâtir n'est pas nouvelle. Dans une étude datée de 2002, le Professeur Liet-Veaux évoque la controverse qu'avait suscitée la suppression du contrôle de la densité. Selon lui, La thèse officielle selon

¹⁶³ Etienne Fatôme, Michèle Raunet, et Malicia Donniou, « *Permis de construire et terrain d'assiette des constructions* », Compte-rendu séminaire du GRIDAUH, 25 juin 2012

laquelle l'acquéreur d'une parcelle détachée était dispensé de tenir compte des constructions préexistantes, aboutissait à « *favoriser une fraude bien connue* » et se rangea ainsi du côté d'autres auteurs comme Sylvain Pérignon ou Patrick Hocreitere, lequel s'était interrogé « *sur le fait de savoir si le juge, par voie prétorienne, ne rétablira pas une règle selon laquelle on ne peut consommer plusieurs fois les mêmes droits de construire* »¹⁶⁴. L'argument n'est donc pas convainquant si l'on se range nous-mêmes du côté de ces auteurs. Mais il n'est pas sûr que le législateur l'ait entendu ainsi puisque le contrôle de la densité a été réintroduit, de manière toutefois optionnelle, par la loi UH de 2003, à l'article L. 123-1-11 avant d'être définitivement aboli par la loi ALUR en 2014. En voulant favoriser explicitement la densification, il n'a jamais suggéré que le double comptage des droits à bâtir pouvait être illicite, ni frauduleux. De même, le Conseil d'Etat ne qualifie de fraude que la « *manœuvre de nature à induire l'administration en erreur* »¹⁶⁵, et aucune jurisprudence n'a à notre connaissance considéré en soi la consommation à plusieurs reprises des mêmes droits à bâtir comme constitutive de fraude dès lors qu'il n'y pas d'intention d'induire en erreur l'administration. Ce second argument peut donc valablement se tenir.

Le troisième argument consiste à soutenir que la réduction du terrain d'assiette d'une construction après son achèvement est libre, dès lors que cette réduction n'a pas pour objet de détacher un terrain à bâtir. Il peut donc paraître logique de ce point de vue que le pétitionnaire ne dispose pas d'un droit de construire sur la totalité de l'unité foncière objet de la demande.

Le quatrième et dernier argument soulevé est que la pratique de l'assemblage d'opportunité méconnaîtrait « *la conception classique de la réglementation d'urbanisme telle qu'elle est traduite dans les documents d'urbanisme locaux (PLU), laquelle est conçue pour s'appliquer à une unité foncière c'est-à-dire l'îlot de propriété d'un seul tenant (...)* ». Cet argument ne nous paraît pas plus convaincant que le précédent dans la mesure où il s'attache à une approche traditionnelle de la réglementation d'urbanisme, à contre-courant de l'intention manifeste du législateur lors des dernières réformes.

Malgré ces arguments, les auteurs précités rejettent avec prudence la possibilité de procéder à des assemblages d'opportunité, jugeant cette pratique « très douteuse ».

Premièrement, ils relèvent que ni réponse ministérielle, ni circulaire, ni décision de justice suggèrent cette possibilité. On peut toutefois opposer à cet argument qu'aucun texte n'indique pour autant son interdiction.

Deuxièmement, ils préconisent de s'en tenir à une lecture littérale du texte de l'article R. 423-1 du code de l'urbanisme qui dispose que le permis peut être demandé par « *une ou plusieurs personnes attestant être autorisées par eux à exécuter les travaux (...)* ». Du fait que l'autorisation porte sur l'exécution des travaux et non sur la possibilité de juste déposer une demande de permis portant sur cette propriété, cela sous-entend que la parcelle adjointe doit supporter des travaux et donc une partie de la construction.

Troisièmement, ils soulignent que cette pratique consisterait en une cession de droits à bâtir non attachés à un terrain, ce qui est selon eux contestable en vertu du principe « *qu'en dehors d'un texte spécial l'autorisant, les droits de construire ne peuvent être*

¹⁶⁴ Georges Liet-Veaux, « *Le débat sur les densités constructibles en cas de distractions de parcelles* », La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 36, 6 Septembre 2002, 1481

¹⁶⁵ CE, 15 février 2012, *Mme Quennesson*, n° 333631, BJD 2012, n° 4, p. 296, concl. F. Aladjidi

cédés indépendamment du terrain auquel ils sont attachés ». Cet argument ne nous semble pas très convainquant puisque ce principe n'est posé dans aucun texte. Le texte spécial auquel il peut être fait référence concerne sans doute le transfert de constructibilité tel que prévu à l'article L. 151-25 du Code de l'urbanisme, et sur lequel nous reviendrons dans la troisième partie de la présente thèse. Mais rien ne semble indiquer que ce mécanisme est une exception à un principe. De plus, il y a certes bien cession de droits à bâtir au regard du droit privé, mais pour ce qui concerne l'application du droit des sols, il y a juste une assiette sur laquelle s'apprécient les règles d'urbanisme. Il ne revient pas aux services instructeurs de quantifier les droits à bâtir attachés à chacun des terrains constituant l'assiette foncière pour savoir lesquels seraient individuellement émetteur et récepteur.

Si les auteurs de la note penchent timidement en faveur d'un rejet de la pratique des assemblages d'opportunité, ce que nous ne pouvons que partager, ils n'affirment pas avec vigueur son illégalité. La fragilité des arguments en faveur de son rejet ne le permet pas. Or, il est sans doute une autre piste qui paraît centrale : celle de l'unité de l'ensemble architectural. En effet, dans le cas où une doctrine officielle devait être adoptée en matière d'assemblage d'opportunité, elle devrait à notre avis se fonder sur la question de savoir si l'unité foncière adjointe artificiellement au terrain d'assiette du projet participe du projet architectural de la construction projetée dans son ensemble.

Il est à relever en effet que le contentieux des montages visant à contourner l'application des règles d'urbanisme par la composition artificielle d'un terrain d'assiette n'est pas nouveau, comme en témoigne l'auteur de l'étude précitée¹⁶⁶. Pour s'en convaincre, il peut être relaté une affaire relativement ancienne, dans laquelle le projet d'un propriétaire ne correspondait aux prescriptions du RNU imposant soit d'implanter la construction en limite de parcelle, soit au moins à trois mètres de celle-ci. Le propriétaire avait alors vendu à un tiers une bande de terrain de 15 mètres sur 1,50 mètre afin que la construction envisagée se situe en limite de parcelle. Le Conseil d'Etat avait considéré que *« cette opération, donnant une apparence de régularité à la construction projetée (...) n'a été effectuée qu'en vue d'échapper aux prescriptions »*¹⁶⁷. Le permis de construire avait alors été annulé. Dans un cas plus récent, le tribunal administratif de Nice avait rejeté la validité de l'adjonction artificielle de deux terrains distincts appartenant à des propriétaires différents, ayant constaté que le bâtiment projeté n'était implanté que sur le terrain de l'unique demandeur du permis. Le juge avait considéré en effet que *« la demande de permis de construire doit (...) être regardée comme portant fictivement sur les deux tenements dans le seul but de faire échec aux règles du plan d'occupation des sols et du Code de l'urbanisme (...) »*¹⁶⁸.

A la lumière de cette jurisprudence, l'auteur de l'étude précitée avait ainsi pu dégager le principe selon lequel *« les droits à bâtir ne doivent s'apprécier qu'au regard des règles applicables à la partie de l'unité foncière où est implantée la construction »*. Il est vrai que si l'on s'en réfère à l'arrêt de principe *SA HLM le nouveau logis Centre Limousin*, intervenu par la suite, et qui ne présente pas de contradiction avec l'article R. 423-1 du Code de l'urbanisme, le permis doit porter sur *« la construction sur les*

¹⁶⁶ *Op. Cit.* Jacques-Henri Driard, *Unité foncière et détermination des droits à bâtir*, La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 41, 9 Octobre 1998, p. 1450

¹⁶⁷ CE, 3 février 1978, Meppiel : Rec. CE, p. 54

¹⁶⁸ TA Nice, 24 mai 1995, M. Dupon c/ Commune de Nice, n° 93.1350

terrains considérés, d'un ou plusieurs bâtiments présentant une unité d'ensemble », pour que soit admis l'assemblage de plusieurs terrains contigus dans un même terrain d'assiette. Bien sûr, l'unité d'ensemble ne doit pas nécessairement être comprise comme une création architecturale d'un seul tenant. On pourrait en effet très bien envisager une multitude de bâtiments distincts qui présentent une cohérence d'ensemble dans la typologie, les fonctions ou encore des espaces ou équipements d'intérêt collectif. Mais dans ce cas-là, il serait plus judicieux d'opter pour un permis de construire valant division en cotitularité dès lors que les différents bâtiments édifiés sur différentes unités foncières ont vocation à rester des propriétés distinctes. Nous évoquerons ce point ultérieurement.

Il pourrait alors être admis, en tout état de cause, que le principal critère permettant l'adjonction artificielle d'une ou plusieurs parcelles contiguës au terrain d'assiette d'un permis de construire de droit commun serait que l'ensemble architectural projeté soit partiellement implanté sur ces dernières. Ce qui interdirait *a contrario* d'adjoindre une parcelle qui ne soit nullement concernée par le projet architectural, juste dans le but d'accroître la constructibilité de l'unité foncière principale sur laquelle sera implantée le bâtiment.

La pratique de l'assemblage d'opportunité doit également être combattue pour des raisons tant urbanistiques que juridiques, en particulier au regard du principe d'égalité devant les charges publiques. En effet, si un terrain nu, ou bien même comportant d'importants droits à bâtir résiduels, est adjoint à l'unité foncière voisine dans l'unique but de majorer la constructibilité de ce dernier, cela ne signifie pas que le terrain adjoint est vidé définitivement des droits à bâtir qui lui sont attachés. Une fois la construction objet du permis formellement achevée, le terrain adjoint recouvre immédiatement l'intégralité des droits à bâtir que son voisin a pourtant consommé.

La logique de l'assemblage d'opportunité laisse même envisager que le terrain qui recouvre l'intégralité de ses droits à bâtir pourrait s'adjoindre de nouveau artificiellement à un autre terrain dans l'unique but encore de lui faire bénéficier de ses droits à bâtir régénérés, et ce autant de fois qu'il partage de limites communes avec d'autres terrains à bâtir. On voit bien les dérives vers lesquelles peut tendre cette pratique. En la poussant à l'extrême, des colotis bien inspirés pourraient par exemple adjoindre la voie commune du lotissement dont ils partagent la propriété chaque fois que l'un d'entre eux envisage de demander un permis de construire sur son propre lot. Si un coefficient d'emprise au sol par exemple de 20% est fixé, on imagine bien la densité que l'adjonction de la voirie dans l'assiette foncière de chaque permis pourrait permettre d'obtenir. Il est alors impératif de rejeter l'adjonction d'une parcelle non concernée par le projet de construction.

§ 2 – Le terrain d'assiette du permis d'aménager

(77.) Pourquoi évoquer le permis d'aménager alors qu'il est question de l'appréciation des règles définissant la densité constructible ? Il est clair que le permis d'aménager n'est pas une autorisation de construire (à l'exception marginale du cas des constructions d'équipements destinés à un usage commun). Il paraît toutefois utile de l'évoquer en ce qu'une opération autorisée par un permis d'aménager consiste à produire des terrains constructibles. On peut souvent avoir tendance, à tort, à réduire le permis d'aménager à la seule opération de lotissement. Pourtant, il ne lui est pas

exclusif. D'autres opérations de remembrement sont également soumises à permis d'aménager, et c'est l'article R. 421-19 du Code de l'urbanisme qui les énumère :

« Doivent être précédés de la délivrance d'un permis d'aménager :

a) Les lotissements :

-qui prévoient la création ou l'aménagement de voies, d'espaces ou d'équipements communs à plusieurs lots destinés à être bâtis et propres au lotissement. Les équipements pris en compte sont les équipements dont la réalisation est à la charge du lotisseur ;

-ou qui sont situés dans un secteur sauvegardé, dans un site classé ou en instance de classement ;

b) Les remembrements réalisés par une association foncière urbaine libre régie par le chapitre II du titre II du livre III, lorsqu'ils prévoient la réalisation de voies ou espaces communs ; (...) »

Les dispositions de cet article prévoient également que d'autres aménagements soient soumis au permis d'aménager (campings, parcs résidentiels de loisir, etc.) mais nous ne les aborderons pas compte tenu du fait qu'il ne s'agit pas à proprement parler d'opérations nécessitant une mutation du foncier dans le sens d'une création de terrains à bâtir.

Certes, une distinction est à établir entre le cas d'un lotissement et d'un remembrement par rapport au droit de construire. Une opération constitutive de lotissement soumis à permis d'aménager (ou à déclaration préalable pour les lotissements n'entrant pas dans le champ d'application du a de l'article R. R. 421-19) est nécessairement liée à l'intention de construire. S'agissant d'un remembrement réalisé par une association foncière libre, les textes ne conditionnent pas expressément l'opération à une intention de bâtir. Il n'en demeure pas moins qu'une opération de remembrement réalisée par une association foncière urbaine a, dans la pratique, précisément pour objet d'optimiser la constructibilité des parcelles déjà bâties, ou bien même de créer des terrains à bâtir.

Il apparaît donc important d'aborder la question de l'assiette foncière du permis d'aménager en particulier compte tenu du fait que l'article R. 441-1 du Code de l'urbanisme prévoit la possibilité qu'une demande de permis d'aménager puisse ne porter que sur une « partie d'unité foncière », ce qui n'est pas prévu en matière de permis de construire. Les termes « unité foncière » ne figurent d'ailleurs dans le Code de l'urbanisme que dans les dispositions relatives au lotissement (et au permis de construire valant division que nous aborderons ultérieurement), et aucunement dans celles relatives au permis de construire de droit commun. Cette libre composition de l'assiette foncière du permis d'aménager, qui vaut aussi bien pour le lotissement que pour le remembrement, a justement été introduite pour des questions de quantification des droits à bâtir, d'autant plus que, s'agissant du lotissement spécifiquement, des mécanismes de report de constructibilité ou d'appréciation globalisée des règles d'urbanisme pour les constructions futures peuvent être prévus à ce stade. Nous aborderons subsidiairement la question de l'assiette foncière de la déclaration préalable pour les lotissements qui ne sont pas soumis à permis d'aménager, étant précisé que la déclaration préalable ne peut en aucun cas concerner une opération de remembrement.

A – Le périmètre du lotissement

(78.) Avant d'évoquer la question de son terrain d'assiette, il est important de revenir brièvement sur la notion de lotissement, dont la définition actuelle résulte de l'ordonnance du 22 décembre 2011 entrée en vigueur au 1^{er} mars 2012. Le lotissement est défini à l'article L. 442-1 du Code de l'urbanisme qui dispose que :

« Constitue un lotissement la division en propriété ou en jouissance d'une unité foncière ou de plusieurs unités foncières contigües ayant pour objet de créer un ou plusieurs lots destinés à être bâtis. »

La littérature juridique a été abondante sur l'analyse de cette définition, en particulier suite à la réforme de 2012 qui en a modifié certains critères. Nous nous concentrerons plus particulièrement sur les éléments relatifs à son terrain d'assiette, constitué « d'une unité foncière ou de plusieurs unités foncières contigües », et à la quantification des droits à bâtir que nous pourrions déduire de son objet qui est de « créer un ou plusieurs lots destinés à être bâtis ». Quant au critère de « la division en propriété ou en jouissance », on retrouve là une caractéristique commune avec le permis de construire valant division que nous allons traiter ultérieurement.

Le terrain d'assiette multi-parcellaire.

(79.) L'article L. 442-1 du Code de l'urbanisme dans sa rédaction résultant de la réforme entrée en vigueur en 2012, prévoit la possibilité que plusieurs unités foncières contigües puissent constituer l'assiette foncière d'un permis d'aménager un lotissement. Si ces différentes unités foncières appartiennent à des propriétaires différents, on pourra alors parler de « colotissement ». Avant le 1^{er} mars 2012, l'ancien article L.442-1 du Code de l'urbanisme évoquait déjà la division « d'une ou de plusieurs propriétés foncières ». La notion d'assiette multi-parcellaires du lotissement n'est donc pas nouvelle, même s'il était autrefois question de « propriétés foncières » et non d'« unités foncières » comme aujourd'hui. Si elle est à souligner, la portée d'une telle nuance est à relativiser, comme a pu le relever un auteur :

*« Il ne s'agit ici que de mettre le texte en conformité avec l'analyse dominante selon laquelle la notion de « propriété » au sens de la réglementation des lotissements recouvrait exactement celle d'unité foncière. »*¹⁶⁹

Mais d'ajouter toutefois que :

« La question peut se poser de savoir si la référence à l'unité foncière n'est pas de nature à mieux légitimer que la notion antérieure de « propriété foncière » l'exclusion du régime des lotissements des divisions en volumes, c'est-à-dire de l'espace, sous la réserve toutefois que la division volumétrique ne masque pas, en réalité, une division du sol. »

Nous sommes sceptiques sur une telle interprétation en raison du fait qu'il n'a jamais fait l'ombre d'un doute que le droit de l'urbanisme ignorait la volumétrie. Difficile d'imaginer que le terme de « propriété » pouvait laisser entendre « volume ». Cela étant dit, le caractère multi-parcellaire du terrain d'assiette d'un lotissement n'a pas toujours été admis par les textes. En effet, l'ancien article R. 315-1 du Code de l'urbanisme, résultant du décret n° 86-517 du 14 mars 1986, et en vigueur jusqu'à son

¹⁶⁹ Jean-Philippe Meng, *Réglementation des lotissements : les corrections apportées au régime des lotissements*, rapport définitif, GRIDAUH, Séminaires des 12 octobre et 7 décembre 2011

abrogation au 1^{er} octobre 2007, disposait que : « *constitue un lotissement (...) toute division d'une propriété foncière (...)* ». Une réponse ministérielle datée de 1992 avait apporté un éclairage très intéressant sur ce point, en déduisant de ces dispositions que :

« (...) *cette réglementation ne s'applique qu'aux propriétés d'un seul tenant appartenant à un même propriétaire ou une même indivision. (...) En revanche, deux propriétaires de fonds contigus ne sauraient solliciter une autorisation de lotir unique portant sur la totalité de ces deux fonds.* »¹⁷⁰

L'administration donnait ainsi quelques souplesses dans l'interprétation des textes aux termes desquels l'autorisation de lotir ne pouvait porter que sur « *une propriété foncière* ». Il était en effet admis qu'un lotisseur puisse adjoindre plusieurs terrains lui appartenant dans sa demande. Mais une distinction nette est établie avec la situation dans laquelle deux fonds contigus appartenant à deux propriétaires distincts font l'objet d'une même demande d'autorisation de lotir. Autrement dit, sous l'ancien régime, la cotitularité d'une autorisation de lotir portant sur un terrain d'assiette constitué de deux terrains contigus au minimum, ou colotissement, était clairement exclue. Ce n'est qu'avec la réforme entrée en vigueur au 1^{er} octobre 2007 que la possibilité d'une cotitularité du permis d'aménager fut expressément introduite dans le Code de l'urbanisme, à l'instar d'ailleurs du permis de construire. Cette évolution majeure du régime du lotissement avait conduit le Professeur Périnet-Marquet à s'interroger sur un certain nombre de points, dont tous ne semblent pas aujourd'hui être clairement tranchées, en particulier sur les modalités de réalisation des travaux, sur la vente des lots ou encore sur la modification des documents du lotissement, pour lesquels il est encore à ce jour fait usage du terme de « lotisseur », au singulier, dans toutes les dispositions législatives relatives au lotissement¹⁷¹.

Un autre point nous semble essentiel lorsque l'on parle de cotitularité. Il s'agit de celui relatif au terrain d'assiette multi-parcellaire quand les terrains d'origine appartiennent à des propriétaires différents, situation que suppose nécessairement la cotitularité d'un permis d'aménager un lotissement, à moins que tous les propriétaires n'autorisent un seul d'entre eux à déposer une demande.

Le colotissement ou le remembrement.

(80.) Le résultat des deux dernières réformes est qu'aujourd'hui, les textes relatifs au terrain d'assiette d'une opération soumise à permis d'aménager un lotissement (tout comme ceux relatifs à celui du permis de construire valant division que nous étudierons ultérieurement), ont une formulation identique : « *d'une unité foncière ou de plusieurs unités foncières contigües* ». Mais se pose alors une problématique qui concerne le traitement des limites séparatives préexistantes délimitant les terrains d'origine de l'opération, à savoir :

- 1- Est-ce que la division doit s'effectuer au sein même de chaque unité foncière d'origine ?
- 2- Ou bien est-il admis de faire table rase des limites d'origine à l'intérieur du terrain d'assiette pour proposer une nouvelle configuration parcellaire ?

¹⁷⁰ Rép. Min. n° 57914 : JOAN Q 13 juillet 1992, p. 3171

¹⁷¹ *Op. cit.* Hugues Périnet-Marquet, « *Les autorisations de construire ou d'aménager délivrées à plusieurs personnes, première approche* », Constr. – Urb. n° 6, 2008, étude 6, comm. 23 et s.

La première hypothèse ne nous pose pas de difficultés dans le cas d'une pluralité de propriétaires, et *a fortiori* lorsque les différentes unités foncières appartiennent au même propriétaire. En cas d'unités foncières appartenant à des propriétaires différents, chaque propriétaire divise son propre terrain, la cotitularité du permis de lotir ayant comme intérêt de mutualiser plusieurs opérations de division au sein d'une seule et même opération, en adaptant la création de voiries et d'équipements communs en conséquence. Chaque propriétaire, ou cotitulaire, vendra les lots résultat de la division de leurs unités foncières respectives. Cela dit, la création de voiries communes peut potentiellement avoir pour effet de réduire la contenance de certaines unités foncières d'origine davantage que d'autres. Tous les propriétaires risquent donc de ne pas être en situation d'égale contribution foncière à la réalisation de ces voiries communes, mais un tel état de fait est semble-t-il surmontable avec un système de compensation, par exemple en faisant davantage peser l'investissement financier de ceux qui contribuent moins en termes de foncier.

La deuxième hypothèse ne pose pas de difficultés si toutes les unités foncières appartiennent au même propriétaire, puisque cela revient à diviser un îlot de propriété d'un seul tenant. Ce qui pose davantage de difficultés, c'est lorsque les différentes unités foncières d'origine appartiennent à des propriétaires différents, autrement dit le cas de figure que nous avons baptisé « colotissement ». Car une telle opération devrait être assimilée non pas à une simple opération de division foncière, mais en un véritable remembrement. Or, la question que l'on peut se poser, (qui est d'ailleurs identique à celle du permis de construire valant division multi-parcellaire) est la suivante : le pouvoir réglementaire a-t-il voulu expressément introduire la possibilité de réaliser un remembrement au moyen d'un permis d'aménager un lotissement ?

Le Code de l'urbanisme ne prévoit qu'une seule hypothèse de remembrement soumis à permis d'aménager, qui est celui opéré par une association foncière urbaine libre (AFU libre). Mettons de côté ici les cas du remembrement réalisé par une AFU autorisée ou constituée d'office puisque cela entre dans le champ des opérations d'urbanisme revêtant un caractère public, ne nécessitant donc pas l'obtention d'une autorisation d'urbanisme. Par conséquent, le Code de l'urbanisme soumet à la même autorisation deux opérations dont la nature juridique est bien distincte mais dont l'objet peut être identique : remembrer.

Ces deux régimes parallèles présentent en fait des différences considérables : l'une bénéficie d'une série d'avantages attachés spécifiquement à la procédure de lotissement et qui font d'ailleurs tout son intérêt (maintien des règles d'urbanisme pendant cinq ans, possibilité de moduler les droits à bâtir, possibilité d'apprécier les règles à l'échelle du périmètre d'opération, possibilité d'insérer un règlement, possibilité de ne pas constituer de personne morale pour la gestion des voies, espaces et équipements communs, etc.), alors que le remembrement par une AFU libre passe par une procédure sans doute quelque peu désuète et ne procurant que peu d'avantages, si ce n'est d'apporter des garanties importantes quant à la protection du droit de propriété de chacun.

Il ne ressort d'aucun document que l'idée d'opérer un remembrement à travers un permis d'aménager un lotissement ait été une intention claire du législateur ou bien du pouvoir réglementaire. En pratique, cela paraît difficilement concevable compte tenu du fait qu'aucun mécanisme spécifique n'est prévu quant à la préservation des droits de chacun des propriétaires initiaux, permettant une répartition équitable des dépenses

et des gains de l'opération au fur et à mesure de la commercialisation des lots. Pourtant, la doctrine a bien vu l'intérêt que pouvait revêtir le colotissement :

*« C'est là une incontestable source de simplification et d'économie pour les propriétaires concernés, notamment dans le cas d'un parcellaire peu exploitable isolément par chacun d'eux. Ces derniers pourront faire l'économie de la constitution d'une association foncière urbaine de remembrement ou encore d'un apport de leur terrain à une société commerciale prenant la qualité de lotisseur, avec toutes les conséquences juridiques, fiscales et sociales qui en découlent. »*¹⁷²

Historiquement, le remembrement a été conçu comme une opération permettant de remodeler une trame foncière tout en protégeant autant que faire se peut les droits réels de chacun des propriétaires. Jusqu'au milieu du siècle dernier, et dans les zones urbanisées ou à urbaniser (le remembrement rural étant exclu de notre propos), le remembrement était davantage appréhendé comme une opération foncière qu'urbaine. Dans l'imaginaire, ceux qui devenaient membres des associations foncières étaient de petits propriétaires fonciers qu'il convenait de protéger et non des opérateurs. La constitution d'une personne morale, dont le fonctionnement était strictement encadré par les textes, participait de l'idée de la protection du droit de propriété. Le remembrement était considérée comme une affaire sérieuse puisqu'il était porté atteinte à la contenance réelle de propriétés foncières, autrement dit une forme d'expropriation de son bien, consentie ou non en fonction la catégorie de l'opération (libre, autorisée ou constituée d'office), au profit d'une association. La quote-part attribuée à chaque propriétaire doit être proportionnelle à la valeur du terrain que celui-ci détenait, de manière à ne léser aucun d'entre eux.

En l'absence de constitution d'une personne morale, rien ne peut assurer aux colotisseurs une équité dans les gains qu'ils obtiendront au terme de l'opération, d'autant plus lorsqu'il y a une inégale ventilation de la densité constructible pour chaque futur lot. Bien qu'y voyant un intérêt, les auteurs précités ont toutefois relevé les inconvénients à moyen terme que pouvaient induire le colotissement :

« Mais ces nouvelles modalités de réalisation du foncier en vue de l'implantation de bâtiments provoqueront inévitablement un report de la complexification de l'opération au stade de son exécution. La qualité de la convention entre les colotisseurs, nécessaire à la mise en œuvre de l'autorisation, sera en effet déterminante de la bonne fin de l'opération. »

Il revient en effet aux différents propriétaires des unités foncières d'origine de défendre au mieux leurs intérêts, par une convention, avant de procéder au dépôt d'une demande de permis d'aménager conjoint, ce qui les place potentiellement non pas dans une dynamique de coopération, mais plutôt de concurrence. On ne peut dès lors se satisfaire de la situation où une parfaite liberté contractuelle est susceptible de mettre ainsi en péril le droit de propriété, sans aucun arbitrage d'un tiers neutre et sans contrôle de l'administration.

Le remembrement réalisé sous couvert de lotissement multi-parcellaire peut ainsi ouvrir la porte à des abus. On peut très bien imaginer un opérateur bien informé et peu scrupuleux proposant au propriétaire du terrain voisin, un particulier peu au fait du droit de l'urbanisme, de réaliser ensemble un colotissement, en lui faisant miroiter

¹⁷² Laetitia Santoni et Philippe Benoît-Cattin, *Lotissements. – Définition juridique. – Champ d'application*, JCP Construction-urbanisme, fasc. 32-4, 2012, Comm. 34

une juteuse opération. Si les deux terrains ont à peu près la même superficie, le particulier espérera logiquement obtenir les mêmes gains que l'opérateur, alors que ce dernier pourra s'attribuer par exemple une densité constructible plus importante ou bien les fruits de la vente de terrains mieux situés, sans que le premier ne s'en aperçoive. Le Code de l'urbanisme, d'habitude si soucieux de protéger les intérêts des propriétaires et surtout des particuliers, ouvre ici la boîte de Pandore.

Mais même un exemple moins caricatural peut apporter son lot de difficultés, comme celui où plusieurs colotisseurs avisés et de bonne foi sont cotitulaires d'un permis d'aménager un lotissement sans être sans adhérer à une personne morale constituée à cet effet. Comment organiser efficacement la commercialisation des lots de manière à attribuer équitablement les gains à chacun des colotisseurs ? Créer une structure civile ou commerciale, ne serait-ce que pour des raisons de gestion et de comptabilité, ne saurait en soi leur garantir une certaine équité. On voit bien là les limites du colotissement, qui constitue au passage une concurrence déloyale à une véritable opération de remembrement, en donnant l'illusion d'une plus grande simplicité. Dans une enquête interne réalisée en 2013 par l'Ordre des géomètres-experts au sujet des opérations de remembrement réalisés par une AFU, dans le cadre des travaux préparatoires du projet de loi ALUR, la plupart des géomètres-experts interrogés avaient reconnu l'absence d'intérêt à leurs yeux de cette procédure alors que le colotissement permettait d'aboutir plus facilement au même résultat.

En conclusion, il apparaît souhaitable de réduire le colotissement à des opérations dans lesquelles les limites séparatives des unités foncières constituant le terrain d'assiette doivent être conservées. Autrement dit, la division doit nécessairement s'effectuer à l'intérieur des unités foncières d'origine, faute de quoi l'opération devrait être requalifiée de remembrement, également soumis à permis d'aménager mais selon une procédure différente avec obligation de constituer une AFU libre. Peut-être que les praticiens se montreront réservés à l'idée de restreindre le champ d'application du colotissement, le fait de pouvoir s'abstraire des limites séparatives internes constituant l'un de ses principaux intérêts, d'autant que l'AFU dégage sans doute à juste titre une image de rigidité, voire d'obsolescence. La restriction du champ d'application du colotissement pourrait alors s'accompagner d'une modernisation de l'AFU. Nous développerons ce point ultérieurement.

La libre composition du périmètre du lotissement.

(81.) Le périmètre du lotissement se distingue de l'assiette foncière du permis de construire en ce que le législateur a expressément prévu une grande souplesse quant à sa composition. D'ailleurs, on peut se poser la question de savoir pourquoi les textes ne parlent pas de « terrain d'assiette » mais de « périmètre » s'agissant du lotissement. Il pourrait s'agir selon nous de deux concepts similaires, mais pour éviter toute confusion, nous nous en tiendrons au terme de périmètre. Il est à noter que des auteurs ont pu relever une distinction entre les notions d'unité foncière et de périmètre de lotissement, en affirmant que :

« l'unité foncière est le bloc foncier d'où est détaché un terrain tandis que le périmètre du lotissement trace les limites au sein desquelles s'appliquera le régime du lotissement et comprend les lots destinés à l'implantation de bâtiments, les voies de desserte, les équipements et les espaces communs. Les

*emprises du périmètre et de l'unité foncière peuvent ne pas coïncider exactement. »*¹⁷³

Nous nuancerons ce propos pour affirmer que c'est au contraire le périmètre du lotissement qui peut être « détaché » de l'unité foncière, encore que l'usage du terme « détaché » soit maladroit car le détachement évoque la création de lots.

Depuis la réforme entrée en vigueur au 1^{er} octobre 2007, l'article R. 441-1 dispose que la demande de permis d'aménager (de tous types et pas spécifiquement celui relatif au lotissement) « *peut ne porter que sur une partie d'une unité foncière* ». Cette possibilité n'est en réalité pas une innovation de ladite réforme, mais perpétue ce qui existait déjà jadis en matière d'autorisation de lotir. L'alinéa 3 de l'ancien article R. 315-4 disposait en effet que « *La demande d'autorisation peut ne porter que sur une partie de la propriété* ». La rédaction est quasi-identique, à la différence près que l'ancien texte renvoyait encore à la notion de propriété et non d'unité foncière. Ce n'est qu'avec la réforme entrée en vigueur au 1^{er} mars 2012 que des dispositions définissant précisément la notion de périmètre de lotissement furent introduites dans la partie législative du Code de l'urbanisme. L'article L. 442-1-2 prévoit en effet que :

« Le périmètre du lotissement comprend le ou les lots destinés à l'implantation de bâtiments ainsi que, s'ils sont prévus, les voies de desserte, les équipements et les espaces communs à ces lots. »

Cette disposition précise ainsi que le périmètre du lotissement comprend l'ensemble des portions de terrain qui feront l'objet d'un processus d'urbanisation, à savoir les terrains à bâtir et les voies, équipements et espaces dont la création est rendue nécessaire. Ce qui signifie *a contrario* que toutes les portions de terrain qui ne deviendront ni des terrains à bâtir, ni des surfaces d'intérêt commun, autrement dit le reliquat, ne sauraient constituer un lot de lotissement. Seulement, le même article ajoute une seconde disposition qui vient en substance contredire la première :

« Le lotisseur peut toutefois choisir d'inclure dans le périmètre du lotissement des parties déjà bâties de l'unité foncière ou des unités foncières concernées. »

C'est-à-dire que dans l'hypothèse où le reliquat est déjà bâti, celui-ci pourrait selon le choix du lotisseur être inclus dans le périmètre du lotissement. Or, ce dernier ne peut être composé que de « *lots destinés à l'implantation de bâtiments* » (ou de surfaces d'intérêt commun). A travers un article unique, le législateur crée ainsi un oxymore juridique : le lot à bâtir déjà bâti. Ce n'est pas la rigueur juridique qui semble avoir guidé le législateur à insérer une telle disposition dans le code, mais encore une fois la volonté de mettre tous les moyens en œuvre pour favoriser la densification. C'est ainsi que Jean-Philippe Meng a pu écrire que la solution d'inclure les parties déjà bâties dans le périmètre du lotissement :

*« permet de maximiser la surface de plancher constructible si le lot bâti est sous-densitaire et de répartir conventionnellement la surface constructible entre les lots à bâtir et le lot bâti si, par exemple, le propriétaire de ce dernier entend procéder à une extension du bâtiment existant. »*¹⁷⁴

¹⁷³ Laetitia Santoni et Philippe Benoît-Cattin, *Lotissements. – Définition juridique. – Champ d'application*, JCP Construction-urbanisme, fasc. 32-4, 2012, Comm. 21

¹⁷⁴ Jean-Philippe Meng, « *Les corrections apportées aux régimes d'autorisation des lotissements* », La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 11, 16 Mars 2012, 1129

Si l'intention du législateur ressort clairement, il n'est pas acquis en pratique que le fait d'inclure le reliquat bâti dans le périmètre du lotissement génère de *facto* des droits à bâtir supplémentaires dans le périmètre élargi de l'opération. En effet, tout dépend de la superficie de terrain constituant le reliquat que le lotisseur attache au bâtiment déjà existant. Si le reliquat consiste en un immense terrain sur lequel est construit une petite bâtisse, alors effectivement son inclusion dans le périmètre du lotissement aura pour conséquence d'augmenter la densité constructible des lots à bâtir. Mais si au contraire il s'agit d'un immeuble massif sur un petit lopin de terre, le lotisseur aura tout intérêt à l'exclure du périmètre pour qu'une telle construction ne réduise pas la densité constructible des lots détachés. Ce n'est donc pas ce type de disposition qui contribuera efficacement à atteindre les objectifs poursuivis par le législateur. Tout dépend de la délimitation du reliquat bâti par le lotisseur, en fonction de laquelle son inclusion ou son exclusion du périmètre du lotissement aura pour effet de majorer ou de minorer la constructibilité des lots. Les praticiens n'ont d'ailleurs pas attendu la réforme entrée en vigueur au 1^{er} mars 2012 pour choisir d'inclure le reliquat bâti dans le périmètre du lotissement. Elise Carpentier a pu en effet constater qu'une telle possibilité aujourd'hui prévue par l'article L. 442-1-2 du Code de l'urbanisme « *auparavant se pratiquait parfois, mais sans assise textuelle* »¹⁷⁵.

Le problème est que la deuxième partie de l'article L. 442-1-2 pourrait même laisser à penser, par une lecture *a contrario*, que si le reliquat n'est pas déjà bâti, le lotisseur n'aurait pas la possibilité de l'inclure dans le périmètre du lotissement. Mais bien entendu, tel n'est pas le cas en réalité. Si le terrain objet du lotissement n'est pas bâti, alors le lotisseur peut, et a toujours pu inclure le reliquat dans le périmètre de l'opération.

L'inclusion du reliquat non-bâti dans le périmètre du lotissement, pour en faire un lot de lotissement comme les autres (à la différence près qu'il ne s'agit pas, du moins dans l'intention, de le commercialiser), n'avait toutefois dans un passé encore récent qu'un intérêt limité. En effet, une décision du Conseil d'Etat rendue en 2013 mais au visa de l'article L. 442-1 du Code de l'urbanisme dans sa rédaction antérieure au 1^{er} mars 2012, avait posé que la division d'un terrain en vue de l'implantation de bâtiments sur la partie conservée par le propriétaire constituait un lotissement¹⁷⁶. Cette décision a fait l'objet d'un commentaire que nous pourrions reprendre volontiers à notre compte :

*« Le Conseil d'État (...) réduit la définition du lotissement (...) à sa plus simple expression, ne retenant que ses éléments constitutifs fondamentaux : la division du sol en lots de terrains dont la destination est d'accueillir un bâtiment (...). Une telle concision lui permet de retenir une analyse tout à fait objective du résultat de l'opération : peu importe que le lot destiné à être construit soit celui cédé ou celui conservé, peu importe que cette opération de division ait eu pour objet ou pour effet d'identifier un lot destiné à l'implantation de bâtiment : quelle que soit la partie cédée, le résultat de l'opération de division est l'existence d'un lot destiné à être bâti. »*¹⁷⁷

¹⁷⁵ Elise Carpentier, « *La définition du lotissement. - Version 1.3.12* », La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 11, 16 Mars 2012, 1128

¹⁷⁶ CE, 20 févr. 2013, Buiret-Fedit, n° 345728, BJD 2013, p. 199, concl. A. Lallet, obs. J. Trémeau

¹⁷⁷ Laetitia Santoni, « *La division d'un terrain bâti en vue de construire est un lotissement* », Constr. – Urb. n° 4, Avril 2013, comm. 52

A ce jour, et à notre connaissance, aucune jurisprudence portant sur la question du reliquat n'a été rendue sur le visa des textes issus de la réforme entrée en vigueur au 1^{er} mars 2012. Mais il ne nous semble pas acquis qu'une telle solution fondée sur une définition objective du lotissement soit transposable. En effet, le lotissement « rétroactif », c'est à dire la division qui a pour effet de constituer un lotissement, a été supprimée de la définition de l'article L. 442-1 du Code de l'urbanisme, en conséquence de quoi une procédure de régularisation a été insérée à l'article R. 442-2. Ensuite, parce que justement aucune disposition n'avait clairement défini le périmètre du lotissement. En d'autres termes, la dernière réforme aurait mis fin, sous toutes réserves, à la situation dans laquelle il peut exister des lots de lotissement qui s'ignorent.

Pour autant, comme le soulignent les Professeurs Carpentier et Trémeau, la nouvelle définition du lotissement procède certes d'une intention de simplification mais pose le problème de « *caractérisation de l'intention de construire, et de son éventuelle évolution* »¹⁷⁸. Ils s'interrogent alors sur la question de savoir si la suppression d'un délai de dix ans ne conduit pas à une forme d'insécurité juridique. Car on ne sait plus à partir de quel délai une intention de construire est détachable de l'opération de division, et donc non constitutive de lotissement rétroactivement. Cela dit, la procédure de régularisation de l'article R. 442-2 ne soumet pas l'intention de construire à la procédure de lotissement. Il est juste prévu que la demande de permis de construire tient lieu de déclaration préalable de lotissement, ce qui signifie qu'aucune autorisation de lotir n'est nécessaire. Dans le même sens, Sylvain Pérignon considère que le reliquat exclu du périmètre du lotissement, au sens du nouveau régime, « *peut être construit ou vendu comme terrain à bâtir par son propriétaire, sans formalité spécifique au regard de la réglementation des lotissements* », allant implicitement jusqu'à écarter la nécessité de recourir à une régularisation. Mais il ajoute que ce reliquat « *doit être constructible sans avoir à se raccorder aux aménagements du lotissement partiel autorisé. Si tel n'est pas le cas, il doit être réintégré dans l'assiette du lotissement* »¹⁷⁹.

Nous ne pouvons que partager cette analyse, à savoir que le reliquat non-bâti ne saurait en aucun cas constituer un lot de lotissement dès lors qu'il est constructible – voire divisible – de manière autonome, indépendamment de l'opération de lotissement située sur la même unité foncière d'origine. Il est par ailleurs nécessaire de veiller à ce qu'aucun terrain issu d'une unité foncière exclue du périmètre du lotissement ne soit inconstructible, pour des raisons tant urbanistiques que juridiques. Il serait en effet contraire à l'esprit du PLU que des opérations d'aménagement puissent générer des terrains inconstructibles dans des secteurs classés en zone U ou AU. D'autre part, s'il vient un jour l'intention de construire le reliquat non-bâti, il faudra alors envisager la constitution d'un droit de passage, ce qui n'est jamais une solution idéale tant elle porte atteinte aux droits du propriétaire du fonds servant. Le reliquat ne doit donc pouvoir être exclu du périmètre que s'il est directement constructible, et la suppression du lotissement « effet » doit être entendue comme l'interdiction pour l'administration d'approuver des autorisations de lotir dont le périmètre exclurait des parties non-constructibles.

¹⁷⁸ Elise Carpentier et Jérôme Trémeau, « *Le contrôle urbanistique des divisions foncières et le nouveau lotissement* » : RFDA 2012, p. 876 et s.

¹⁷⁹ Sylvain Pérignon, *Nouveau régime des divisions foncières*, 2^{ème} édition, Ed. Le Moniteur, Paris, 2013, p. 60

Quant au cas de figure d'une pluralité d'unités foncières, là aussi un certain nombre d'interrogations peuvent se poser. En effet, on notera que le pouvoir réglementaire ne précise pas dans l'article R. 441-1 si le périmètre peut ne porter que sur une partie de plusieurs unités foncières. Il n'est fait référence qu'à « l'unité foncière », au singulier. Pourtant, la deuxième partie de l'article L. 442-1 renvoie bien à la possibilité pour le lotisseur d'inclure les parties déjà bâties de « *l'unité foncière ou des unités foncières concernées* ». En revanche, le lotisseur reste au singulier, comme si cette possibilité n'était pas offerte à des colotisseurs.

Il ne faut toutefois pas en tirer à notre avis une interprétation littérale et rigide des textes. Compte tenu de la définition du lotissement telle qu'elle résulte de l'article L. 442-1, il semble aller assez naturellement de soi que le périmètre peut porter par exemple sur l'intégralité d'une unité foncière et sur une partie de l'unité foncière qui lui est contigüe, de même qu'elle peut porter sur deux parties de deux unités foncières contigües, peu importe que les parties exclues soient déjà bâties ou non, etc. Le seul critère qui compte est que le périmètre du lotissement soit d'un même tenant, comme ont pu le relever des auteurs :

*« Lorsque le lotissement ne porte que sur partie de l'une ou de plusieurs des unités foncières, l'obligation de contiguïté se reporte nécessairement sur ces parties entre elles, bien que le texte ne l'exige pas explicitement. »*¹⁸⁰

En conclusion, il ne fait selon nous aucun doute que le législateur a clairement laissé aux lotisseurs la totale liberté de composer l'assiette foncière de leurs opérations, peu importe que les parties d'unités foncières exclues du périmètre du lotissement soient bâties ou non. De ce point de vue, la seconde partie de l'article L. 442-1-2 ne nous apparaît pas opportune, la première partie suffit à affirmer le principe de libre-composition. D'ailleurs, il n'est pas acquis que l'intégration de parties déjà bâties dans le périmètre apporte automatiquement une constructibilité supplémentaire. Tout dépend du rapport entre la superficie du reliquat bâti et la surface de plancher déjà consommée au regard de la constructibilité autorisée par les règles d'urbanisme. De même, le reliquat ne saurait en aucun cas constituer un lot de lotissement, dès lors que le lotisseur a clairement choisi de l'exclure du périmètre de l'opération, en dépit de la jurisprudence allant dans le sens contraire rendue au visa des textes antérieurs. Enfin, l'hypothèse d'un reliquat non-bâti inconstructible du fait de l'absence d'accès à la voirie et aux réseaux ne devrait pas être admise dès lors que celui-ci se situe en zone constructible.

Le cas de l'assiette foncière de la déclaration préalable de lotissement.

(82.) En application du régime du lotissement tel que résultant de la réforme entrée en vigueur au 1^{er} mars 2012, il résulte de la combinaison des articles R. 421-19 et R. 421-23 du Code de l'urbanisme que les lotissements pour lesquels ne sont pas prévus « *la création ou l'aménagement de voies, d'espaces ou d'équipements communs à plusieurs lots destinés à être bâtis et propres au lotissement* » et qui ne sont « *pas situés dans un secteur sauvegardé, dans un site classé ou en instance de classement* », ne sont pas soumis à permis d'aménager mais simplement à déclaration préalable. Toutefois, en matière de composition du terrain d'assiette du lotissement, le Code de

¹⁸⁰ Laetitia Santoni et Philippe Benoît-Cattin, *Lotissements. – Définition juridique. – Champ d'application*, JCP Construction-urbanisme, fasc. 32-4, 2012, Comm. 33

l'urbanisme n'opère aucune différence entre celle du permis d'aménager et celle de la déclaration préalable.

D'abord, l'article L. 442-1-2 du Code de l'urbanisme, à l'instar de toutes les dispositions législatives en matière de lotissement, est commun aux opérations soumises à permis d'aménager et à déclaration préalable. Ensuite, le dernier alinéa de l'article R. 441-9, relatif à la déclaration préalable, reprend une formulation strictement identique à celle du dernier alinéa de l'article R. 441-1 relatif au permis d'aménager, à savoir que : « *La demande peut ne porter que sur une partie d'une unité foncière* ».

Cette similitude est toutefois récente puisque c'est la réforme entrée en vigueur au 1^{er} mars 2012 qui a inséré une telle disposition à l'article R. 441-9. L'absence d'indication précise quant à la composition de l'assiette foncière du lotissement déclaré laissait à penser auparavant que son périmètre devait porter sur l'intégralité de l'unité foncière, et avait alors pu amener des auteurs à préconiser « *la possibilité de réaliser un lotissement dans le cadre d'une déclaration préalable sur une fraction de l'unité foncière* »¹⁸¹. Cette préconisation n'a plus lieu d'être depuis que les textes ont été clarifiés. Par conséquent, les interrogations suscitées par le terrain d'assiette du lotissement déclaré sont identiques à celles du lotissement soumis à permis d'aménager.

B – Le périmètre du remembrement

(83.) Avant d'aborder spécifiquement la question de son périmètre, il convient d'abord de définir ce qu'est une opération de remembrement, la littérature juridique ayant été peu abondante sur le sujet. Ce sont d'ailleurs davantage des revues relatives aux questions foncières ou urbaines qui se sont emparées de cette thématique que des revues juridiques à proprement parler. A titre d'exemple, la revue « Etudes foncières » est sans doute l'une de celles qui y a consacré le plus d'articles¹⁸². Pourtant, il s'agit bien d'une opération à forte dimension juridique dans la mesure où il est porté atteinte, de manière consentie ou forcée, à la contenance de la propriété foncière. Or, aucun juriste n'a, à notre connaissance, tenté d'apporter une définition au remembrement. En toute humilité, nous allons donc tenter de le faire.

Ainsi, le remembrement peut être défini comme un aménagement réalisé sur une assiette constituée de plusieurs terrains contigus appartenant à des propriétaires différents, ayant pour objet de reconfigurer une trame foncière préexistante en vue d'atteindre un objectif déterminé. Techniquement, il s'agit de faire table rase de tout ou partie des limites séparatives à l'intérieur d'un périmètre donné, et de proposer un nouveau découpage parcellaire. Il s'agit de procéder, au sein d'une seule opération, au fusionnement des terrains puis à leur division.

Le remembrement est très souvent appréhendé dans sa finalité rurale, ou « agricole et forestière », et il est clair que de nombreuses opérations de remembrement ayant pu exister depuis des décennies l'ont été à cette fin. Pourtant, il existe également des

¹⁸¹ Jean-Michel Lugerini et Vincent Guinot, « *Le lotissement soumis à déclaration préalable : éléments de réflexion sur quelques questions en suspens* », Constr. - Urb. n° 6, 2009, étude 10, n° 12

¹⁸² V. notamment : Alice Bonnard, « *Le charme discret des AFU de remembrement* », Etudes foncières, 1994, n°64, p. 25 et s. ; Pierre Favier et Sébastien Lamy, « *Moderniser les associations foncières urbaines* », Etudes foncières, 2013, n° 163, p. 4 et 5

remembrements à finalité urbaine, et c'est ce dernier qui va faire l'objet de notre attention dans les développements à suivre, dans le sens où l'intention d'une telle opération est soit la création de terrains constructibles, soit l'amélioration des conditions de densification du bâti existant. Il est à noter que le remembrement urbain suppose, à l'instar du lotissement, des travaux d'aménagement de voiries et d'équipements. Ainsi que le relève un auteur :

*« Cette possibilité d'effectuer des travaux (dans le cadre d'un remembrement) n'avait pas, à l'origine, été explicitement envisagée par le législateur mais était implicitement reconnue. La loi n° 85-729 du 18 juillet 1985 a mis un terme à de susceptibles hésitations en précisant la possibilité de réaliser les travaux d'équipement et d'aménagement nécessaires. »*¹⁸³

Or, il n'existe dans notre droit qu'une seule possibilité pour des propriétaires de procéder ensemble à une opération de remembrement : l'association foncière urbaine (AFU), créée par la loi n°67-1253 du 30 décembre 1967 dite « loi d'orientation foncière ».

L'opération de remembrement ne date toutefois pas de 1967. La première mention de ce terme trouve son origine dans une loi du 9 mars 1941, puis dans une loi du 14 avril 1947 et une autre du 8 août 1950, ces deux dernières étant encore en vigueur, faisant l'objet aujourd'hui respectivement des articles 1058, et 1055 du Code général des impôts, relatifs au « remembrement amiable en vue de la reconstruction », et au « remembrement amiable de terrains destinés à la construction d'immeubles à usage d'habitation ». Le Code de l'urbanisme n'a jamais fait la moindre mention de ces opérations, ce qui peut s'expliquer par leur caractère purement privatif. Un auteur a ainsi pu relater que :

*« Sur le plan juridique, le remembrement amiable dont s'agit, qui intervient amiablement et volontairement entre les propriétaires intéressés s'analyse en un échange collectif et mutuel de nature civile et se trouve donc par suite dominé par les règles résultant des articles 1702 à 1707 du Code civil (cf. Liet-Veaux : JCP 1949, I, 799, n° 21). »*¹⁸⁴

C'est donc selon les principes de la liberté contractuelle que des propriétaires peuvent mettre leurs propriétés dans le « pot commun » de l'opération sans toutefois bénéficier de toutes les garanties apportées par la constitution d'une association à cet effet. Nous sommes donc extrêmement réservés sur le bien-fondé et la pertinence aujourd'hui de telles opérations situées hors du champ du droit de l'urbanisme, qui ne reconnaît pour sa part la possibilité de réaliser des remembrements urbains qu'à travers une association foncière urbaine constituée à cet effet. Une distinction est toutefois établie entre l'opération de remembrement réalisée par une AFU libre, soumise à permis d'aménager, et celle réalisée par une AFU autorisée ou constituée d'office, non soumise à autorisation d'urbanisme puisque relevant du champ des opérations publiques d'aménagement.

Malgré la relative ancienneté du dispositif, le principe reste moderne en termes de gouvernance puisqu'il s'agit de confier aux propriétaires eux-mêmes, de manière collective et concertée, la destinée de leur environnement urbain. D'un point de vue

¹⁸³ Jean Hugot, *Associations foncières urbaines – Champ d'application et caractéristiques*, JCP Construction-Urbanisme, fasc. 20-10, 2006, mise à jour 2012, Comm. 24

¹⁸⁴ Jean Hugot, *Remembrement amiable de terrains destinés à la construction d'immeubles à usage d'habitation*, JCP Construction-Urbanisme, fasc. 19-10, 1995, (mise à jour 2006), Comm. 10

économique, il y a également l'idée que l'AFU permet une valorisation foncière profitant à chaque propriétaire au *pro rata* de leurs droits, ce qui n'aurait pas été possible individuellement en l'état du morcellement parcellaire préexistant. Pourtant, le recours à des opérations de remembrement réalisées par des AFU se fait de plus en plus rare, et les nouvelles générations de professionnels de l'aménagement méconnaissent assez largement ce mode opérationnel.

La réforme de 2007 a fait du remembrement réalisé par une AFU libre une simple alternative au lotissement, alors qu'il peut se révéler efficace dans un certain nombre de situations où le colotissement n'est pas une réponse adaptée. Nous pouvons penser en particulier à des opérations de densification en zones déjà urbanisées, mais dans lesquelles des gisements fonciers existent, ou encore des opérations dans lesquelles une action sur la trame parcellaire s'articulerait utilement avec une action coordonnée sur le bâti existant, pour sa réhabilitation ou son extension.

Les garanties apportées aux propriétaires dans le cadre d'un remembrement.

(84.) La protection des droits de chaque membre de l'AFU, dans un esprit d'équité, constitue l'une des principales préoccupations du législateur. Consistant, par définition, en une modification des droits réels immobiliers de chaque propriétaire, le remembrement de parcelles nécessite la délégation d'importants pouvoirs au profit de l'association et, corrélativement, l'attribution de diverses garanties au bénéfice des associés. Cette préoccupation transparaît dans la formulation du 1^o de l'article L. 322-2 du Code de l'urbanisme, qui renvoie le remembrement à « *une modification corrélative de l'assiette des droits de propriété, des charges et des servitudes y attachées* ». Mais c'est l'article R. 322-8 du même code qui, en reconnaissant l'intérêt commun que revêt une telle opération, consacre implicitement un principe d'équité :

« Le projet de remembrement est établi dans l'intérêt commun eu égard aux possibilités d'utilisation du sol à l'intérieur du périmètre de remembrement. »

Même si le contentieux est peu courant en la matière, sans doute en raison de la rareté des opérations de remembrement, le juge administratif doit protéger l'intérêt commun en contrôlant effectivement que l'association foncière urbaine assure une répartition équitable des droits des propriétaires. C'est en ces termes qu'une jurisprudence du Conseil d'Etat a pu considérer qu'« *Il ne ressort pas des pièces du dossier que les critères retenus par l'association foncière urbaine n'assurent pas une répartition équitable des droits des propriétaires ou soient étrangers à leur intérêt commun* », et par conséquent que « *le moyen tiré de la méconnaissance de l'article R. 322-8 du code de l'urbanisme que du principe d'égalité doit, par suite, être écarté.* »¹⁸⁵

Certes, le cas d'espèce concernait un contentieux dans le cadre d'une AFU autorisée, qui est susceptible de générer un contentieux plus probable dans la mesure où une minorité de propriétaires peuvent être intégrés dans l'opération contre leur gré. Est-ce qu'une telle jurisprudence serait transposable dans le cadre d'une AFU libre, qui par définition repose sur un principe d'unanimité ? A notre sens, la réponse à cette question doit être positive. D'abord parce que les dispositions de l'article R. 322-8 valent pour tous les types d'AFU, y compris donc les AFU libres, ensuite parce que le plan de remembrement joint à la demande de permis d'aménager est établi par

¹⁸⁵ CE, 13 mai 1996, *Min. de l'Équipement du logement, de l'aménagement du territoire et du Tourisme*, n° 90586

l'organe exécutif, si l'on peut dire, de l'AFU, à savoir le « conseil des syndics »¹⁸⁶ et non pas par son assemblée générale à l'unanimité de ses membres. On peut donc adhérer à une AFU libre en approuvant sur le principe une opération de remembrement, mais contester le plan de remembrement que sera amené à réaliser l'organe exécutif de l'association.

Selon les dispositions de l'article R. 322-15 du Code de l'urbanisme, le plan de remembrement, qui doit être approuvé par la majorité des membres, comprend :

- « 1° Les plans et états parcellaires nouveaux désignant les immeubles (...) ;*
- 2° Un tableau pour chaque propriétaire des parcelles ou quotes-parts de parcelles avant et après remembrement, avec l'indication des soultes (...);*
- 3° Le cas échéant, un état des droits réels qui seront éteints par l'arrêté du préfet prévu à l'article R. 322-17 moyennant indemnité due par l'association.*
- 4° Le cas échéant, un état des droits réels, à l'exception des privilèges et hypothèques, reportés ou attribués sur les parcelles après remembrement ;*
- 5° Le cas échéant, un état des bâtiments ou ouvrages, d'une part, à conserver, d'autre part, restant à détruire par l'association. »*

On voit bien la méticulosité avec laquelle le remembrement des parcelles doit s'effectuer afin que chaque membre de l'association soit protégé dans l'exercice de son droit de propriété, les textes allant même jusqu'à instituer des mécanismes de compensation (soultes, indemnités), si jamais certains propriétaires devaient être lésés. Il peut être difficilement envisagé pareil contrôle du juge administratif dans le cas d'un contentieux entre colotisseurs, *a fortiori* lorsqu'ils sont cotitulaires du permis d'aménager, n'étant nulle part précisé dans les textes qu'une telle opération doit poursuivre un intérêt commun dans le respect des droits de chaque propriétaire colotisseur.

En tout état de cause, le plan de remembrement ne constitue pas une pièce du permis d'aménager, et son examen n'est donc pas soumis aux services instructeurs de l'autorité compétente pour délivrer une telle autorisation. L'idée étant de garantir l'équité des droits de chacun des propriétaires, il est soumis à un contrôle préfectoral. A la lecture des articles R. 322-7 à R. 322-19 insérés dans un paragraphe intitulé « Redistribution parcellaire et fixation de l'état nouveau », il est confié au préfet la charge du contrôle des opérations, ces articles concernant l'ensemble des AFU. Cela dit une certaine confusion peut régner dans le fait que certaines de ces dispositions renvoient directement à l'article L. 442-6, lequel ne concerne que les AFU autorisées ou constituées d'office. Il n'en demeure pas moins que le plan de remembrement, tel que prévu à l'article R. 322-15 précité, semble concerner l'ensemble des projets de remembrement de l'ensemble des AFU, et qu'aux termes de l'article R. 322-17 :

« Le préfet, par arrêté :

Approuve le plan de remembrement de l'association foncière urbaine, qui demeure annexé à l'arrêté ;

Prononce les transferts et attributions de propriétés ainsi que les reports et attributions de droits réels qui résultent de ce plan ;

¹⁸⁶ Art. R. 322-2 du Code de l'urbanisme : « L'appellation " syndicat " utilisée dans le décret n° 2006-504 du 3 mai 2006 est remplacée, en ce qui concerne les associations mentionnées à l'article R. 322-1, par celle de " conseil des syndics ". »

Prononce la clôture des opérations de remembrement. (...) ».

Le permis d'aménager tel que prévu par le Code de l'urbanisme s'agissant des remembrements réalisés par une AFU libre ne s'intéresse donc pas au découpage parcellaire de l'opération mais ne s'attache qu'aux considérations de voiries et d'espaces communs.

Le permis d'aménager un remembrement réalisé par une AFU libre.

(85.) Aux termes de l'article R. 421-19 du Code de l'urbanisme :

« Doivent être précédés de la délivrance d'un permis d'aménager :

- a) Les lotissements (...) ;*
- b) Les remembrements réalisés par une association foncière urbaine libre régie par le chapitre II du titre II du livre III, lorsqu'ils prévoient la réalisation de voies ou espaces communs ; »*

Les remembrements réalisés par une association foncière urbaine autorisée ou constituée d'office sont quant à eux explicitement exclus de son champ d'application en application des dispositions de l'article R. 442-1 du Code de l'urbanisme qui prévoit en effet que :

« Ne constituent pas des lotissements au sens du présent titre et ne sont soumis ni à déclaration préalable ni à permis d'aménager :

(...)

- b) Les divisions effectuées dans le cadre d'une opération de remembrement réalisée par une association foncière urbaine autorisée ou constituée d'office régie par le chapitre II du titre II du livre III ; (...) »*

Pour ce qui concerne les remembrements réalisés par une AFU libre, il est toutefois précisé que seuls les opérations prévoyant la réalisation de voies ou d'espaces communs sont soumis au permis d'aménager, ce qui paraît logique si on établit un parallèle avec le lotissement. Ce dernier n'est également pas soumis à permis d'aménager s'il n'est pas prévu la création ou l'aménagement de voies, espaces ou équipements communs, mais à déclaration préalable. Peut-être est-ce simplement anecdotique, mais s'agissant des remembrements, le terme d'« équipements » n'est pas mentionné. Il ne faut pas en déduire pour autant qu'un remembrement réalisé par une AFU libre, sans création de voies ou espaces communs, est soumis à déclaration préalable. En effet, aucune disposition du Code de l'urbanisme ne le prévoit, si bien que l'on peut en déduire l'absence de contrôle administratif de telles opérations.

Il convient toutefois de distinguer le cas de figure d'un remembrement de celui d'un détachement-rattachement tel que prévu au f) de l'article R. 442-1 du Code de l'urbanisme pour exclure ce dernier du champ d'application du lotissement. Mais la question peut se poser de savoir où placer le curseur entre de multiples opérations de détachements-rattachements sur un périmètre donné d'une part et un remembrement sans travaux d'autre part. A notre connaissance, aucun auteur ne s'est penché sur la question, mais nous serions d'avis pour notre part que la réponse se situe dans la différence entre le nombre de parcelles avant et après l'opération. Si cette différence est nulle, il s'agira alors d'une opération comportant une série de détachements-rattachements. Si elle est positive, il s'agira alors d'un remembrement.

Pour ce qui concerne le remembrement avec réalisation de voiries ou d'espaces communs, il ressort assez nettement que le permis d'aménager n'a pas pour objet de contrôler l'opération de remembrement elle-même comme nous l'avons déjà souligné, aucun plan de remembrement n'étant du reste exigé de même qu'aucun plan de division n'est exigé pour un permis d'aménager un lotissement. Le permis d'aménager a principalement pour objet, semble-t-il, d'assurer que toutes les parcelles remembrées aient un accès à la voirie, condition essentielle de leur constructibilité effective. Cette situation est somme toute assez logique. Il n'appartient pas aux services instructeurs, en vertu de l'application du droit des sols, de veiller à ce qu'un plan de remembrement tienne bien compte de l'équilibre des droits de chaque propriétaire. Ce n'est pas dans ses attributions, et ce serait s'immiscer en outre dans des relations de droit privé. Mais de là à priver l'Administration du contrôle de la production de terrains à bâtir, il y a tout de même une faille dans le dispositif. Si le remembrement consiste en un réajustement de limites parcellaires, l'impact sur l'urbanisation sera généralement assez limité. C'est au contraire dans le cas où un remembrement a pour effet créer de nouveaux terrains constructibles que cette absence de contrôle pourrait être préjudiciable. Le contenu du dossier de demande de permis d'aménager est en fait assez pauvre dans le cas d'un remembrement. Seules les pièces requises au titre des articles R. 442-1 et R. 442-2 du Code de l'urbanisme sont demandées. Celles requises au titre des articles R. 442-3 et suivants, concernant spécifiquement la demande d'un permis d'aménager un lotissement, ne sont naturellement pas exigées. Et aucune disposition du code ne prévoit de pièces spécifiques à une opération de remembrement. Le formulaire Cerfa n° 13409*04 n'évoque pas la nécessité de produire des pièces particulières dans le cas d'un remembrement. Le terme de remembrement n'est d'ailleurs mentionné que deux fois dans le formulaire. Dans la liste du bordereau de dépôt des pièces jointes, les termes « remembrement » ou « association foncière urbaine » ne sont pas mentionnés.

Il faut dire également que contrairement au lotissement, le remembrement n'a jamais été appréhendé sous l'angle de la production de terrains à bâtir, sans doute à tort. L'absence de contrôle peut paraître alors préjudiciable. L'administration n'est en mesure de prendre connaissance du projet qu'à travers les pièces PA1 à PA4 (un plan de situation, une notice, un plan de l'état actuel et un plan de composition de l'ensemble du projet). Etonnamment, les pièces PA5 à PA12 ne sont pas demandées (parmi lesquelles figurent notamment les vues, coupes, photographies, programmes et plans des travaux, hypothèses d'implantation des bâtiments, etc.). De même, la rubrique relative au nombre de lots projetés, à la surface de plancher maximale envisagée et au mode de répartition de la constructibilité maximale ne concerne pas l'hypothèse du remembrement. Il est difficile de savoir si ces lacunes résultent d'une volonté claire ou bien d'une négligence du pouvoir réglementaire. Mais compte tenu du faible recours au remembrement par un permis d'aménager, c'est sans doute par désintérêt pour cette procédure qu'un dossier de remembrement puisse être si peu épais, d'autant que rien ne peut justifier, d'un point de vue urbanistique, que le remembrement bénéficie d'une procédure allégée. Le contrôle extrêmement limité par l'Administration du mode de production urbaine est une chose sur laquelle il convient d'attirer l'attention.

Au regard de tous ces éléments, on peut se demander si le fait d'avoir soumis à permis d'aménager l'opération de remembrement réalisée par une AFU libre n'est pas, rétrospectivement, une anomalie. D'autant que le contrôle de la garantie pour chaque

propriétaire du maintien d'un principe d'équité dans leurs droits, ainsi que de la silhouette morphologique qui pourrait résulter de l'opération, sont confiés au préfet.

Les incertitudes autour du terrain d'assiette de l'opération de remembrement.

(86.) Il n'existe aucune disposition relative à la composition du périmètre d'une opération de remembrement comme c'est le cas en matière de lotissement. Plus précisément, aucune disposition relative à la délimitation du plan de remembrement soumis au contrôle du préfet, ni à celui du permis d'aménager un remembrement n'est prévue dans le Code de l'urbanisme. Toutefois, son article R. 441-1, qui dispose que la demande de permis d'aménager « *peut ne porter que sur une partie d'une unité foncière* », est valable également pour le remembrement.

La question se pose pourtant véritablement lorsque, comme c'est souvent le cas, les reliquats déjà bâtis des terrains qu'il s'agit de remembrer doivent être exclus de l'opération. De cette manière, seules des parties non-bâties de terrains sont intégrées dans le périmètre de l'opération dans la mesure où, contrairement au lotissement, une AFU est généralement constituée dans des secteurs déjà plus ou moins urbanisés. La possibilité pour des propriétaires de ne pas intégrer dans l'opération les bâtiments qu'ils habitent ou utilisent selon d'autres destinations peut en effet être appréciée et surtout faciliter les opérations. Rien n'interdit non plus que des parties même non-bâties de terrains à remembrer puissent être exclues du périmètre de l'opération si tel est le souhait du propriétaire concerné, avec l'accord naturellement des autres propriétaires.

Mais se pose la question de savoir si l'exclusion préalable de reliquats bâtis ou non des propriétés du périmètre est en elle-même constitutive de lotissement, auquel cas il y aurait autant de lotissements que d'exclusions de parties déjà bâties. En effet, l'intention du détachement est bien l'implantation de bâtiments, même si ce ne sont pas les terrains directement détachés qui seront des lots à bâtir, mais les lots issus de leur remembrement. Si juridiquement, il peut tout à fait être soutenu que la délimitation d'un périmètre de remembrement excluant des reliquats de terrains est constitutive de lotissement(s), une telle solution n'est absolument pas souhaitable en pratique. Celle-ci aurait pour effet de superposer les procédures et complexifier l'opération. Une clarification des textes à cet égard est donc souhaitable. D'autant qu'à la lecture littérale des textes, l'article R. 442-1 du Code de l'urbanisme se borne à n'exclure du champ d'application du lotissement que « *les divisions effectuées dans le cadre d'une opération de remembrement (...)* », sans préciser si les divisions préalables à la délimitation d'une opération de remembrement de manière à ne pas y intégrer les reliquats étaient elles aussi exclues du champ d'application du lotissement. Ne peut-on pas toutefois considérer que de telles divisions, mêmes préalables, sont effectuées dans le cadre d'une opération de remembrement ? L'autre interrogation réside dans le fait que cette disposition ne vise que les opérations de remembrement réalisées par des AFU autorisées ou constituées d'office. Et il n'existe aucune disposition excluant explicitement les divisions effectuées dans le cadre du remembrement réalisé par une AFU libre du champ d'application du lotissement. Le doute demeure donc d'autant plus fort dans ce cas, et renvoie encore une fois à la nécessité d'une clarification des textes.

La possibilité d'édicter une réglementation spéciale d'urbanisme.

(87.) Le 6° de l'article R. 322-15 prévoit que le plan de remembrement envoyé au préfet pour approbation comprend « *Les prescriptions propres à l'opération en complément de la réglementation d'urbanisme applicable* », autrement dit l'équivalent d'un règlement pour ce qui concernerait un lotissement, à ceci près que le processus d'adoption de ces prescriptions spéciales échapperaient aux services instructeurs en charge de l'application du droit des sols. La particularité d'une telle réglementation spéciale est qu'elle n'est nulle part régie par des dispositions du Code de l'urbanisme quant à sa pérennité dans le temps, ou bien à leur possible contractualisation entre les propriétaires remembrés. Nous y reviendrons longuement dans le chapitre suivant.

Section 2 – L'assiette des permis de construire dans les opérations complexes

(88.) Il ne s'agit pas d'évoquer ici la délimitation de l'assiette foncière des permis de construire résultant d'un lot de lotissement, de remembrement ou de ZAC. Il est clair que les terrains issus de telles opérations constituent des unités foncières à part entière, et la question du terrain d'assiette ne se pose que pour l'application des règles d'urbanisme. C'est ce que nous verrons dans le chapitre suivant. Il s'agit d'évoquer ici plutôt les opérations de construction qui sont concomitantes à des opérations de divisions foncières, ou bien qui portent sur une propriété distincte mais ne faisant pas l'objet d'une unité foncière au sens du droit des sols. Tel est le sens que nous voulons donner à la notion d' « opération complexe ».

En effet, il nous paraît important de bien définir ce qu'il convient d'entendre par « opération complexe », que la doctrine n'a pas formellement définie. Des juges du fond, suivis par la doctrine, ont pu l'assimiler aux projets d'intérêt général¹⁸⁷. Le Conseil d'Etat y a fait référence au sujet d'une ZAC¹⁸⁸. Des auteurs ont également pu employer cette notion pour évoquer le remembrement réalisé par une AFU¹⁸⁹. La notion voisine d' « ensemble immobilier complexe » a en revanche été définie par des auteurs¹⁹⁰, comme fondement de l'application de la division volumétrique, sans toutefois parvenir à faire l'unanimité, le critère d'hétérogénéité s'étant progressivement imposée. Nous définirions pour notre part l'opération complexe comme celle qui a pour objet la construction d'un ou plusieurs bâtiments sur un terrain à diviser, ou bien sur une fraction de terrain dont le sol n'est pas parfaitement divis. La complexité ne renvoie pas, dans cette définition, à une certaine ampleur de l'opération ou une quelconque difficulté technique dans la construction, mais à la complexité du montage juridique de l'opération, à la fois au niveau des autorisations d'urbanisme mais aussi au regard du droit de propriété.

¹⁸⁷ TA Lyon, 2e ch., 1er déc. 1998, Gérard Conac: BJD, n° 2, 2000, p. 83, concl. D. Josserand-Jaillet

¹⁸⁸ CE, sect., 26 mars 1999, Sarl société d'aménagement de Port Léman, n° 185841 : RFD adm. 1999, p. 847, concl. J.-C. Bonichot

¹⁸⁹ *Op. cit.* Laetitia Santoni et Philippe Benoît-Cattin, *Lotissements. – Définition juridique. – Champ d'application*, JCP Construction-urbanisme, fasc. 32-4, 2012, Comm. 123

¹⁹⁰ Pierre Capoulade et Claude Giverdon, « *Propos sur les ensembles immobiliers* » : RD imm. 1997, p. 161

Nous aborderons donc en premier lieu les modes opératoires dont le permis de construire tient lieu d'autorisation de diviser, et qui sont de deux types : la division primaire, et le permis de construire valant division, qui sont d'ailleurs tous deux expressément exclus du champ d'application du lotissement. Ces deux types de permis de construire ont par ailleurs en commun de ne pas avoir été imaginés par le législateur, mais par la pratique. Il peut en effet exister le besoin d'envisager plusieurs projets de construction distincts sur un même terrain d'origine en anticipation de détachements futurs, sans que le propriétaire du terrain d'origine, bien qu'exprimant son accord, en soit nécessairement le maître d'ouvrage. Il peut aussi être exprimé le besoin de construire un projet d'ensemble, qui pourra faire par la suite faire l'objet de divisions foncières, même avant l'achèvement des constructions.

Ensuite, nous étudierons les cas particulier où l'assiette du permis porte sur une fraction divisée d'une propriété que le Code de l'urbanisme reconnaît toutefois comme une unité foncière. C'est le cas résultant d'une division du sol en jouissance, par lequel un lot de copropriété horizontale se voit attribuer un droit de construire qui lui est propre. Nous nous interrogerons enfin sur la question de l'assiette d'un volume dont la reconnaissance par la jurisprudence est au stade embryonnaire.

§ 1 - L'assiette de l'opération de division primaire

(89.) Avant de se pencher sur la question de son terrain d'assiette, il convient de rappeler brièvement en quoi consiste une opération de division primaire. Il s'agit d'une technique permettant à une personne de devenir titulaire du droit de construire sur un terrain ne lui appartenant pas, mais avec l'accord néanmoins du propriétaire. En ce sens, la division primaire est, parmi d'autres opérations, la quintessence même de la scission entre droit de construire et propriété foncière puisque le pétitionnaire est nécessairement une autre personne que le propriétaire. Cela dit, comme son nom l'indique, la division primaire a pour finalité de détacher la fraction de terrain objet du projet de construction, et cela au bénéfice du titulaire du permis de construire.

Contrairement au lotissement, la division foncière succède à l'autorisation de construction. Il n'y a pas division dans l'intention de construire, mais construction dans l'intention de diviser, même si la division peut intervenir avant le commencement des travaux et juste après l'obtention du permis de construire. C'est ainsi que le Code de l'urbanisme admet qu'une division primaire ne soit pas constitutive de lotissement. Mais au lieu de créer une section ou une série de dispositions qui lui soient propres, son régime est prévu au titre des exceptions au lotissement, à l'article R. 442-1, au même titre d'ailleurs que d'autres opérations bien plus anecdotiques. Il est frappant de noter que ce ne sont pas les textes qui ont ainsi nommé ce type d'opération mais la doctrine.

On peut éventuellement y voir là une certaine forme de défiance à l'égard de la division primaire, que le pouvoir réglementaire n'a d'ailleurs pas rendu possible pour la construction de maisons individuelles au sens de l'article L. 231-1 du code de la construction et de l'habitation. Cette interdiction a un caractère clairement « consumériste »¹⁹¹. Il s'agit d'éviter que des particuliers mènent des opérations de

¹⁹¹ *Op. cit.* Laetitia Santoni et Philippe Benoît-Cattin, *Lotissements. – Définition juridique. – Champ d'application*, JCP Construction-urbanisme, fasc. 32-4, 2012, comm. 114

construction sur des terrains dont ils ne sont pas initialement les propriétaires, et qu'ils ne soient pas privés de la protection que leur offre le lotissement s'agissant notamment de la création d'équipements et de voirie. Celle-ci doit donc rester une opération d'exception, accessible seulement aux professionnels de la promotion immobilière, pour la construction d'immeubles collectifs ou d'autres bâtiments non-destinés à l'habitation. Si l'intention implicite est la protection de l'acquéreur/consommateur, alors le choix du critère de la maison individuelle n'est sans doute pas le plus judicieux. Une opération de construction de maisons individuelles par un professionnel dans le cadre d'une vente en l'état futur d'achèvement ne pourra bénéficier du régime de la division primaire alors qu'un groupe de particuliers tentés par l'autopromotion d'un immeuble collectif dans lequel ils ont l'intention d'habiter le pourront. Il n'est pas certain que la protection des acquéreurs soit mieux assurée dans le second cas que dans le premier.

Tout cela étant posé, il convient de se pencher sur une question centrale de la division primaire, qui est celle du terrain d'assiette. Nous pouvons affirmer aujourd'hui que l'instruction du permis doit porter sur l'intégralité du terrain d'origine et non sur la fraction de terrain devant faire l'objet ultérieurement d'un détachement. Mais cela n'a pas toujours été évident et il convient ici de revenir sur l'historique de cette problématique.

Retour sur des années de controverses doctrinales.

(90.) Avant la réforme du droit des sols entrée en vigueur au 1^{er} mars 2012, l'ancien article R. 442-1 d) du Code de l'urbanisme définissait ainsi la division primaire :

« Les divisions par ventes ou locations effectuées par un propriétaire au profit de personnes qu'il a habilitées à réaliser une opération immobilière sur une partie de sa propriété et qui ont elles-mêmes déjà obtenu un permis d'aménager ou un permis de construire portant sur la création d'un groupe de bâtiments ou d'un immeuble autre qu'une maison individuelle. »

D'abord, le fait que le texte prévoyait la possibilité de diviser un terrain suite à l'obtention pas simplement d'un permis de construire mais aussi d'un permis d'aménager pouvait, à première lecture, surprendre. En effet, l'intérêt de la technique de la division primaire étant justement d'éviter d'être soumis à la procédure de lotissement, laquelle suppose l'obtention d'un permis d'aménager. Il s'agissait en fait de prévoir la possibilité d'un recours à une division primaire pour les opérations soumises à permis d'aménager autres qu'un lotissement : projets d'hôtellerie de plein-air, etc. Le permis d'aménager un lotissement était donc, bien entendu, clairement exclu de l'application de ces dispositions. Sur ce point précis, la réforme de 2012 n'a pas eu d'incidence, et le recours à une division primaire suite à l'obtention du permis d'aménager est toujours possible dans le cas où ce dernier ne porte pas sur une opération de lotissement.

Ensuite, du fait de la chronologie imposée, c'est-à-dire de l'obtention du permis qui précède la division, la jurisprudence en avait déduit que l'assiette de la demande de permis de construire était nécessairement la totalité de l'unité foncière, et non la partie destinée à être cédée au titulaire du permis. Selon un arrêt de la Cour administrative d'appel de Versailles datant de 2007 en est un exemple :

« qu'il s'en déduit qu'à la date de délivrance du permis de construire litigieux, la division du terrain en propriété et en jouissance n'était pas intervenue ;

*que, par suite, la commune pouvait répartir librement entre la superficie correspondant au volume 2 et celle correspondant au volume 1 la surface hors œuvre nette (SHON) résultant de l'application du coefficient d'occupation des sols à la superficie totale de la parcelle AK 348 ; »*¹⁹².

Le cas d'espèce est d'autant plus intéressant que le litige portait sur une prétendue surdensité de la fraction de parcelle à détacher, en application d'un COS de 1,20. Cette jurisprudence avait été accueillie avec regret par une partie de la doctrine, dont Jean-Philippe Meng, en ce qu'elle méconnaissait selon lui l'effet d'anticipation voulu selon lui à l'époque par le d) de l'ancien article R. 442-1¹⁹³. En dépit des critiques émises par plusieurs commentateurs, une réponse ministérielle était venue reprendre à son compte, en 2010, cette solution jurisprudentielle en validant la thèse de l'instruction de la demande de permis de construire sur la totalité du terrain d'origine :

*« (...) Dans le cas d'un permis de construire, l'assiette de la demande est obligatoirement constituée par l'unité foncière, c'est-à-dire l'ensemble des parcelles cadastrales d'un seul tenant appartenant à ce propriétaire. A la date de la demande, cette unité foncière correspond à la propriété initiale, puisque la division n'a pas encore été effectuée. (...) »*¹⁹⁴.

La réforme entrée en vigueur au 1^{er} mars 2012 a quelque peu réécrit la définition de la division primaire, désormais codifiée au a) de l'article R. 442-1, de la manière suivante :

« Les divisions en propriété ou en jouissance effectuées par un propriétaire au profit de personnes qui ont obtenu un permis de construire ou d'aménager portant sur la création d'un groupe de bâtiments ou d'un immeuble autre qu'une maison individuelle au sens de l'article L. 231-1 du code de la construction et de l'habitation ».

Est supprimée toute référence aux termes « habilitation » et « partie » du terrain avant division. La suppression du terme « habilitation » est logique car depuis la réforme de 2007, la notion de titre habilitant à déposer une demande de permis a été supprimée. Il s'agit d'une mise en cohérence du régime de la division primaire avec les dispositions de l'article R. 423-1 précité. Mais s'agissant de la suppression du terme de « partie », est-ce que le pouvoir réglementaire a entendu mettre fin à la controverse doctrinale sur la question de l'assiette foncière du permis précédant une division foncière, en laissant entendre que l'instruction doit s'effectuer sur la totalité de l'unité foncière d'origine ? Très probablement. Pourtant, d'autres auteurs continuent de plaider pour une appréciation à l'échelle de la fraction à détacher, en dépit même de la clarification réglementaire opérée en 2012. C'est le cas de Laetitia Santoni et de Philippe Benoit-Cattin, qui ont émis le souhait que *« la jurisprudence finisse par admettre que l'article R. 442-1, a), par son objet même, réduit implicitement l'assiette de la demande de permis de construire à la fraction du terrain destinée à être acquise (...) »*¹⁹⁵.

¹⁹² CAA Versailles, 29 mars 2007, Pax, n° 06VE01147

¹⁹³ Jean-Philippe Meng, « Vers un régime du lotissement plus lisible » : BJD 6/2011, p. 430

¹⁹⁴ Rép. min. n° 65630, JOAN Q, 6 juillet 2010, p. 7649

¹⁹⁵ *Op. cit.*, Laetitia Santoni et Philippe Benoit-Cattin, *Lotissements. – Définition juridique. – Champ d'application*, JCP Construction-urbanisme, fasc. 32-4, 2012, comm. 116

Une divergence jurisprudentielle regrettable.

(91.) Ce fut avec satisfaction que les tenants de la thèse d'une instruction à l'échelle de la fraction de terrain à détacher accueillirent une jurisprudence divergente rendue en 2013 par la Cour administrative d'appel de Lyon, qui a considéré que :

*« dès lors que la société 3F Immobilière Rhône-Alpes ne devait devenir propriétaire que d'une partie, d'une superficie de 2 234 m², de la parcelle cadastrée AK 424, la demande de permis de construire ne devait porter que sur cette seule superficie, et non sur la totalité, d'une surface de 5 906 m², de cette parcelle ; »*¹⁹⁶.

Après avoir appelé de ses vœux un tel revirement, Laetitia Santoni a pu commenter cette décision avec enthousiasme en relevant que celle-ci :

*« doit être approuvée en ce qu'elle s'attache à la logique prospective intrinsèque à la division primaire, et dépasse ainsi avec audace, l'argument rigoriste de l'absence formelle de fondement juridique à la possibilité d'instruire la demande d'autorisation sur une partie seulement de l'unité foncière dans ce cas de figure. »*¹⁹⁷

Nous pouvons observer pour notre part que cette décision ne constitue pas à proprement parler un revirement mais il s'agit plutôt à ce stade d'une divergence entre deux juridictions administratives d'appel, le Conseil d'Etat n'ayant jamais eu à trancher la question. Aussi, le raisonnement du juge administratif en l'espèce est quelque peu approximatif comme en témoigne la formulation de la suite du considérant précité :

« qu'en outre, en tout état de cause, le requérant ne précise pas précise (sic) en quoi le fait de ne pas prendre en compte la totalité de ladite parcelle a pu avoir une quelconque incidence sur l'application des dispositions d'urbanisme opposables au projet ; »

Contrairement à la jurisprudence de la Cour administrative d'appel de Versailles qui avait fondé précisément son raisonnement sur la possibilité de ventiler le COS à l'intérieur de l'unité foncière d'origine, celle de la Cour administrative d'appel de Lyon relève pour sa part l'absence d'incidence de la détermination de l'assiette foncière sur l'application des règles d'urbanisme, ce qui laisse vraiment un sentiment d'interprétation hasardeuse des textes. De plus, bien que rendu en 2013, cet arrêt a tranché un litige au visa des textes antérieurs à la réforme entrée en vigueur au 1^{er} mars 2012, ce que l'auteur précité n'ignore pas, tout en relevant que :

« la suppression de la précision selon laquelle l'autorisation est obtenue sur « une partie de la propriété » initiale n'enlève rien au mécanisme de la division primaire, puisqu'en tout état de cause, la division qu'elle anticipe, est la raison même du dispositif de cette exception. »

Nous ne pouvons que nous opposer à cette analyse qui tend à suggérer que les modifications apportées par la réécriture des dispositions relatives à la division primaire sont anecdotiques, et ne traduisent pas une volonté manifeste et conforme à la doctrine administrative de rejeter toute appréciation sur une fraction d'unité

¹⁹⁶ CAA Lyon, 12 nov. 2013, M. D. c/ Cne Chaponost, n° 13LY00584

¹⁹⁷ Laetitia Santoni, « Division primaire et assiette du permis de construire », Constr. – Urb. n° 1, 2014, p. 20, comm. 4

foncière. Il ne fait selon nous aucun doute que la réécriture de l'article R. 442-1 avait notamment pour objet de mettre clairement fin à cette controverse liée à une rédaction qui pouvait prêter à confusion, comme l'a par ailleurs soutenu Damien Dutrieux :

*« En effet, contrairement à ce qui a pu être écrit, cette expression ne constituait nullement une autorisation de déposer un permis de construire sur une partie seulement de l'unité foncière. Une autorisation d'urbanisme ne peut connaître comme assiette que l'unité foncière, et, à l'instar du certificat d'urbanisme, il n'est pas possible de déposer une demande ne visant pas l'intégralité de l'unité, sauf texte l'autorisant expressément (...) »*¹⁹⁸

Il semble important ici de revenir à l'esprit des textes, et non simplement à la lettre. L'intention du législateur exprimée par le biais de la réforme de 2007, corrigée en 2012 dans le sens d'une affirmation, était de simplifier et d'optimiser la constructibilité, dans un objectif généralisé de densification. Cela passe donc par une application assouplie des règles d'urbanisme en faveur d'une densité davantage modulable. S'il est désormais bien établi que le terrain d'assiette d'une demande de permis de construire peut être constitué d'une ou de plusieurs unités foncières, aucun texte n'a jamais laissé entendre, même implicitement, qu'il était possible de déposer une telle demande sur une partie d'unité foncière. La « fraction » d'unité foncière pour l'appréciation des règles d'urbanisme n'existe pas s'agissant du permis de construire. Cette notion nous semble même contraire aux principes de base du droit des sols en ce que l'unité de référence pour l'appréciation des règles définies dans les règlements des documents d'urbanisme est justement l'unité foncière. L'unité est ici par essence non-fractionnable.

Or, les tenants d'une assiette portant sur une fraction d'unité foncière fondent leur raisonnement sur l'idée que le permis de construire obtenu dans le cadre d'une opération de division primaire en constitue une catégorie spéciale. Pour eux, le permis de construire est un moyen et la division une fin. Dès lors, cette finalité justifie une exception au régime commun des permis de construire, et notamment au principe d'unicité de l'unité foncière. De plus, considérer l'unité fractionnée en tant qu'entité foncière avant même l'obtention du permis de construire reviendrait à diviser en vue de bâtir, ce qui est constitutif de lotissement.

On notera donc ici que le permis de construire obtenu dans le cadre d'une division primaire doit être considéré comme un permis de construire de droit commun, au moins sur la question du terrain d'assiette. Il faut rappeler que la division primaire avait été envisagée à l'origine comme une alternative au lotissement, mais en aucun cas au permis de construire. Dans le cadre de la procédure de division primaire, aucune disposition ne vise par ailleurs à obliger le pétitionnaire à indiquer que le terrain d'assiette du permis va faire l'objet d'une division. Tout au plus, comme le souligne Sylvain Pérignon¹⁹⁹, le cadre 5-2 du formulaire CERFA n° 13409*02 relatif à la nature du projet envisagé oblige-t-il à indiquer que « *le terrain doit être divisé en propriété ou en jouissance avant l'achèvement de la (ou des) constructions* ». Il s'agit juste d'informer l'administration de l'intention de diviser, et il n'est pas demandé de fournir par exemple un plan de division, comme c'est le cas pour le permis de construire valant division. Si une telle pièce n'est pas requise, cela signifie bien que

¹⁹⁸ Damien Dutrieux, « Une nouvelle définition de la division primaire ? » : Actes pratiques et ingénierie immobilière, n° 2, 2012, p. 1

¹⁹⁹ Op. cit. Sylvain Pérignon, *Nouveau régime des divisions foncières*, 2^{ème} édition, Ed. Le Moniteur, Paris, 2013, p. 33

les services instructeurs n'ont pas à connaître l'emplacement des lignes séparatives de la future division, ce qui plaide là aussi en faveur d'une instruction du permis sur l'intégralité du terrain d'origine.

La question du résidu et de la modulabilité des droits à bâtir.

(92.) La question de l'assiette de la division primaire est essentielle quant à l'analyse du statut juridique de la partie de propriété non concernée par la construction. Dans l'hypothèse, que nous rejetons, selon laquelle celle-ci est exclue de l'assiette du projet, nous aurions pu la qualifier de « reliquat », à l'instar des parties d'unités foncières exclues du périmètre du lotissement. Mais comme nous soutenons au contraire la thèse de l'inclusion de toute l'unité foncière d'origine dans l'opération, nous devons alors qualifier la partie de terrain non concernée par la construction de « résidu ». Le résidu est donc le terrain résultant d'une division primaire, qui était déjà préalablement bâti, ou bien qui n'est pas bâti au terme de l'opération.

Par ailleurs, la notion de résidu amène à s'interroger sur la modulabilité des droits à bâtir entre le résidu et la partie détachée. On peut douter en effet de l'intérêt que pourrait avoir, pour les opérateurs, une instruction à l'échelle d'une fraction d'unité foncière, auquel cas toute possibilité de modulation des droits à bâtir entre l'acquéreur et le vendeur serait supprimée. Concrètement, dans quel cas un opérateur procède-t-il à une division primaire ? Il s'agit en principe d'un professionnel qui souhaite faire l'acquisition d'une partie de terrain pour y édifier une construction. Seulement, cette personne cherche à s'assurer de la faisabilité de l'opération de construction avant de s'engager, et les parties insèrent dans la promesse de vente une condition suspensive d'obtention préalable d'un permis de construire. La division s'effectue alors une fois acquise la certitude de pouvoir construire selon le projet objet de la demande.

Le principal intérêt justement est que le vendeur et l'acheteur peuvent convenir en bonne intelligence, et selon leurs besoins respectifs d'une implantation et d'une densité que n'autoriserait pas le règlement du document d'urbanisme s'il s'agissait de deux terrains distincts. Le vendeur va éventuellement établir des servitudes, par rapport aux implantations et aux ouvertures, tandis que l'acheteur va chercher à obtenir une densité constructible plus importante que celle à laquelle il aurait eu droit une fois le terrain détaché. Cela permet au passage au vendeur de conserver un résidu d'une superficie relativement importante, tout en imputant dans son prix de vente des mètres carrés constructibles en surplus. Ce sont donc de tels éléments de souplesse qui font l'intérêt de la division primaire, et qui participent également à petite échelle de ce que l'on appelle l'urbanisme de projet, que les tenants de l'appréciation des règles sur une fraction de terrain à détacher voudraient écarter, au profit d'une application rigide et anachronique des mêmes règles sur toutes les unités foncières existantes ou en devenir.

Il faut reconnaître néanmoins que cet argument de souplesse ne tient pas nécessairement dans l'hypothèse d'un terrain d'origine déjà densément bâti. Prenons l'exemple d'un terrain dont la construction existante consomme déjà l'intégralité des droits à bâtir, une demande de permis instruite sur la totalité du terrain ne pourra être que refusée alors que si le terrain d'assiette de la demande porte sur une partie non-bâtie de cette unité foncière, on pourrait imaginer une régénération des droits à bâtir, au même titre que si le terrain était déjà détaché. Il faudrait alors, dans ce cas précis, procéder à un détachement parcellaire préalable, ce qui serait constitutif de

lotissement. *A contrario*, il ne fait pas l'ombre d'un doute que si l'on détache une parcelle pour laquelle un permis de construire autorisant un projet consommant la totalité des droits à bâtir de la parcelle d'origine initialement non-bâtie est obtenu, le résidu voit ses droits à bâtir régénérés, calculés au regard de sa nouvelle contenance. Et cette régénération des droits à bâtir pourrait alors conduire à des dérives potentielles similaires à celles que l'on a relevées en matière d'assemblages d'opportunité, surtout lorsqu'elle se reproduit plusieurs fois dans le temps.

Le cas des divisions primaires successives.

(93.) Il ne faut pas ignorer le cas de possibles contournements qui consisteraient à monter des opérations semblables aux assemblages d'opportunité. En effet, nous pouvons imaginer le cas d'un grand terrain situé dans une zone où un coefficient d'emprise limite la constructibilité, et dont le propriétaire autorise une personne à venir consommer l'intégralité de ses droits à bâtir sur une fraction qu'il va détacher, puis à une deuxième sur une autre fraction, et ainsi de suite, pour finalement adjoindre le dernier résidu toujours non-bâti mais constructible à une autre parcelle contigüe dans le but de lui majorer sa constructibilité. Un tel cas de figure ne devrait alors être admis, pour les mêmes raisons que des assemblages d'opportunité lorsque l'unique but est de régénérer plusieurs fois les mêmes droits à bâtir.

Mais sur quel fondement juridique pourrait-on alors permettre aux services instructeurs de s'opposer à de tels montages ? On ne peut suggérer ici de retenir le critère d'unité architecturale comme nous l'avons soutenu précédemment. En effet, le principe même d'autoriser une personne à déposer un permis de construire sur son terrain en vue de détacher la fraction à bâtir est incompatible avec l'idée d'unité architecturale entre la fraction détachée et le résidu. Il semble impossible d'apporter une réponse à une telle interrogation, d'autant plus que la possibilité d'instituer un contrôle de la densité résiduelle à l'occasion des divisions foncières successives, prévue à l'ancien article L. 123-1-11 du Code de l'urbanisme, a été définitivement supprimées du Code de l'urbanisme par l'effet de la loi ALUR.

Cela dit, les effets produits par la pratique de divisions primaires successives d'un même terrain ne peuvent être tout à fait assimilés à ceux produits par les assemblages d'opportunité. La réduction progressive de la superficie du résidu du terrain d'origine ne saurait régénérer à chaque fois des droits à bâtir dans des proportions identiques. La densité constructible attachée au résidu diminue à mesure que des fractions sont détachées, ce qui écarte le spectre d'une densification incontrôlée. Toujours est-il qu'un terrain détaché plusieurs fois par le biais de division primaire peut produire une surface de plancher globale bien supérieure à ce qu'elle aurait été si le même terrain d'origine avait été loti.

Peut-on s'en satisfaire ? Probablement pas. Mais telle semble être la volonté du législateur, qui a clairement voulu encourager la densification en supprimant le contrôle de la densité résiduelle à l'occasion des divisions foncières successives. Il faut dire que le risque d'une densification débridée du fait de divisions primaires successives d'un même terrain, sans commune mesure avec le projet urbain exprimé par le règlement du document d'urbanisme, nécessite tout de même une peu probable conjonction de circonstances factuelles.

Le cas du terrain d'assiette constitué de deux terrains contigus.

(94.) Prenons enfin le cas où deux unités foncières contiguës constituent le même terrain d'assiette d'une demande de permis de construire déposée dans le cadre d'une division primaire. Pourraient alors se présenter trois cas de figure :

1- La contenance de la fraction à détacher correspond exactement à celle du terrain adjoint : procéder ainsi à une opération de division primaire serait un non-sens, puisque les parcelles sont déjà distinctes et l'unicité du terrain d'assiette n'est qu'une fiction destinée à l'application du droit des sols. Il ne faut pas pour autant plaider en faveur de l'interdiction d'une telle pratique puisqu'elle est de fait sans objet. En effet, l'unique intérêt que pourraient y trouver des opérateurs serait une modulation des droits à bâtir de manière à majorer la constructibilité de la fraction à détacher. Mais ils n'ont pas besoin de recourir à une division primaire pour ce faire : une simple adjonction de leurs terrains dans le cadre d'un permis de construire de droit commun peut suffire. En toutes hypothèses, l'autorisation donnée par les deux propriétaires à l'un d'entre eux serait un contresens juridique.

2- L'emprise de la fraction à détacher empiète sur les deux terrains adjoints : dans ce cas, la division primaire pourrait avoir un sens. En effet, il serait tout à fait légitime que deux propriétaires voisins puissent s'entendre pour autoriser une tierce personne à déposer une demande de permis de construire en vue de détacher une fraction, cette fraction pouvant porter sur une partie de ces deux terrains.

3- La partie à détacher ne porte que sur une partie d'une seule des deux unités foncières comprises dans le terrain d'assiette de l'opération. L'unique intérêt d'adjoindre l'unité foncière non-concernée par la division est alors de majorer la constructibilité de la fraction à détacher. Là encore la pratique s'apparente à de l'assemblage d'opportunité et devrait être rejetée par les services instructeurs.

En résumé, la possibilité de joindre deux unités foncière (ou plus) pour constituer le terrain d'assiette d'une opération de division primaire ne devrait pouvoir se justifier que si la fraction à détacher porte sur une partie de toutes les unités foncières adjointes.

Le problème de conformité lié à une réduction de l'assiette foncière.

(95.) Il s'agit là d'un autre point important de l'argumentation des tenants de l'application des règles d'urbanisme à la fraction du terrain à détacher. Pour eux, si la demande de permis est instruite sur l'intégralité du terrain d'origine, la réduction de l'assiette foncière du terrain objet du permis pourra présenter des difficultés lorsque la conformité devra être déclarée, ou bien même si l'obtention d'un permis modificatif en cours de travaux s'avère nécessaire.

Or, l'argument de la potentielle non-conformité de la construction implantée sur le terrain détaché peut être aisément écarté. Si s'exprime le besoin au cours des travaux de déposer une demande de permis modificatif alors que la division parcellaire est devenue effective, se posera effectivement la question de l'assiette foncière à retenir. Si cette demande porte sur l'assiette foncière de la parcelle détachée, il est en effet probable que celle-ci soit rejetée. Il faut alors déposer une telle demande sur une assiette correspondant au terrain d'origine, ce qui requiert l'accord du vendeur, qui demeure propriétaire du résidu du terrain d'origine, en application des dispositions de l'article R. 423-1 du Code de l'urbanisme précité.

Pour éviter toute situation déplaisante liée à un éventuel refus du propriétaire du résidu pour une raison quelconque, il peut être opportun, comme le suggère Sylvain Pérignon, de systématiquement inclure, dans l'acte de vente intervenu dans le cadre d'une division primaire, une clause de principe stipulant que le vendeur donne son accord pour joindre l'unité foncière correspondant au résidu de la division dont il demeure propriétaire à l'unité foncière détachée pour toute demande de permis modificatif déposée par ce dernier²⁰⁰. Il va sans dire qu'une telle stipulation engage également tout potentiel acquéreur du résidu. Nous pouvons également ajouter à la suggestion de cet auteur qu'il convient de préciser que seule une demande de permis modificatif, supposant que l'économie générale du projet n'est pas remise en cause, peut être déposée, et non un nouveau permis autorisant un projet totalement différent de celui pour lequel il avait autorisé le pétitionnaire à déposer la demande initiale.

Quant à la non-conformité présumée des travaux au permis délivré suite à la réduction de l'assiette foncière du projet, il peut être objecté sur ce point qu'une telle réduction n'est pas en soi un motif de non-conformité. La conformité est appréciée au regard des plans et documents techniques contenus dans le dossier de permis de construire et aucune disposition du code de l'urbanisme n'indique que la conformité doit être appréciée par rapport au terrain d'assiette, ce qui reviendrait de surcroît à ré-instruire la demande de permis de construire. On pourrait même penser qu'une opposition à une déclaration attestant l'achèvement et la conformité des travaux (DAACT), au motif de la réduction de l'assiette foncière, serait qualifiée d'excès de pouvoir par un juge dans la mesure où une telle opposition reviendrait sur le droit acquis par le pétitionnaire. Une réduction de l'assiette foncière du projet intervenue après l'obtention du permis ne saurait donc remettre en cause, au même titre qu'une modification des règles d'urbanisme, la conformité de la construction.

Sylvain Pérignon suggère également une autre piste pour pallier d'éventuelles difficultés liées à la conformité, qui serait de permettre une appréciation globalisée des règles d'urbanisme, comme en matière par exemple de PCVD. Ceci impliquerait toutefois un changement des textes, tendant à rapprocher, pourquoi pas, le régime de la division primaire avec celui du PCVD.

§ 2 – Le terrain d'assiette du permis de construire valant division

(96.) Le permis de construire valant division (PCVD) est une procédure particulière prévue par le Code de l'urbanisme, qui permet de coupler, au moyen d'une unique autorisation, une opération de construction avec une opération de division foncière. Contrairement à la technique de la division primaire, il s'agit d'une catégorie spécifique de permis de construire, dont le régime juridique fait l'objet de dispositions qui lui sont propres. Celles-ci sont codifiées à l'article R. 431-24 du Code de l'urbanisme qui dispose que :

« Lorsque les travaux projetés portent sur la construction, sur une unité foncière ou sur plusieurs unités foncières contiguës, de plusieurs bâtiments dont le terrain d'assiette comprenant une ou plusieurs unités foncières contiguës, doit faire l'objet d'une division en propriété ou en jouissance avant l'achèvement de l'ensemble du projet, le dossier présenté à l'appui de la

²⁰⁰ *Idem*, p. 35

demande est complétée par un plan de division (...) ».

Le permis de construire valant division partage toutefois avec la division primaire la caractéristique de figurer à l'article R. 442-1 au titre des opérations de division foncière non-constitutives de lotissement.

L'article R.431-24 pose comme double critère la construction de plusieurs bâtiments (critère matériel) sur un terrain d'assiette, pouvant comprendre une ou plusieurs unités foncières contiguës, qui doit faire l'objet d'une division (critère juridique). Si le premier critère n'a jamais fait l'objet d'une réécriture des textes, laissant aux juges du fond le soin d'apprécier au cas par cas ce qu'il convient d'entendre par « plusieurs bâtiments », le second critère, relatif au terrain d'assiette, a pu faire l'objet quant à lui de nombreuses modifications au gré de réformes successives. Nous ne nous attarderons ici ni sur le critère de la pluralité de bâtiments qui, bien qu'ayant fait l'objet d'une jurisprudence abondante, ni sur celui de la division elle-même, mais sur la question du terrain d'assiette de l'opération.

Historique de la question de l'assiette foncière du PCVD.

(97.) Dans son régime antérieur à la réforme entrée en vigueur en 2007, l'ancien article R. 421-7-1 imposait un critère d'unicité du maître d'ouvrage sur un même terrain. Plus précisément, il s'agissait de la construction « *sur un même terrain, par une seule personne physique ou morale, de plusieurs bâtiments dont le terrain d'assiette doit faire l'objet d'une division en propriété ou en jouissance* ». Notons au passage, qu'il n'était pas fait référence, comme en matière de permis de construire de droit commun, à la notion de propriétaire du terrain, ni même à celle de constructeur ou de maître d'ouvrage. Il aurait toutefois sembler logique que la « personne physique ou morale » visée soit nécessairement le propriétaire, son mandataire ou bien toute personne habilitée par lui, comme en matière de permis de construire de droit commun. Il eût toutefois été difficilement concevable, surtout sous l'empire de l'ancien régime du droit des sols qui imposait à l'administration de contrôler la qualité du demandeur, que les services instructeurs purent laisser n'importe quelle personne physique ou morale déposer une demande.

Dans sa première rédaction résultant de ladite réforme de 2007, l'article R. 431-24 du Code de l'urbanisme supprima toute référence non seulement au maître d'ouvrage, et donc au critère d'unicité de celui-ci, mais reprenait le critère de construction de plusieurs bâtiments « sur un même terrain ». Cette rédaction laissait donc entendre que plusieurs personnes pouvaient déposer une demande de permis de construire valant division sur une seule et même unité foncière. On peut douter de l'intérêt d'une co-maîtrise d'ouvrage sur un seul terrain, d'autant que le dispositif antérieur ne s'opposait pas à ce que plusieurs indivisaires désignent un mandataire chargé de la maîtrise d'ouvrage de l'opération. Ou peut-être eut-il fallu en déduire que plusieurs propriétaires de terrains contigus dussent procéder à un regroupement formel de leurs parcelles auprès des services de la publicité foncière avant de déposer une demande. En tout état de cause, ce critère d'unicité de terrain était contradictoire avec les dispositions de l'article R. 423-1 qui précisait déjà que la demande de permis de construire était déposée « par le ou les propriétaires du ou des terrains ». Sylvain Pérignon a pu s'interroger sur la question de savoir si cette référence à un même terrain était « *un copié-collé maladroit de la formulation de l'ancien article R.421-7-1, sans conséquences pratiques, ou au contraire la volonté affirmée d'apporter une*

restriction à la règle générale autorisant la demande d'un permis sur plusieurs terrains, afin d'éviter la superposition des lignes divisaires actuelles et futures »²⁰¹.

La réécriture de l'article R. 431-24 par le décret du 28 février 2012 laisse à penser qu'il s'agissait bien d'une maladresse. Rappelons en effet que ce décret fut promulgué parmi un bloc de textes constituant ce que l'on a appelé de manière non-officielle « la réforme de la réforme » qui avait pour objet de corriger et de clarifier les erreurs et imprécisions de la réforme entrée en vigueur en 2007. La nouvelle rédaction de l'article R. 431-24 énonce désormais sans ambiguïté que le terrain d'assiette de l'opération peut comprendre « *une ou plusieurs unités foncières contiguës* ».

Ce rappel historique étant fait, plusieurs observations peuvent être émises sur la nouvelle rédaction de l'article R. 431-24 du Code de l'urbanisme.

Confusion résultant de la formulation nouvelle de l'article R. 431-24.

(98.) Au niveau de la forme, il peut être déploré une certaine redondance dans la formulation de cet article, qui dispose d'une part qu'il peut y avoir construction de plusieurs bâtiments sur une ou plusieurs unités foncières contiguës, et d'autre part que le terrain d'assiette de la construction soumis à PCVD peut comprendre une ou plusieurs unités foncières contiguës. Ainsi, pour rappel, l'article R. 431-24 énonce précisément que :

« Lorsque les travaux projetés portent sur la construction, sur une unité foncière ou sur plusieurs unités foncières contiguës, de plusieurs bâtiments dont le terrain d'assiette comprenant une ou plusieurs unités foncières contiguës (...) ».

Faut-il y voir une répétition là encore maladroite dont les effets sont anodins ? Difficile à affirmer, car la lecture de cet article peut laisser supposer la construction sur une unité foncière de plusieurs bâtiments dont le terrain d'assiette comprend plusieurs unités foncières contiguës, alors que d'autres unités foncières sont laissées vides. Dans ce cas, une analogie est à faire avec la pratique de l'assemblage d'opportunité dans le cadre du permis de construire de droit commun. L'intérêt serait de consommer les droits à bâtir de parcelles adjacentes non-concernées par l'opération de construction afin de majorer la constructibilité de l'unité foncière qui en fait l'objet. Sauf que dans le cadre d'un PCVD, la licéité d'un tel montage ne saurait être contestée.

Est-ce qu'une telle rédaction pourrait être entendue comme laissant la possibilité de diviser des unités foncières non concernées par la construction de plusieurs bâtiments ? Dans l'affirmative, une telle interprétation interpelle. En effet, si l'on prend pour exemple une demande de permis de construire valant division consistant en un projet de construction sur une seule unité foncière de deux bâtiments dont le terrain d'assiette comprend deux unités foncières contiguës, serait-il admis que l'on puisse diviser librement l'unité foncière non concernée par l'opération de construction ? Et même de ne pas diviser l'unité foncière concernée par la construction des deux bâtiments ?

Si la réponse est affirmative, cela n'est pas sans risque quant au statut qu'auront ces résidus non-bâtis, qui pourraient se retrouver non-constructibles du fait de leur

²⁰¹ *Idem.* p. 40

potentiel enclavement. Il faut également veiller à ce que l'administration ait bien conscience que la manœuvre ne consiste pas pour l'opérateur à bénéficier plusieurs fois des mêmes droits à bâtir d'une manière qui pourrait être contestable. Sur la question d'un potentiel enclavement et pour éviter pareille situation, il faudrait alors que les résidus soient directement accessibles après division du terrain, ou bien que les opérations d'aménagement de voiries et de réseaux réalisées dans le cadre du PCVD permettent une accessibilité à moyen terme de ces résidus, dès l'obtention d'une conformité qui peut être par partielle ou totale.

En l'état actuel des textes, on ne peut toutefois être à l'aise avec la pratique du PCVD qui aurait pour objet de créer des terrains à bâtir, même si celle-ci ne paraît pas en soi illégale, car elle rend possible une opération qui constituerait à notre avis un détournement regrettable de la procédure de lotissement. Nous ne cherchons toutefois pas à affirmer ici que le principe même d'une opération de construction-division dont il pourrait résulter d'une part des terrains bâtis et d'autre part des terrains à bâtir n'est pas souhaitable, bien au contraire. Mais il faudrait alors envisager la création d'une autorisation complexe, ne serait-ce que par rapport à la gestion de la densité sur les terrains à bâtir, que nous qualifions ici de résidus, compte tenu des droits à bâtir déjà consommés, et à la viabilisation progressive de ces résidus. Le PCVD tel que prévu dans le Code aujourd'hui ne pourrait avoir un tel objet. On pourrait alors admettre, au stade actuel, que le résidu soit la fraction de terrain que le propriétaire d'origine souhaite conserver comme non-bâti. Dans ce cas, il ne devrait pas pouvoir résulter davantage de résidus qu'il n'y a d'unités foncières d'origine, de manière à limiter toute situation de lotissement déguisé.

Le critère de contiguïté.

(99.) Il est à relever que les dispositions de l'article R. 431-24 énoncent clairement qu'en cas de pluralité d'unités foncières, celles-ci doivent être contiguës. En cela, le permis de construire valant division se distingue du permis de construire de droit commun pour lequel aucune disposition n'indique le critère de contiguïté ou non des unités foncières constituant le terrain d'assiette, ce qui a d'ailleurs pu suscité un débat, comme nous avons pu le voir. Mais il nous semble tout de même acquis, comme il a pu être soutenu précédemment, que le critère de contiguïté n'est pas propre au permis de construire valant division, mais concerne l'assiette foncière de tous les permis de construire multi-parcellaire.

La contestable possibilité de fractionner l'unité foncière.

(100.) Sylvain Pérignon avance l'idée que le PCVD peut bénéficier de la possibilité de déposer une demande de permis de construire sur une fraction d'unité foncière, en la combinant avec une opération de division primaire. La partie exclue de l'opération ne serait alors pas un reliquat, mais un résidu au sens que nous lui avons donné précédemment. Selon lui, il peut être en effet admis qu'un permis de construire valant division puisse porter sur une partie d'une ou de plusieurs unités foncières par le recours à une division primaire préalable, en soulignant que l'article R.442-1 a) prévoit la possibilité de demander un permis de construire « portant sur la création

d'un groupe de bâtiments » sur une partie seulement d'une propriété foncière, avec l'accord du propriétaire²⁰².

Il convient à notre avis de nuancer une telle position. En effet, nous sommes en premier lieu d'avis que si un PCVD devait être déposé sur une partie d'unité foncière, son terrain d'assiette pour l'application des règles d'urbanisme serait l'intégralité de l'unité foncière d'origine. En second lieu, l'articulation d'une division primaire avec un permis de construire valant division ne serait pas concevable dans le cas de plusieurs unités foncières contiguës. Cela supposerait autant de divisions primaires qu'il y a d'unités foncières. Or il ne peut y avoir qu'un seul permis de construire valant division. Et même dans l'hypothèse plus simple d'une opération ne portant que sur une seule unité foncière, il n'est pas certain que la « création d'un groupe de bâtiments » énoncée par l'article R.442-1 a) vise expressément une opération impliquant une division, laquelle nécessiterait un permis de construire valant division. Si malgré tout, rien ne s'oppose à déposer un permis de construire valant division sur une partie d'unité foncière constituant une division primaire, il n'est pas acquis que l'on y gagne en simplicité par rapport à un permis de construire valant division sur l'intégralité de l'unité foncière ou bien par rapport au dépôt préalable d'une déclaration préalable de lotissement.

Terrain d'assiette multi-parcellaire ou remembrement.

(101.) Enfin, il est selon nous une question essentielle que suscite la possibilité désormais explicite de déposer un permis de construire valant division sur plusieurs unités foncières contiguës, qui concerne le traitement des limites séparatives préexistantes délimitant les terrains d'origine de l'opération. Ainsi, les questions que nous nous sommes posées en matière de colotissement sont également valables pour le co-PCVD :

1- Est-ce que la division doit s'effectuer au sein même de chaque unité foncière d'origine ?

2- Ou bien est-il admis de faire table rase des limites d'origine à l'intérieur du terrain d'assiette pour proposer de la manière la plus libre possible une nouvelle configuration parcellaire ?

Il est difficile d'envisager la première hypothèse pour la simple et bonne raison qu'une opération nécessitant un PCVD nécessite généralement la réalisation de voiries communes, ce qui implique *de facto* une modification des limites séparatives internes et donc de la contenance réelle des unités foncières d'origine.

C'est alors la deuxième hypothèse qui doit être retenue. Si les différentes unités foncières contiguës appartiennent au même propriétaire, cela ne pose pas de difficulté car il faut considérer qu'il s'agit d'un « îlot de propriété ». Mais un PCVD dont l'assiette multi-parcellaire appartient à des propriétaires différents devrait être assimilé non pas en une simple opération de division foncière, mais en un véritable remembrement. Or, le pouvoir réglementaire a-t-il voulu expressément introduire la possibilité d'effectuer un remembrement au moyen d'un permis de construire valant division ?

²⁰² *Idem*

Rappelons en effet que le Code de l'urbanisme ne prévoit qu'une seule hypothèse de remembrement avec l'accord de tous les propriétaires des terrains d'origine, qui est celui opéré par une association foncière urbaine (AFU) libre. Le remembrement opéré par une AFU libre figure d'ailleurs lui aussi à l'article R. 442-1 du Code de l'urbanisme au titre des opérations non-constitutives de lotissement bien que soumises à permis d'aménager. Il paraît difficile de déduire dans ces conditions que la possibilité pour un permis de construire valant division d'impliquer une opération de remembrement résulte d'une volonté du pouvoir réglementaire. En pratique, cela paraît difficilement concevable pour la principale raison qu'aucun mécanisme spécifique n'est prévu quant à la préservation des droits de chacun des propriétaires initiaux, permettant une répartition équitable des gains de l'opération au fur et à mesure de la commercialisation des biens construits et divisés. Une autre raison tient davantage de la pratique, car il ne semble pas que le plan de division visée à l'article R. 431-24 du code de l'urbanisme soit conçu comme un plan de remembrement.

Pourtant, l'idée de pouvoir coupler une opération de construction avec une opération de remembrement, ce que ne permet pas de faire une AFU, peut paraître séduisante. Le Code de l'urbanisme ne le prévoit pas expressément, mais force est de constater qu'avec un co-PCVD, on s'en rapproche. A cet égard, la réforme de 2012 n'a, à notre sens, pas réellement évalué les enjeux liés au terrain d'assiette multi-parcellaire, alors que la question se pose comme en matière de lotissement : comment assurer aux co-pétitionnaires une équité dans les gains qu'ils obtiendront au terme de l'opération ? Assurer une équité, c'est ce que permet précisément de faire une AFU en redistribuant aux propriétaires des nouvelles parcelles en proportion de la valeur relative qu'ils détiennent dans l'association. Or, le PCVD n'a jamais été envisagé du point de vue de la protection du droit de propriété, ce qui est historiquement logique puisqu'auparavant il ne pouvait être déposé que sur un terrain. Construire et diviser son terrain faisait partie des attributs du droit de propriété du pétitionnaire.

Dès lors que l'on introduit la possibilité de déposer une demande de PCVD sur un terrain d'assiette constitué de plusieurs unités foncières contigües appartenant à des propriétaires différents, et que le plan de division peut prévoir de faire fi des limites internes séparant lesdites unités foncières, les droits de chacun sont alors susceptibles d'entrer en concurrence, en l'absence de personne morale constituée *ad hoc*. Dans la mesure où la construction de maisons individuelles est exclue de son champ d'application, le PCVD est théoriquement un outil qui s'adresse aux professionnels de l'immobilier. Et l'on pourrait considérer qu'en tant que personnes avisées ou bien conseillées, les co-titulaires du PCVD ont signé une convention dans laquelle les intérêts de chaque partie ont âprement été défendus. Mais raisonner ainsi reviendrait à oublier que si l'opérateur à l'initiative de l'opération, qui s'avère être le propriétaire de l'unité foncière principale, est certes bien un professionnel, les propriétaires des autres unités foncières ne le sont pas nécessairement. On ne pourrait alors se satisfaire d'une convention de cette nature passée entre un professionnel et des particuliers, et *a fortiori* de l'absence de convention quelque soit la qualité des propriétaires.

Ainsi, pourrait-être envisagé de créer, aux côtés du PCVD, un permis de construire valant remembrement (PCVR), adapté à la situation dans laquelle plusieurs propriétaires de terrains contigus s'entendent pour mener à bien une opération de construction d'ensemble qui impliquerait le reformatage de la trame foncière préexistante. Le maître d'ouvrage de l'opération serait alors l'AFU libre constituée à cet effet, qui mènerait concomitamment la construction, le remembrement et la réalisation des voiries, espaces et équipements communs. En l'état actuel des textes, il

est à souligner que l'AFU libre n'a pas pour objet de mener des opérations de construction sur les terrains qu'elle remembre. Pour autant, dès lors que tous les propriétaires des unités foncières constituant le terrain d'assiette du PCVR l'en mandament, rien ne pourrait à notre avis s'y opposer.

L'idée du PCVR peut rejoindre celle du permis complexe que nous avons suggérée précédemment pour une opération par laquelle il résulte la création de lots bâtis (dans le cadre de ladite opération) et de lots à bâtir.

La question du transfert partiel.

(102.) Il reste un point qui fait l'originalité du permis de construire valant division, sans lui être pour autant exclusif. Il s'agit de la possibilité de transférer partiellement le permis obtenu, qui consiste plus précisément en un transfert de la maîtrise d'ouvrage, et donc du droit de construire, à une tierce personne sur une partie seulement du terrain d'assiette de l'ensemble du projet.

La solution du transfert partiel d'un permis de construire – de droit commun – dont le titulaire initial est l'unique maître d'ouvrage a été admise par la jurisprudence administrative pour la première fois dans la décision « Rayrole » rendue par le Conseil d'Etat en 1987, dont voici le considérant de principe :

« Considérant d'une part que le permis de construire n'est pas délivré en considération de la personne qui en devient titulaire; qu'ainsi, pendant la période de validité dudit permis, la responsabilité de la construction peut être transférée à une ou plusieurs autres personnes avec l'accord du titulaire initial, sans qu'il y ait lieu de délivrer à celles-ci un nouveau permis; que lorsque l'autorisation initiale porte, comme en l'espèce, sur deux constructions distinctes, rien ne s'oppose à ce que ce transfert ait lieu, pour chacune d'entre elles, en faveur de bénéficiaires différents. »²⁰³

Plus tard, dans une jurisprudence dite « Poncet » de 2002, le Conseil d'Etat a restreint le recours au transfert partiel à la double condition que l'opération soit divisible et qu'elle ne dénature pas l'assiette foncière du permis²⁰⁴. Mais surtout, cette jurisprudence a considéré que le transfert partiel constituait en l'espèce « *une modification d'une nature et d'une importance telles que les arrêtés doivent être regardés comme délivrant deux nouveaux permis de construire* », après avoir relevé que le permis d'origine n'avait pas été instruit en application des dispositions de l'article R. 421-7-1 relatifs à l'époque au permis de construire valant division.

Autrement dit, le Conseil d'Etat a restreint la possibilité de procéder à des transferts partiels aux seuls permis de construire valant division. Et que si un permis de droit commun fait l'objet d'un transfert partiel, il doit alors être regardé comme un permis de construire valant division. En commentant cet arrêt, Philippe Benoît-Cattin a pu parlé de « *permis de construire ordinaire qui se mue, à l'occasion de son transfert partiel, en permis de construire relevant de l'article R. 421-7-1 du Code de l'urbanisme.* »²⁰⁵

²⁰³ CE, 24 juill. 1987, époux Rayrole, n° 61164

²⁰⁴ CE, 22 nov. 2002, François Poncet, n° 204244

²⁰⁵ Philippe Benoît-Cattin, « *Transfert partiel de permis* » : Constr. – urb. n°4, 2003 Comm. 112

Ce n'est qu'avec la réforme des autorisations d'urbanisme de 2007 que la procédure de transfert fut introduite, par la « petite porte », dans le Code de l'urbanisme. L'article A. 431-8 dispose en effet que :

« La demande de transfert d'un permis de construire en cours de validité est établie conformément au formulaire enregistré par la direction interministérielle pour la modernisation de l'action publique sous le numéro CERFA 13412 ».

Il n'est pas précisé dans le code de distinction entre le transfert total et partiel, mais l'arrêté du 11 septembre 2007, qui a fixé les formulaires prévus pour diverses demandes d'autorisation et déclarations, et approuvant notamment un formulaire CERFA n° 13412*01 relatif à la « demande de transfert de permis en cours de validité », établit cette distinction. Le transfert du permis de construire, qu'il soit un permis de construire "de droit commun" ou un permis valant division de l'article R. 431-24 est prévu dans les deux cas. L'encadré n° 4 intitulé « Nature du transfert » invite le ou les demandeurs du transfert, avec l'accord du ou des titulaires de l'autorisation initiale, à préciser si le transfert est « total » ou « partiel », en donnant dans ce dernier cas une « courte description de la (ou des) partie(s) transférée(s) ».

Par ailleurs, il est admis depuis la réforme de 2007 qu'une DAACT puisse être partiellement déposée. Aux termes de l'article R. 462-2 du Code de l'urbanisme, la déclaration attestant l'achèvement et la conformité des travaux peut concerner soit la totalité des travaux, soit une tranche de ces travaux. Un jugement du tribunal administratif de Lyon en 2011 a ainsi admis que les éléments divisibles autorisés par un même permis de construire pouvaient faire l'objet d'une conformité partielle²⁰⁶.

Il y a toutefois certainement lieu de nuancer l'idée selon laquelle le transfert partiel peut concerner, en vertu de la réforme de 2007, l'hypothèse de tous les permis de construire de droit commun. En effet, la partialité du transfert peut se justifier pour autant que l'opération soit divisible, comme l'a souligné le juge du fond dans la jurisprudence précitée. A cet égard, il ne faut pas perdre de vue la jurisprudence « Poncet » qui parle de constructions distinctes. Mais concrètement, l'intérêt de céder la maîtrise d'ouvrage d'un bâtiment distinct à un tiers est très limité si aucune division du sol n'est envisagée, et peut poser d'inextricables difficultés quant aux responsabilités respectives des cotitulaires du permis. La principale hypothèse dans laquelle nous pouvons soutenir le bien-fondé d'un transfert partiel d'un permis de construire de droit commun est celle où l'ensemble bâti fait l'objet d'une division volumétrique. Nous y reviendrons en détail ultérieurement.

Enfin, il paraît clair que le mécanisme du transfert partiel d'un permis de construire valant division ne saurait être utilisé pour contourner la procédure de lotissement soumise à permis d'aménager. L'Administration a du le rappeler à deux reprises. Une première fois en 2008, le ministre en charge de l'urbanisme avait bien apporté une distinction entre une opération de lotissement et un permis de construire valant division :

« (...) La distinction entre un lotissement et le permis de construire valant division réside dans le mode opératoire. Les opérations réalisées sous forme de lotissement font appel à plusieurs opérateurs : un lotisseur qui procède aux divisions et à l'équipement des lots et un ou plusieurs constructeurs qui

²⁰⁶ TA Lyon, 7 juill. 2011, Sté Groupe MCP Promotion, n° 0805509 : RD imm. 2012, p. 177, obs. Soler-Couteaux

intervient (ou interviennent) pour la réalisation des constructions sur les lots issus de la division. Les opérations réalisées sous forme de permis de construire valant division, quant à elles, peuvent faire intervenir un ou plusieurs opérateurs. Lorsque le permis de construire a été obtenu par plusieurs personnes, celles-ci sont solidaires de la réalisation des équipements et du paiement des taxes. Par contre, lorsque le permis de construire a été obtenu par une seule personne, il est nécessaire de procéder par modification du permis d'origine pour en faire bénéficier d'autres personnes. Le permis de construire modifié doit alors mentionner le ou les noms du ou des nouveaux titulaires, lesquels deviennent solidairement responsables de la réalisation des équipements et du paiement des taxes »²⁰⁷.

Il est intéressant de relever que s'agissant du PCVD particulièrement, le ministre a opéré une différenciation entre l'hypothèse d'un permis obtenu par un titulaire unique et celui obtenu par un groupement de personnes co-titulaires.

Dans le premier cas, le ministre indique qu'un modificatif du permis est nécessaire pour procéder à des transferts, sans apporter davantage d'explications. Or, cette préconisation ne repose sur aucune disposition du code. Il ajoute que le permis de construire modifié mentionne le ou les noms des nouveaux (co)titulaires, pour des questions responsabilité solidaire quant à la réalisation des équipements et au paiement des taxes. Pourtant, nul besoin d'un modificatif pour ce faire, puisqu'un formulaire spécialement adapté à ce type de demande a été émis par l'administration dès 2007. Peut-être le ministre s'appuie-t-il sur une jurisprudence relativement ancienne de la Cour administrative de Lyon qui avait subordonné le transfert partiel à l'obtention d'un permis modificatif portant sur la partie non transférée de l'assiette foncière²⁰⁸. Si tel est le cas, il nous semble que le ministre commet une erreur d'appréciation en s'appuyant sur un tel positionnement du juge du fond, ayant donné une solution pour un cas très particulier à une époque où le régime du transfert partiel était encore balbutiant. En l'espèce, il ne s'agissait même pas d'un PCVD, mais du transfert partiel d'un permis de droit commun sur une fraction d'unité foncière cédée à un tiers. En commentant cet arrêt, Bernard Stemmer était d'ailleurs d'avis que :

« ces transferts partiels ne devaient pas, et ne pouvaient pas, être le moyen d'une remise en cause des données du permis initial, et notamment ne devaient pas s'accompagner d'une division du terrain d'assiette de ce permis initial »²⁰⁹.

On notera qu'un transfert partiel ne saurait en aucun cas nécessiter une demande de permis modificatif dans la mesure où ce n'est pas le projet qui est modifié, mais l'assiette foncière et la qualité des titulaires. Or, comme nous avons pu le relever s'agissant des divisions primaires, la réduction de l'assiette foncière ne saurait constituer un motif de non-conformité.

Dans le second cas, c'est-à-dire celui d'une cotitularité du PCVD dès son origine, le ministre n'évoque pas la nécessité d'obtenir un permis modificatif, ni de procéder à une quelconque formalité. Tout juste se borne-t-il à rappeler que les cotitulaires sont

²⁰⁷ Rép. min. n° 16282 : JOAN Q, 12 août 2008, p. 6953

²⁰⁸ CAA Lyon, 21 juin 1994, SARL Anciens Constructeurs, n° 93LY01423

²⁰⁹ Bernard Stemmer, « Le transfert du permis de construire se fait sans modification des conditions de la demande », La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 8, 24 Février 1995, p. 329

solidaires de la réalisation des équipements et du paiement des taxes. Or, il faut distinguer ici deux cas de figure :

- soit les cotitulaires du permis procèdent à un transfert partiel au profit d'un tiers ; dans ce cas, la cotitularité initiale du PCVD n'a aucune incidence particulière sur le transfert.
- soit les cotitulaires du permis s'auto-cèdent la maîtrise d'ouvrage du projet à chacun d'entre eux pour les parties du projet qui leurs sont respectivement destinées; dans ce cas, difficile de parler de transfert, mais il y aurait sans doute davantage lieu de parler de scission du permis.

Autrement dit, si une distinction était à faire, elle ne devrait pas se baser sur la circonstance d'une unicité ou d'une multiplicité de la titularité du permis, mais plutôt entre un transfert, nécessairement au bénéfice d'un tiers, et une scission, nécessairement entre cotitulaires. Le terme de scission a d'ailleurs été repris par la doctrine administrative pour évoquer le transfert partiel d'un PCVD, en l'occurrence pour rejeter la possibilité d'en transférer une partie à l'acquéreur d'un lot sur lequel sera implanté une maison individuelle. Si l'idée, que nous avons soutenue précédemment, d'un permis de construire valant remembrement, impératif pour le cas où l'opération porte sur plusieurs unités foncières appartenant à des propriétaires différents, était retenue, cela faciliterait considérablement la procédure de transfert partiel d'un PCVD en cotitularité.

Par ailleurs, l'article R. 442-1 a) du Code de l'urbanisme rejette explicitement la construction de maisons individuelles du champ d'application des divisions primaires, ce que nous avons d'ailleurs pu souligner précédemment, ce qui n'est pas le cas du PCVD. Comme le révèle néanmoins Sylvain Pérignon, le projet de réforme de 2012 avait envisagé d'introduire cette restriction dans la définition du PCVD, en disposant que ce dernier ne constitue pas un lotissement « *lorsque ce permis n'est pas destiné à être mis en œuvre par des maîtres d'ouvrage construisant chacun une maison individuelle au sens de l'article L.231-1 du code de la construction et de l'habitation* »²¹⁰. Ce texte n'a pas été repris dans la version définitive du décret, ce qui a pu susciter des interrogations. Le pouvoir réglementaire a-t-il expressément voulu que soit autorisée la construction d'une maison individuelle par l'acquéreur d'un lot dans le cadre du transfert partiel d'un PCVD ? Difficile à dire compte tenu du fait que la doctrine administrative exprimée à l'époque des travaux préparatoires de ladite réforme de 2012 avait clairement rejeté le recours au transfert partiel du PCVD pour de tels montages. En effet, une réponse ministérielle de 2011 avait affirmé que :

*« toute cession de droits à construire une maison individuelle, emportant cession de l'assiette de la construction à édifier, entre dans le champ d'application des lotissements et ne peut donc être autorisée dans le cadre d'une scission de permis de construire valant division. Les acquéreurs de lots à bâtir une maison individuelle ne sauraient être privés des garanties assorties à la procédure des lotissements : bornage, garantie d'achèvement des travaux de voirie et espaces communs, maintien des règles d'urbanisme pendant cinq ans »*²¹¹.

²¹⁰ *Op. cit.* Sylvain Pérignon, *Nouveau régime des divisions foncières*, 2^{ème} édition, Ed. Le Moniteur, Paris, 2013, p. 45

²¹¹ Rép. min. n° 79416 : JOAN Q, 22 mars 2011, p. 2878

Telle est ce que les commentateurs ont pu appelé la « réponse Vauzelle », du nom du parlementaire à l'origine de la question, et dont la préconisation semble faire l'unanimité chez les commentateurs. L'Ordre des géomètres-experts l'a même reprise à son compte dans une recommandation adressée à l'ensemble de ses membres.

Nous souhaiterions pourtant émettre des réserves quant à cette interprétation. D'abord, on peut mettre en doute la portée de la « réponse Vauzelle » du 22 mars 2011 que le pouvoir réglementaire n'a pas jugé utile de reprendre dans le décret du 28 février 2012, alors même qu'elle porte sur une question controversée. Il ne s'agit donc pas d'une omission mais bien d'une volonté, ce qui n'est sans doute pas anodin quant à l'effectivité de la réponse ministérielle. Ensuite, la réponse ministérielle précise également que *« chaque fois qu'un propriétaire divise un terrain au profit d'une pluralité d'acquéreurs de lots qui édifieront chacun une maison individuelle, il doit effectivement engager une procédure de lotissement (...) »*. Même si ce n'est pas explicite, cette précision laisse entendre qu'un transfert partiel effectué dans le cadre d'un PCVD pour la construction d'une maison individuelle sur une partie de l'assiette détachée doit s'accompagner d'une procédure de lotissement. Sylvain Pérignon le soutient même sans équivoque :

*« On conseillera toutefois aux praticiens de s'en tenir à la doctrine administrative préconisant, lorsqu'il s'agit de la réalisation de maisons individuelles, de doubler le permis valant division d'une déclaration préalable ou d'un permis d'aménager, s'il est envisagé de procéder à des transferts partiels du permis accompagnés de ventes de lots. »*²¹²

On comprend bien les raisons poussant à préconiser les opérateurs à doubler un PCVD d'une déclaration préalable de lotissement ou bien d'un permis d'aménager. Il s'agit d'assurer aux acquéreurs de bénéficier des garanties du lotissement citées dans la « réponse Vauzelle », et donc d'éviter aux notaires et géomètres-experts d'éventuelles poursuites pour méconnaissance de leur devoir de conseil. Mais peut-on se satisfaire d'un excès de précaution au point de cumuler deux procédures antinomiques dans la même opération ? A notre avis, certainement pas. Le Code de l'urbanisme précise clairement que le PCVD est une alternative au lotissement. Le pétitionnaire d'une demande d'un PCVD doit en outre inclure un plan de division et préciser quel sera le mode de gestion des voiries et équipements communs. La demande d'une autorisation d'une autre nature en vue d'obtenir ce qui a déjà été autorisé est un non-sens, facteur de lourdes incertitudes juridiques. L'acquéreur du lot n'aurait en outre pas à demander de permis de construire puisqu'il est titulaire d'une autorisation de construire dès l'achat, ce qui est contraire à la définition même du lotissement.

Revenons d'ailleurs sur les motifs qui ont poussé le ministre à préconiser l'interdiction d'un transfert partiel pour l'édification d'une maison individuelle, qui reposent sur l'absence de garanties qu'apportent le lotissement : *« bornage, garantie d'achèvement des travaux de voirie et espaces communs, maintien des règles d'urbanisme pendant cinq ans »*.

Le bornage est en effet une garantie apportée à un acquéreur afin que celui-ci connaisse la contenance réelle de son lot, dans le but principalement de connaître l'exactitude de ses droits à bâtir. La loi SRU en 2000 a introduit dans le Code

²¹² *Op. cit.* Sylvain Pérignon, *Nouveau régime des divisions foncières*, 2^{ème} édition, Ed. Le Moniteur, Paris, 2013, p. 46

l'urbanisme l'article L.111-5-3 qui a rendu obligatoire le bornage des lots de lotissement. Il y est indiqué plus précisément que le descriptif du lot résulte d'un bornage. Dans le cas d'un transfert partiel d'un PCVD, ce bornage n'est pas indispensable puisque l'acquéreur est déjà informé précisément de l'étendue de ses droits à bâtir. Cela dit, il est toujours souhaitable de borner un terrain divisé quelque soient les circonstances, pour sécuriser le droit de propriété attaché à toute nouvelle parcelle créée, et prévenir par exemple d'éventuels conflits futurs de voisinage ou de mitoyenneté. Ce n'est donc pas parce que ce n'est pas obligatoire que c'est interdit, et nous ne pourrions que préconiser des opérations de bornage des terrains résultant d'un PCVD.

Sur le maintien des règles d'urbanisme pendant cinq ans, il s'agit effectivement d'une garantie apportée par un permis d'aménager ou une déclaration préalable de lotissement. Mais la raison d'être de cette garantie est justement l'acquisition d'un lot auquel n'est pas attaché un droit de construire effectif. De ce point de vue, l'acquisition d'un lot de PCVD accompagné d'un transfert partiel est encore plus sécurisant puisque le droit de construire est effectif, et les délais de recours sont même probablement purgés.

Finalement, seule l'absence de garantie d'achèvement des travaux de voirie et espaces communs pourrait être un véritable motif d'insécurité pour l'acquéreur d'une maison individuelle à bâtir. Mais si l'opérateur cédant la partie de l'assiette foncière, avec les droits à bâtir qui lui sont attachés, a déjà achevé les travaux relatifs aux voiries ou espaces communs, ou bien a présenté des garanties de leur achèvement, il ne devrait selon nous pas y avoir d'obstacle. Soulignons par ailleurs que si le transfert partiel est doublé d'une déclaration préalable de lotissement, comme le préconise la doctrine, cela signifie qu'il n'y a pas de voiries et d'équipements communs, et donc pas de garantie d'achèvement à apporter. Dès lors qu'il n'est pas question de voiries et d'équipements communs, cela signifie que la partie détachée bénéficie déjà d'un accès et d'un possible raccordement aux réseaux, et rien ne s'oppose dès lors à un transfert partiel, étant entendu qu'une déclaration préalable serait ici superfétatoire.

Conscient peut-être que la solution de doubler le transfert partiel d'une déclaration préalable ou d'un permis d'aménager n'est pas idéale, Sylvain Pérignon en arrive même à finalement conclure que « *les praticiens devront s'abstenir de recourir à ce type de montage* ». Et d'ajouter que la technique du transfert partiel « *reste envisageable lorsqu'elle s'applique à des bâtiments collectifs ou des bâtiments d'activité* », à condition que les partenaires de l'opération définissent « *conventionnellement les obligations de chacun en matière de viabilisation et d'équipements* »²¹³. Il est à notre avis quelque peu excessif d'écarter tout transfert partiel relatif à la construction de maisons individuelles sous le seul prétexte de l'absence de garantie pour l'acquéreur. Ce n'est pas le critère de la forme architecturale ou de la destination qui doit prévaloir, mais celui de la qualité du bénéficiaire du transfert partiel. C'est le particulier, celui que l'on appelle acquéreur/consommateur, qui doit être protégé. De ce fait, rien ne devrait interdire un promoteur de devenir maître d'ouvrage dans le cadre d'un transfert partiel portant sur la construction d'une ou plusieurs maisons individuelles. De même, rien ne devrait pouvoir empêcher un particulier de bénéficier d'un transfert partiel dès lors que le cédant lui fournit une garantie d'achèvement des voiries et équipements communs. Un auteur préconise d'opter dans ce cas pour un contrat de vente en l'état futur

²¹³ *Idem*

d'achèvement (VEFA)²¹⁴. Seulement, la VEFA implique que le cédant reste le maître d'ouvrage, et il ne saurait par conséquent y avoir de transfert partiel.

En fait, il ne faut pas nécessairement voir dans ce type de pratiques des velléités frauduleuses pour contourner la procédure de lotissement. Si le pouvoir réglementaire n'a jamais proscrit le transfert partiel portant sur la construction d'une maison individuelle, c'est peut-être parce qu'il a voulu laisser une porte ouverte à ce type de montage, qui semble susciter les faveurs des opérateurs et des acquéreurs. Pour les opérateurs, un dossier de PCVD est moins lourd qu'un dossier de permis d'aménager, et il n'a pas à préfinancer tous les travaux d'aménagement objets du permis. Pour les acquéreurs, le transfert partiel permet de réaliser une opération à moindre coût et plus rapidement qu'en lotissement, où il faut engager des frais d'études pour constituer un dossier de permis de construire, sans parler de toutes les lourdeurs administratives que cela implique. Dans le cadre du transfert partiel, il acquiert un droit de construire effectif et sécurisé en même temps que le lot. Un parlementaire a d'ailleurs saisi de nouveau, un an après la « réponse Vauzelle, la ministre en charge de l'urbanisme sur la question de la qualification ou non de lotissement d'une opération de division de terrain, réalisée dans le cadre d'un PCVD, intervenant après le commencement des travaux et avant leur achèvement. La ministre a alors confirmé qu'une opération, autorisée par un PCVD, visant « *à réaliser plusieurs constructions sur un terrain qui fera l'objet d'une division avant l'achèvement de celles-ci* » n'est pas constitutive de lotissement²¹⁵. Ajoutant qu'une modification des textes n'était pas utile, la doctrine administrative a ainsi entériné implicitement la validité de la pratique du transfert partiel, sans apporter de précision particulière quant au cas des maisons individuelles.

La question de l'assiette foncière dans le mode de gestion de l'ensemble.

(103.) La deuxième partie de l'unique phrase de l'article R. 431-24 du Code de l'urbanisme dispose que :

« (...) lorsque des voies ou espaces communs sont prévus, le projet de constitution d'une association syndicale des acquéreurs à laquelle seront dévolus la propriété, la gestion et l'entretien de ces voies et espaces communs à moins que l'ensemble soit soumis au statut de la copropriété ou que le demandeur justifie de la conclusion avec la commune ou l'établissement public de coopération intercommunale compétent d'une convention prévoyant le transfert dans leur domaine de la totalité des voies et espaces communs une fois les travaux achevés. »

A ce jour, il s'agit de la seule disposition du Code de l'urbanisme qui évoque le statut de la copropriété tel que défini par la loi du 10 juillet 1965, ce qui est loin d'être anodin. En effet, il est explicitement prévu que si le titulaire (ou les cotitulaires) du permis n'opte ni pour la constitution d'une association syndicale pour la gestion des voiries et équipements, ni pour leur transfert dans le domaine de la collectivité, c'est le statut de la copropriété qui s'appliquerait de plein-droit et pour l'ensemble du projet.

Il faut alors distinguer deux cas de figure. Soit l'opération consiste en une division du sol en propriété, auquel cas le statut de la copropriété ne s'applique qu'aux éléments

²¹⁴ Claude Barneron, « *Le permis de construire valant division, un outil efficace à consommer avec modération* », Le blog du droit de l'urbanisme et de l'aménagement, EFE, 2015

²¹⁵ Rép. min. n° 12885 : JOAN 12 mars 2013, p. 2845

fédérateurs de l'ensemble immobilier ainsi constitué, mais dans lequel les terrains ne sauraient constituer pour autant des lots de copropriété. Soit l'opération consiste en une division en jouissance, auquel cas il n'y a qu'un seul propriétaire de l'ensemble bâti et divisé, le syndicat de copropriété, mais dans lequel des droits de jouissance exclusive, attachés à des lots de copropriété, seraient constitués sur des fractions du sol. Nous verrons plus tard que la pratique de la copropriété horizontale a été condamnée par le Conseil d'Etat dès lors qu'il s'agissait de contourner la procédure du lotissement. Mais le PCVD étant une alternative au lotissement, et la première partie de l'article R. 431-24 indiquant explicitement qu'une « division en propriété ou en jouissance » peut en faire l'objet, rien ne s'oppose à ce qu'un ensemble immobilier divisé en vertu d'un tel permis soit organisé selon le statut de la copropriété, dès lors que cette division est effectuée en jouissance. Il convient toutefois de dissiper ici les malentendus qui peuvent être induits par la rédaction de l'article R. 431-24 du Code de l'urbanisme. Le second alinéa de l'article 1^{er} de la loi du 10 juillet 1965 dispose que :

« A défaut de convention contraire créant une organisation différente, la présente loi est également applicable aux ensembles immobiliers qui, outre des terrains, des aménagements et des services communs, comportent des parcelles, bâties ou non, faisant l'objet de droits de propriété privatifs. »

Le statut de la copropriété s'applique donc de manière supplétive aux ensembles immobiliers, qui doit être distingué du groupe d'immeubles²¹⁶. Or, il n'est pas réellement adapté à cette situation, la notion de lot étant incompatible avec les caractéristiques physiques et juridiques de l'ensemble immobilier. C'est en principe la loi dans son intégralité qui doit s'appliquer, au moins ses dispositions d'ordre public (article 43 de la loi), mais les auteurs admettent que, même en l'absence de précision en ce sens, il est nécessaire d'adapter la loi aux spécificités de l'ensemble immobilier. L'intérêt de la proposition formulée par l'article 1^{er}, alinéa 2, est de suggérer une organisation collective légale qui s'applique d'elle-même, indépendamment de toute convention, à défaut même de règlement, de plein droit²¹⁷. D'ailleurs, dans le cas d'une division en pleine-proprieté, il n'est pas requis d'établir d'état descriptif de division pour les besoins de la publicité foncière. Dans le cas d'une division en jouissance, il n'y a pas à proprement parler de fonds distincts, mais de lots de copropriété. Le statut de la copropriété qui s'appliquerait serait alors celui impératif du premier alinéa de l'article 1^{er} de la loi, c'est-à-dire que les voies et espaces communs ne pourraient faire l'objet ni d'une association syndicale, ni d'un transfert à la collectivité.

Il semblerait alors que, s'agissant des ensembles immobiliers résultant d'une division en propriété, le pouvoir réglementaire ait voulu éviter un vide juridique dès lors qu'aucune association syndicale n'est constituée ou bien qu'aucun accord de transfert de voirie n'est conclu. Mais imposer le statut de la copropriété par défaut lorsque les parcelles sont divisées en pleine-proprieté est sans doute une maladresse. Il aurait été

²¹⁶ Voir à ce sujet : Pierre Capoulade, « Copropriété et structures foncières dans la jurisprudence de la Cour de cassation », rapport de la Cour de cassation 1995, p. 85 : Administrer févr. 1996, p. 4. – *Op. cit.* Pierre Capoulade et Claude Giverdon, « Propos sur les ensembles immobiliers » : RD imm. 1997, p. 161.

²¹⁷ Daniel Sizaire, « Sur l'utilisation du statut de la copropriété des immeubles bâtis pour la gestion des voies privées, cours ou jardins communs dépourvus d'organisation », Gaz. Pal. 16 juillet 1985, doctr. p. 411

beaucoup plus pertinent que dans ce cas, le régime applicable par défaut pour la gestion des voiries et équipements communs soit plutôt celui de l'indivision ou bien même de la propriété divise entre les différents propriétaires de terrains issus du PCVD, comme c'est d'ailleurs le cas en matière de lotissement.

Quoiqu'il en soit, dans l'hypothèse où le statut de la copropriété régit la gestion et de l'entretien des voies et espaces communs des ensembles immobiliers, le règlement ne pourrait en principe régir également les relations entre copropriétaires. Le statut de la copropriété ne peut dans ce cas être qu'une alternative à la constitution d'une association syndicale. Mais dans le cas d'une division en jouissance, dans laquelle des droits à bâtir sont attribuées à chaque lot, le règlement peut au contraire organiser les rapports entre colotis, notamment pour ce qui concerne les modalités de constructibilité de leurs parties privatives. Un parallèle pourrait alors être établi avec le cahier des charges de lotissement ou de tout ensemble immobilier autre qu'un lotissement. Cela nous amène alors à nous questionner sur la possibilité pour un lot de copropriété horizontale de constituer le terrain d'assiette d'une demande de permis de construire.

§ 3 – L'assiette d'un lot de copropriété horizontale

(104.) Mise à part une maladroite allusion concernant le mode de gestion d'un ensemble immobilier résultant d'un permis de construire valant division, le Code de l'urbanisme ne connaît pas la copropriété. Aussi, il ne saurait y avoir en principe de copropriété d'un terrain non-bâti et même d'un immeuble en cours de construction²¹⁸. La loi du 10 juillet 1965 n'a-t-elle d'ailleurs pas comme intitulé « le statut de la copropriété des immeubles bâtis » ? Par conséquent, un lot de copropriété ne saurait constituer en tant que tel une unité foncière pouvant constituer le terrain d'assiette d'un permis de construire.

Pourtant, dans le cas de l'application supplétive du statut de la copropriété dans un ensemble immobilier tel que prévu à l'alinéa 2 de l'article 1^{er} de ladite loi, il est énoncé que les parcelles faisant l'objet d'un droit de propriété privatif sont « bâties ou non ». Il se peut alors qu'un ensemble immobilier (distinct de la notion de groupe d'immeubles) soumis au statut de la copropriété comporte des parcelles non-bâties. Ainsi, dès lors qu'un droit de jouissance assorti d'un droit de construire est cédé sur une fraction d'un terrain, on peut se demander si l'emprise de cette fraction de terrain constitue en droit de l'urbanisme une unité foncière à même de constituer le terrain d'assiette d'une demande de permis de construire.

A partir des années 1970, s'est développée la pratique des « copropriétés horizontales », consistant à détacher des terrains à bâtir par une simple division en jouissance du sol et non par une procédure de lotissement. C'est ce que l'on a appelé la « méthode Stemmer ». Ainsi ont pu être bâtis un certain nombre d'ensembles immobiliers, sans autorisation d'urbanisme actant d'une telle division pourtant constitutive de lotissement. Une partie de la doctrine s'était toutefois opposée à la légalité de la méthode Stemmer, comme notamment le Professeur Tomasin qui avait écrit que « *la seule division en lots théoriques ou "juridiques" d'indivision attribuant*

²¹⁸ Jean-Marc Roux, *L'immeuble bâti et le régime de la copropriété*, Constr.-urb. n° 10, 2008, étude 12

*un droit de construire à un indivisaire vaudrait division en autant de terrains »*²¹⁹. Une réponse ministérielle s'était également prononcée en faveur de l'application du régime du lotissement à de telles opérations²²⁰. Le Conseil d'Etat avait déjà laissé entrevoir les prémices d'une soumission de la copropriété horizontale au régime du lotissement en considérant déjà en 1990 que :

*« la construction, par trois maîtres d'œuvre 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 »*²²¹

Mais la méthode Stemmer ne fut condamnée définitivement qu'en 1996. Dans un arrêt intitulé « ville de Toulouse », le Conseil d'Etat avait ainsi estimé qu'une telle pratique n'était ni plus ni moins qu'une division en jouissance, constitutive de lotissement au sens de sa définition réglementaire en vigueur à l'époque, en l'occurrence l'ancien article R. 315-1 du Code de l'urbanisme²²². Notons toutefois que de ce point de vue, les textes n'ont pas changé, un lotissement pouvant toujours consister en une division en propriété comme en jouissance. En l'espèce, l'opération mise en cause avait conféré à chacun des trois bénéficiaires un droit exclusif de construction sur son lot, les plaçant de fait dans la situation prévue par les dispositions de l'ancien article R. 315-1 précité, alors même que la propriété du sol était restée indivise entre eux. Le juge du fond avait donc prononcé l'illégalité, en l'absence d'autorisation de lotir préalable, d'un permis de construire délivré sur un terrain issu de la division de la parcelle en vertu de la division en lots de copropriété, alors que ce terrain devait relever du régime des lotissements pour être constructible. Le Conseil d'Etat approuva cette solution. Les juges du fond n'eurent ensuite aucune hésitation à condamner avec constance de tels montages. La Cour administrative d'appel de Marseille a par exemple considéré dans un arrêt rendu en 1999 que *« la construction par chaque coindivisaire sur un même terrain d'une villa destinée à devenir sa propriété exclusive et particulière emportant nécessairement la subdivision en jouissance dudit terrain, alors même que la propriété du sol est restée indivise, constitue une opération de lotissement »*²²³.

La technique de la copropriété horizontale n'est pas pour autant devenue illégale. Elle est juste conditionnée à l'obtention préalable d'un permis d'aménager, ce qui lui fait perdre de l'intérêt. Quitte à être soumis au régime du lotissement, les lotisseurs sont sans doute davantage enclins à opter pour une division du sol en propriété. Mais c'est en qualité de lot de lotissement qu'une fraction du sol faisant l'objet d'un droit de jouissance exclusive peut constituer une unité foncière au sens du droit de l'urbanisme, et donc l'assiette foncière d'une demande de permis de construire. Bien que régulière, la pratique n'est pas pour autant recommandée. D'abord, le statut de la copropriété n'a pas tout à fait été envisagé à l'origine pour des ensembles pavillonnaires. Si la rigidité du statut est légitime pour ce qui concerne

²¹⁹ Daniel Tomasin, « Retour sur la distinction entre le lotissement et la copropriété » : Dr. et ville 1995, n° 40, p. 5

²²⁰ Rép. min. n° 21030 : JOAN Q 8 avr. 1994, p. 1429

²²¹ CE, 26 sept. 1990, Épx Seguin, n° 86058 : JCP N 1991, II, 85, note Cornille

²²² *Op. cit.* CE, 21 août 1996, Ville de Toulouse, n° 137834, BJD 6/1996, p. 404, concl. J. Arrighi de Casanova

²²³ CAA Marseille, 3 juin 1999, Sté SOPRAF et Cne Villeneuve-Loubet, n° 97MA5313 : BJD 1999, n° 5, p. 399

l'administration d'un ou de plusieurs immeubles collectifs, elle l'est nettement moins lorsqu'il s'agit d'un ensemble de constructions individuelles bien distinctes. Aussi, on se heurte au problème des garanties que le lotissement est supposé apporter aux acquéreurs, telle que l'obligation de bornage prévue à l'article L. 115-4 (ex. L. 111-5-3) du Code de l'urbanisme. Si les terrains sont simplement divisés en jouissance, mais que la pleine-propriété du sol reste indivise entre les lots, alors le bornage qui suppose la présence de plusieurs fonds distincts, n'est pas possible. Bien que la pratique semble s'être raréfiée, il demeure de nombreuses copropriétés horizontales constituées dans le passé et qui sont donc toujours régies par le statut de la loi du 10 juillet 1965. Ces ensembles ainsi organisés posent donc toujours la question des conditions permettant d'y édifier des constructions nouvelles ou en surélévation.

En commentant la jurisprudence *ville de Toulouse*, un auteur avait émis des réserves sur la portée d'une telle jurisprudence, relevant que « *sa transposition logique dans d'autres matières conduit à douter de la régularité de nombreuses opérations, y compris en dehors du droit des lotissements* »²²⁴. Et de citer de manière non-exhaustive le dispositif du lot transitoire, les transferts partiels, les permis conjoints entre différents maîtres d'ouvrage pour la construction d'ensembles volumétriques, etc. Mais force est de constater que le droit a su s'adapter au cas par cas avec souplesse, sans remettre en cause le principe même de l'unicité de l'assiette foncière d'une copropriété.

Ainsi, sans entrer ici dans les spécificités du droit de la copropriété, nous pouvons nous interroger sur l'hypothèse du lot de copropriété qui se voit conférer des droits à bâtir en vertu du régime du lotissement, dès lors naturellement que le règlement prévoit une privatisation des droits à bâtir au bénéfice des copropriétaires. On peut en effet considérer que la détention d'un droit de jouissance exclusif sur une fraction du sol de la copropriété constitue une autorisation d'exécuter les travaux au sens de l'article R. 423-1 du Code de l'urbanisme, sans même avoir à justifier de l'accord préalable de l'assemblée. Dans un arrêt relativement ancien, rendu en 1987, le Conseil d'Etat avait considéré qu'« *il n'appartenait pas à l'autorité administrative de s'immiscer dans un litige d'ordre privé susceptible de s'élever entre deux copropriétaires* »²²⁵. En l'espèce, le copropriétaire titulaire d'un lot auquel était attaché un droit de construire exclusif avait déposé seul une demande de permis. Le Conseil d'Etat avait alors estimé qu'il en avait la qualité au regard des dispositions de l'ancien article R. 421-1 du Code de l'urbanisme. Etant donné que, depuis la réforme de 2007, les services instructeurs n'ont plus à contrôler la qualité du demandeur, une telle solution ne pourrait être aujourd'hui que renforcée. Cet arrêt avait également apporté une précision tout aussi intéressante sur la question du terrain d'assiette du permis, et par conséquent de l'application des règles d'urbanisme lorsque la demande porte sur une fraction faisant l'objet d'un droit de jouissance. En l'espèce, c'est l'intégralité de l'assiette de la copropriété qui a été retenue comme terrain d'assiette du permis, en considérant que le demandeur « *avait qualité pour présenter une telle demande en prenant pour terrain d'assiette la totalité de la parcelle appartenant à la copropriété indivise ; qu'ainsi le moyen tiré de ce que la densité de la construction dont il s'agit excéderait celle résultant du coefficient d'occupation du sol appliqué à la seule superficie du lot n° 2 ne saurait être accueilli ;* ».

²²⁴ Patrice Cornille, « *Copropriété et lotissement : une cohabitation difficile* », La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 25, 20 Juin 1997, p. 871

²²⁵ CE, 24 juill. 1987, SCI quai de Jemmapes, n° 56273

Pourtant, la doctrine avait plaidé pour la solution inverse, à savoir que le terrain retenu pour le calcul du COS devrait être celui sur lequel l'auteur de la demande du permis de construire détenait un titre l'habilitant à bâtir. Les professeurs Sizaïre et Liet-Veaux avaient considéré en effet que le titulaire du lot ne devait en principe être autorisé à utiliser que les seuls droits de construire correspondant à l'assiette correspondante, à moins que les autres lots eussent été déclarés inconstructibles, ou encore que ce copropriétaire eût été expressément autorisé à utiliser toute la constructibilité résiduelle afférente à l'assiette de la copropriété²²⁶. Nous ne pouvons que nous rallier à cette position qui ne se pose certes plus de la même façon depuis la suppression du COS en 2014. Nous l'exprimerions toutefois dans des termes différents : si la fraction de sol indivis sur laquelle porte un droit de jouissance exclusive constitue simplement une unité foncière au sens du Code de l'urbanisme, encore faudrait-il que la division en jouissance fasse l'objet d'un permis d'aménager pour que l'unité foncière puisse être constituée. Il est clair qu'une copropriété horizontale ayant échappé au régime du lotissement ne saurait permettre à chaque fraction du sol objet d'un droit de jouissance de constituer une unité foncière.

Dans un passé pas si lointain, il a pu se poser la question de savoir si on pouvait constituer un droit de superficie pour servir justement de terrain d'assiette à une construction réalisée au titre d'un lot de copropriété. C'est ce qu'a pu considérer un temps la Cour d'appel de Paris, dans la mesure où le lot transitoire conférait à la fois un droit réel sur le sol et sur les « superficies »²²⁷. Cette prise de position a néanmoins été largement contestée par la doctrine, rappelant le caractère indissociable de la partie privative et de la quote-part de parties communes propre à chaque lot²²⁸. Nous ne pouvons que nous ranger du côté de ceux qui rejettent l'idée selon laquelle un lot de copropriété peut être assimilé à un droit de superficie. Toute constitution de droit de superficie doit échapper au statut de la copropriété et requiert une convention créant une organisation différente au titre de l'article 1^{er} al. 2 de la loi du 10 juillet 1965.

Lorsque la demande de permis est déposée par un copropriétaire, l'administration n'a naturellement pas à tenir compte ni des stipulations du règlement de copropriété, ni des conditions jointes à l'acte de vente de l'acquéreur du lot quant à sa constructibilité. Il reviendra alors au syndicat des copropriétaires d'agir s'il s'avère que le projet autorisé est contraire au contenu des engagements contractuels. Toutefois, en tant que lotissement, il pourra être joint au dossier du permis d'aménager un règlement de lotissement, de même que le lotisseur pourra choisir de ventiler la densité constructible entre les lots, ces éléments étant alors opposables aux demandes de permis de construire. Enfin, si la copropriété horizontale résulte d'une division en jouissance ayant fait l'objet d'un permis d'aménager, alors il pourra être fait application, comme pour tout lotissement, de l'article R. 151-21 (ex. R. 123-10-1) du Code de l'urbanisme, qui permet une appréciation des règles d'urbanisme à l'échelle du projet, donc en l'occurrence à l'échelle de la copropriété.

Le jumelage du statut de la copropriété avec le régime du lotissement dans le cas d'une division en jouissance du sol pose toutefois la question de la pérennité du montage dans le temps. On le sait, le permis d'aménager a une durée de validité

²²⁶ Daniel Sizaïre et Georges Liet-Veaux, « *Le permis de construire et le statut de la copropriété des immeubles bâtis* » : AJDA 1988, p. 374, col. 2

²²⁷ CA Paris, 2^e ch. A, 17 janv. 1990 : Loyers et copr. 1990, comm. 196

²²⁸ Claude Giverdon, note sous Cass. 3^e civ., 15 nov. 1989 : D. 1990, p. 218

limitée. Une fois ce délai expiré, on peut se demander comment l'administration pourra reconnaître qu'un lot, ou plus précisément un droit de jouissance sur une fraction du sol de la copropriété, pourra encore constituer une unité foncière. Cela signifie que le lot de copropriété composant l'unité foncière d'une demande de permis ne dure que le temps de validité du permis d'aménager autorisant la division en jouissance, mais qu'une fois ce permis expiré, l'assiette foncière redevient la copropriété dans son ensemble. On retrouve ici les limites de la division en jouissance. Par conséquent, toutes les copropriétés horizontales établies dans le passé selon la méthode « Stemmer », c'est-à-dire sans l'obtention préalable d'une autorisation d'urbanisme au titre de la législation du lotissement, et même toutes celles qui l'ont été conformément à une autorisation d'urbanisme expirée, ne peuvent bénéficier d'une instruction des demandes de permis de construire à l'échelle d'un lot. Dans ces ensembles immobiliers, les lots ne peuvent constituer des unités foncières distinctes. Si les copropriétaires souhaitent entreprendre des travaux d'extension ou de surélévation individuels, il faut dans la mesure du possible scinder les lots en propriétés distinctes, de manière à en faire des unités foncières indépendantes les unes des autres au regard de l'application du droit des sols. A défaut, le statut de la copropriété demeure incontestablement un frein au développement des ensembles immobiliers, surtout si l'on se place dans une dynamique de faciliter la densification, puisque tous les travaux même les plus anodins sur chacune des constructions restent soumis à l'accord de l'assemblée.

Pour entreprendre de nouvelles constructions nécessitant de nouveaux fractionnements du sol, il peut être recommandé de procéder à une demande de permis d'aménager ou de déclaration préalable de lotissement avant toute demande de permis de construire. Il peut également être envisagé une opération de division primaire. Le promoteur serait autorisé à déposer un permis de construire sur une partie de l'assiette foncière de la copropriété, en vue de procéder à un détachement parcellaire en pleine propriété. Le détachement supposera alors une réduction de l'assiette de la copropriété, et les formalités différeront selon le cas où le détachement opéré porte sur un seul lot ou plusieurs lots, ou bien une fraction de lot ou de plusieurs lots, ou encore une partie commune de l'ensemble immobilier. Si c'est un ou plusieurs lots qui sont détachés, il y aura alors scission. Si seule une fraction d'un lot ou de plusieurs lots est détachée, il n'y aura pas scission, mais réduction de la quote-part de ces lots consécutive à la réduction de leurs superficies. La solution de diviser le sol lorsque cela est possible a été préconisée de manière générale par Jean-François Dalbin, à l'époque Vice-président de l'Ordre des géomètres-experts, lors d'un colloque en 2011 :

« Le fait de pouvoir diviser nous dispense de la création de lots transitoires pour les promoteurs inquiets de commercialiser une opération importante ou le souhait de différer dans le temps. (...) »

La limitation de la taille des copropriétés est également à prendre en compte, quand on connaît les difficultés de gestion des grands ensembles »²²⁹.

Dans chacun des deux cas, s'il en résulte des éléments fédérateurs que pourraient avoir en commun l'ensemble préexistant et les parcelles nouvelles, cela ne doit pas constituer un obstacle. La propriété et la gestion des ces éléments fédérateurs peuvent

²²⁹ Jean-François Dalbin, *Copropriété par phases, lot transitoire*, Droit et ville, IEJUC, n°72/2011

être transférées à une union de syndicats (s'il en résulte des copropriétés) ou à une association syndicale.

La question de l'assiette foncière en copropriété peut aussi se poser dans le cas de la surélévation d'un immeuble collectif existant. On sait qu'avec la technique du lot transitoire, il peut être cédé à un copropriétaire ou à un tiers un droit de construire résiduel, en surélévation. Cela se pratique assez couramment dans le centre des grandes agglomérations. Il est clair dans ce cas-là que le toit de l'immeuble ne saurait constituer l'assiette foncière du permis de construire quand bien même le droit de surélever est privatisé. Au regard du droit de l'urbanisme, un droit de construire ne peut être attaché qu'à la propriété ou à la jouissance d'une fraction de sol qu'est l'unité foncière. Il n'en demeure pas moins qu'en vertu de l'article R. 423-1 du Code de l'urbanisme, le titulaire du lot transitoire de copropriété consistant en un droit de surélever peut avoir qualité à déposer seul une demande de permis de construire si le syndicat des copropriétaires l'y autorise.

§ 4 – L'assiette volumétrique

(105.) Avant d'aborder la question de son terrain d'assiette, il convient en premier lieu de s'attacher à définir la notion de division en volumes. Nous citerons pour ce faire le Professeur Sizaire, qui fut le premier à théoriser la volumétrie, et dont la définition a été largement reprise :

« La division en volumes est une technique juridique consistant à diviser la propriété d'un immeuble en fractions distinctes, sur le plan horizontal comme sur le plan vertical, à des niveaux différents, qui peuvent se situer au-dessus comme en dessous du sol naturel, chaque fraction s'inscrivant, respectivement, dans l'emprise de volumes définis géométriquement, en trois dimensions, par référence à des plans, des coupes et des cotes, sans qu'il existe de parties communes entre ces différentes fractions. »²³⁰

La volumétrie est donc une technique de division qui se distingue de la copropriété en ce que chaque volume fait l'objet d'un droit de propriété parfaitement divis. Toutefois, le droit de l'urbanisme ne connaît pas la volumétrie. La division en volumes d'un ensemble immobilier entre propriétaires distincts n'a pas à être contrôlée par l'administration. Elle ne peut faire l'objet d'une autorisation d'urbanisme autre que le permis de construire de droit commun. A cet égard, le Conseil d'État a explicitement exclu la volumétrie de la qualification d'une opération de division foncière dans un arrêt de 2007. La Haute-juridiction avait considéré que :

« l'acte de vente avait pour objet de procéder à une division en lots [mais que] la division de ces 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 particulière du sol d'assiette de la parcelle (...). »²³¹

²³⁰ Nicolas Le Rudulier, *Division en volumes. – Nature et principes*, JCP Constr. – Urb., fasc. 107-10, 2013. Nota : l'auteur de la version préalable de ce fascicule était Daniel Sizaire lui-même. L'auteur de la nouvelle version du même fascicule reprend exactement la même définition en citant son prédécesseur.

²³¹ CE, 30 nov. 2007, Ville de Strasbourg, n° 271897 ; BJD 2007, n° 5, concl. L. Olléon ; RD imm. 2008, p. 116, obs. P. Soler-Couteaux.

Malgré de timides réserves, un auteur a soutenu sur le principe la position exprimée par le Conseil d'Etat, en affirmant que :

*« L'absence – supposée – d'impact de la volumétrie sur l'unité de l'objet de la propriété immobilière interdit le recours au permis valant division, sauf à tenter un magnifique jeu d'équilibriste consistant à expliquer que c'est une division du sol dans un cas, mais que ce ne l'est pas dans l'autre et ainsi créer une définition à la carte de la notion de division. »*²³²

Sylvain Pérignon va dans le même sens en écrivant que *« pour le droit de l'urbanisme, il y a division foncière lorsque la constitution d'un droit de jouissance sur une fraction d'un terrain est assortie d'un droit de construire »*²³³.

Le volume n'étant pas un objet appréhendé comme constituant un fonds, il ne peut lui être attribué de droits à bâtir à ce titre. Au sens du droit des sols, les droits à bâtir sont attachés à l'unité foncière ou aux unités foncières contiguës supportant l'ensemble immobilier volumétrique. La doctrine semble unanime sur ce point puisqu'un autre auteur partage une position identique en considérant que *« le champ d'application de cette procédure [le PCVD] évoque, là encore, une approche du projet en deux dimensions »* et de conclure que *« le permis de construire valant division, pourtant qualifié de permis pour les opérations complexes, n'est pas adapté aux réalisations en volumes »*²³⁴. Ainsi, la circonstance d'une volumétrie n'a aucun effet sur l'instruction d'une demande de permis, qui s'en tient à la propriété du sol. Ce principe a été rappelé par une autre jurisprudence du Conseil d'Etat de 2007, dite « Demoures » selon laquelle :

*« Une construction constituée de plusieurs éléments formant, en raison des liens physiques ou fonctionnels entre eux, un ensemble immobilier unique, doit en principe faire l'objet d'un seul permis de construire ».*²³⁵

Cette jurisprudence se fondait sur le critère d'indivisibilité de l'ensemble immobilier, lequel doit se distinguer, selon Pierre Soler-Couteaux, de l'assiette foncière de l'autorisation, qui s'appuie sur une ancienne jurisprudence aux termes de laquelle *« deux constructions répondant à des objets distincts peuvent faire l'objet de deux permis différents même si elles sont réalisées sur une même parcelle (CE, 10 mai 1996, Maleriat-Bilher, req. N° 136926) »*²³⁶. Une telle interprétation peut être à notre avis nuancée. Si deux demandes de permis relatives à deux constructions distinctes peuvent bien être déposées sur une même unité foncière, celles-ci sont instruites sur l'intégralité de ladite unité foncière. Il reste vrai qu'en posant à l'époque un principe d'unicité de l'autorisation d'un ensemble immobilier indivisible, le Conseil d'Etat ne s'attachait pas tant à la notion de l'assiette foncière qu'à celle de constructions indivisibles. Le Professeur Périnet-Marquet a toutefois pu relever que la coïncidence avait voulu que la réforme du droit des sols entrée en vigueur au 1^{er} octobre 2007, dont l'une des innovations était d'autoriser expressément la cotitularité

²³² Nicolas Le Rudulier, *Le lotissement du ciel. – Division en volumes et règles de scission de la propriété foncière* : JCP N 2011, 1120

²³³ Sylvain Pérignon, *Permis de construire valant division*, JCP Constr. Urb., fasc. 27-50, 2012, n° 19

²³⁴ Stéphanie Laporte-Leconte, *« Les autorisations d'urbanisme dans les montages en volumes »*, Actes pratiques et ingénierie immobilière, 3/2013, p. 48 et 49

²³⁵ CE, 10 oct. 2007, *Demoures et a.*, n° 277314, BJDU n° 4, 2007, p. 282, concl. Aguila

²³⁶ Pierre Soler-Couteaux, *« L'unicité de l'autorisation de l'ensemble immobilier indivisible »*, RDI, n°3, 2008, p. 128 et s.

des autorisations d'urbanisme, avait précédé de 10 jours l'arrêt Demoures qui avait lui-même consacré l'unicité du permis de construire d'un ensemble immobilier indivisible. Il a ainsi considéré que :

*« L'autorisation délivrée à plusieurs acquiert donc ses lettres de noblesse dans le code de l'urbanisme à un moment où son utilisation est jugée indispensable par le Conseil d'État pour les ensembles immobiliers indivisibles. »*²³⁷

La timide reconnaissance d'un terrain d'assiette volumétrique.

(106.) Deux ans plus tard, un nouvel arrêt de la Haute-juridiction administrative a offert de nouvelles perspectives, en infléchissant pour la première fois sa position sur la question. Il a en effet été admis dans un arrêt du 17 juillet 2009, intitulé « ville de Grenoble », de déposer plusieurs demandes de permis, portant chacune sur des volumes distincts dans un même ensemble immobilier. Il ne faut toutefois pas y voir un réel revirement dans la mesure où le projet lui-même revêtait un caractère exceptionnel. Le principe d'unicité de l'autorisation n'est pas remis en cause, il s'est juste agi de la reconnaissance d'une exception au principe. Les conditions posées par le Conseil d'Etat sont en effet assez restrictives :

*« que s'il résulte de ces dispositions qu'une construction constituée de plusieurs éléments formant, en raison des liens physiques ou fonctionnels entre eux, un ensemble immobilier unique, doit en principe faire l'objet d'un seul permis de construire, elles ne font pas obstacle à ce que, lorsque l'ampleur et la complexité du projet le justifient, notamment en cas d'intervention de plusieurs maîtres d'ouvrage, les éléments de la construction ayant une vocation fonctionnelle autonome puissent faire l'objet de permis distincts, sous réserve que l'autorité administrative ait vérifié, par une appréciation globale, que le respect des règles et la protection des intérêts généraux que garantirait un permis unique sont assurés par l'ensemble des permis délivrés ».*²³⁸

Le projet consistait en l'espèce en la réalisation par deux collectivités distinctes d'un stade et d'un parking souterrain. C'est pourquoi le Conseil d'Etat a retenu, pour admettre la possibilité que différents permis puissent être déposés, trois conditions : 1- l'ampleur et la complexité du projet ; 2- la vocation fonctionnelle autonome des différents éléments du projet ; 3- le respect des règles et la protection des intérêts généraux que garantirait un permis unique.

Cet arrêt a été largement commenté, les auteurs percevant rapidement l'intérêt d'une telle solution. Il ne nous semble donc pas utile de revenir ici dans les différents éléments d'analyse de la portée de cet arrêt. Mais force est de constater que les restrictions sont telles que le dépôt de demandes de permis sur des assiettes volumétriques n'ont pas été nombreuses depuis. D'abord, on ne rencontre pas souvent de projets de l'ampleur d'un stade. Ensuite, la condition du respect des règles et la protection des intérêts généraux que garantirait un permis unique est on ne peut plus

²³⁷ *Op. cit.* Hugues Périnet-Marquet, « Les autorisations de construire ou d'aménager délivrées à plusieurs personnes, première approche », *Constr. – urb.* n° 6, 2008, étude 6, comm. 1

²³⁸ CE, 17 juil. 2009, *ville de Grenoble*, n°301615, *BJDU* 2009, p. 269, obs. J.-C. Bonichot ; *RFDA* 2009, p. 1021, obs. J. Burguburu ; *Constr.-Urb.* 2009, comm. 123, obs. P. Cornille et O. Chambord ; *RD imm.* 2009, p. 557, obs. P. Soler-Couteaux ; *Bull. act. Lamy droit immobilier*, 2009, n° 175, obs. J.-L. Pissaloux

floue. La doctrine a pu d'ailleurs s'interroger sur la portée pratique de cette condition. Comment s'assurer en effet que l'administration puisse disposer des éléments lui permettant d'opérer une appréciation globale du respect des règles et de la protection des intérêts généraux par l'instruction de demandes distinctes de permis ? Une telle interrogation impliquerait alors une instruction commune des différentes demandes, posant une série d'autres questions : les demandes de permis doivent-elles être déposées le même jour ? Ou dans le cas contraire, faut-il indexer une notice explicative à chaque demande indiquant où le projet se situe dans l'ensemble ?

Le rapporteur public, Madame Julie Burguburu, avait d'ailleurs reconnu dans ses conclusions que :

*« Permettre, certes dans un nombre de cas restreint, des permis limités à des éléments d'une construction d'ensemble, nécessairement partiels, porte en soi le risque d'autoriser une construction méconnaissant au final les règles d'urbanisme alors même qu'elle serait conforme à son propre permis. »*²³⁹

Mais elle ajoute qu'un tel risque peut être minimisé dès lors que l'administration démontre qu'elle a une connaissance complète du projet, lui permettant de le contrôler dans sa globalité, dès la délivrance du premier permis, s'appuyant sur le pragmatisme dont la jurisprudence avait pu faire déjà preuve jadis dans l'arrêt *Centre national d'ophtalmologie des Quinze-Vingts* du 23 décembre 1987. Dans cette affaire, le Conseil d'Etat avait écarté déjà à l'époque le moyen tiré de l'illégalité d'un permis au motif qu'il portait sur une partie seulement d'une construction indivisible, se fondant sur la circonstance qu'à la date de la délivrance du premier permis, l'administration était en mesure de connaître l'aspect définitif du bâtiment²⁴⁰.

Nous ne pouvons qu'être en accord avec une telle analyse, sur le fond. Mais la procédure prévue dans la partie réglementaire du Code de l'urbanisme et aux termes des différents formulaires existants permettent-ils de procéder efficacement ainsi ? Quid d'un permis modificatif intervenant ultérieurement, et pouvant mettre en cause la légalité de l'ensemble ? Et si la réalisation de la première construction, dont l'achèvement est nécessaire à la mise en chantier de la deuxième construction, prend du retard, comment résoudre les éventuels problèmes de péremption ? Le rapporteur public donne plusieurs options envisageables pour assurer à l'administration une connaissance aussi complète que possible de l'opération envisagée, lesquelles ont sans doute achevé de convaincre les membres de la section contentieuse, et s'en remet pour ce faire à « *l'inventivité des maîtres d'ouvrages et de leurs conseils, parfois assistés par l'administration elle-même* ».

Peut-on tout de même s'en remettre uniquement à l'inventivité des pétitionnaires et de l'administration pour s'assurer de la sécurité juridique d'une pluralité de permis de construire dans un même ensemble immobilier ? A notre avis, il serait préférable que le pouvoir réglementaire intervienne pour organiser de tels montages par une modification du Code de l'urbanisme et l'émission de formulaires adéquats, plutôt que laisser la pratique se dépêtrer dans un formalisme inadapté. En tout état de cause, une telle solution n'est pas transposable pour les grandes opérations à réaliser par tranches. En effet, si le projet architectural de chaque construction comprise dans les

²³⁹ Julie Burguburu, *Conclusions*, sous CE, 17 juil. 2009, ville de Grenoble, n° 301615, BJDU 2009, p. 275

²⁴⁰ CE, 23 décembre 1987, *Centre national d'ophtalmologie des Quinze-Vingts*, n° 84114

volumes composant l'ensemble n'est pas précisément défini dès le départ, on ne pourrait, selon ce raisonnement, reconnaître l'assiette foncière volumétrique.

La condition relative à la vocation fonctionnelle autonome peut également poser des interrogations quant à la définition d'une telle notion, beaucoup plus nuancée que celle de la divisibilité des constructions. Un auteur a relevé pour sa part que :

*« Le Conseil d'État n'a pas livré de définition positive, mais a renouvelé son attachement à la notion de fonctionnalité autonome en prenant soin de la dissocier de la seule faculté à identifier différentes parties dans une structure immobilière ».*²⁴¹

Cet auteur cite une jurisprudence récente pour illustrer son propos, en l'occurrence l'arrêt *Fritot* de 2013 aux termes duquel :

*« (...) lorsque les éléments d'un projet de construction ou d'aménagement ayant une vocation fonctionnelle autonome auraient pu faire, en raison de l'ampleur et de la complexité du projet, l'objet d'autorisations distinctes, le juge de l'excès de pouvoir peut prononcer une annulation partielle de l'arrêté attaqué en raison de la divisibilité des éléments composant le projet litigieux ».*²⁴²

Le Conseil d'Etat entérine ici le principe de divisibilité du permis de construire, reconnu antérieurement, lorsque les éléments du projet ont une vocation fonctionnelle autonome. Un seul permis de construire avait été demandé, mais c'est sur le fondement de la divisibilité que la Haute-juridiction a reconnu la possibilité d'annuler partiellement un permis. Notons qu'en l'espèce, les éléments du projet ayant reçu la qualification de vocation fonctionnelle autonome et de projet d'ampleur et complexe n'étaient pas caractérisés par différents volumes, mais il s'agissait d'une éolienne et d'un poste de livraison. Cette jurisprudence est donc à prendre avec du recul par rapport à la question qui nous intéresse qu'est celle de la volumétrie. En tout état de cause, le Conseil d'Etat n'a jamais utilisé le terme de volume, ni dans la jurisprudence « ville de Grenoble », ni dans celles antérieurement rendues. C'est en lisant entre les lignes que les commentateurs en ont déduit les prémices de la reconnaissance d'une assiette volumétrique. Une brèche a été ouverte, mais le temps est arrivé à notre avis de reconnaître véritablement l'assiette volumétrique.

Pour une reconnaissance de l'assiette volumétrique.

(107.) En 2012, les géomètres-experts ont plaidé lors de leur Congrès à La Rochelle pour que les volumes soient reconnus comme des unités foncières au sens du droit de l'urbanisme, considérant que la jurisprudence « ville de Grenoble » n'allait pas assez loin. Les notaires présents à cette occasion avaient également soutenu une telle proposition, s'inscrivant dans la continuité de celles émises lors de leur propre congrès à Lyon en 2007. La proposition des géomètres-experts a été rédigée ainsi :

« Un volume constitue une unité foncière détachée du sol à laquelle il convient d'attribuer les droits à construire qui lui reviennent en vertu des documents d'urbanisme applicables. Or, en droit de l'urbanisme, les possibilités de

²⁴¹ Nicolas Le Rudulier, *Division en volumes. – Construction et gestion*, JCP Constr. – Urb., fasc. 107-20, 2013

²⁴² CE, 1er mars 2013, *Fritot*, n° 350306, BJDU 2013, n° 3, p. 221, concl. X. de Lesquen

construire sont attachées au sol. Ainsi, les autorisations d'urbanisme ignorent la volumétrie et ne permettent pas de sécuriser les droits de chaque volumier vis-à-vis de l'Administration.

Au stade de la construction d'un ensemble immobilier organisé en volumes, il n'est pas forcément utile que l'application du droit des sols appréhende une pluralité de volumes puisque l'on se situe généralement dans un projet d'ensemble. Mais les difficultés peuvent apparaître dès qu'interviennent les premiers travaux de maintenance, d'agrandissement ou de reconstruction. La répartition conventionnelle des droits de construire résiduels n'est pas opposable à l'administration.

L'Ordre des géomètres-experts propose donc que les droits à construire puissent être détachés du sol pour être attachés aux volumes dans les ensembles volumétriques. »²⁴³

Pour rendre envisageable une telle solution, sans doute qu'il ne faudrait pas prévoir nécessairement une assiette distincte pour chaque volume. La jurisprudence *Ville de Grenoble* avait admis la scission du terrain en deux assiettes volumétriques, ce qui constituait en soi une petite révolution. Mais scinder le terrain d'un projet en autant d'assiettes qu'il n'y a de volumes pourrait s'avérer souvent inopportun et inutilement complexe. Un volume par exemple de tréfonds ou de circulation verticale ne doit pas être considéré comme une unité foncière susceptible de générer des droits à bâtir lui étant propres. Il apparaît alors nécessaire, comme cela avait été soutenu, de conditionner une telle possibilité à la passation d'une convention adaptée à chaque situation entre volumiers organisant la gestion des droits à bâtir dès lors que des travaux sont susceptibles de créer de la surface de plancher. Le problème est que ce type de pièce n'est pas opposable à l'administration dans le cadre de l'instruction d'une demande de permis de construire. Comme indiqué précédemment, le rapporteur public dans l'affaire de l'arrêt *Ville de Grenoble* avait dessiné les contours de ce à quoi pourrait ressembler une procédure d'instruction reconnaissant l'assiette volumétrique :

« Un dossier chapeau présentant l'opération pourrait être annexé à chaque permis distinct, ainsi situé au sein de l'ensemble. Le premier permis à devoir être mis en œuvre (dont on peut concevoir qu'il s'agira généralement souterrains ou s'une dalle) pourrait comporter en annexe une copie des demandes à suivre et qui seront ensuite déposées, successivement, selon un calendrier défini, d'une part, par le calendrier d'obtention des autorisations nécessaires, le contenu des demandes ultérieures pouvant toutefois évoluer à la marge en fonction de l'exécution du premier permis. Un dépôt simultané de l'ensemble des permis, lorsqu'il est possible, peut également être envisagé. »²⁴⁴

Il y a alors lieu ici de distinguer le cas de figure de la construction d'emblée de l'ensemble immobilier de celui où la construction de l'ensemble est évolutive.

²⁴³ Jean-François Dalbin, « *Prise en compte de la volumétrie dans l'application du droit des sols* », Constr. – urb. n° 12, 2013, étude 15

²⁴⁴ *Op. cit.* Julie Burguburu, *Conclusions*, sous CE, 17 juil. 2009, ville de Grenoble, n°301615, BJDUI 2009, p. 276

1) Cas de la construction d'emblée de l'ensemble immobilier.

(108.) Au moment du projet initial de construction, il est en effet peu envisageable compte tenu de l'imbrication matérielle des volumes que des permis distincts soient délivrés sur différentes assiettes volumétriques sans qu'il n'y ait une cohérence architecturale et technique de l'ensemble, ce qui suppose une concomitance de l'instruction du permis, puis de l'exécution et de l'achèvement des travaux de l'ensemble. Mais la généralisation d'une telle solution est de toute évidence peu souhaitable. En effet, la délivrance même concomitante de différents permis autorisant la construction de différents éléments d'un même ensemble immobilier présenterait tant des difficultés pratiques liées entre autres à l'appréciation des règles d'urbanisme, qu'à une insécurité juridique certaine, dans le cas par exemple où l'un des permis serait annulé par le juge. Il ne nous apparaît donc pas opportun, si la conception architecturale de l'ensemble est connue dès le début, d'opter pour une pluralité de permis. Selon nous, il est préférable de prévoir dans ce cas qu'un permis unique soit délivré, mais sur plusieurs unités volumétriques distinctes. Deux solutions pourraient alors se dégager : celle du transfert partiel d'une part et celle du permis de construire complexe d'autre part. La dernière solution n'est toutefois pas envisageable en l'état actuel du droit.

La solution du transfert partiel.

(109.) La question du transfert partiel d'un ensemble immobilier complexe sur une même unité foncière a pu se poser : peut-on transférer les différentes constructions à chaque volumier, dès lors que la division en volumes se justifie, puisque l'on est en présence dans ce cas de plusieurs constructions qui bien qu'imbriquées ou superposées, sont matériellement autonomes les unes par rapport aux autres ? Un arrêt rendu par la Cour administrative d'appel de Marseille en 2004 avait laissé entendre que cela n'était guère possible. Le transfert partiel de permis est en effet conditionné, aux termes de cet arrêt, à la circonstance que les différents éléments de l'ensemble soient distincts et non imbriqués. Ci-après le considérant de principe de cette décision :

*« Considérant (...) que les ouvrages publics (...) sont intégrés dans un unique ensemble immobilier ; qu'ils sont imbriqués avec les constructions à usage d'habitation et de parkings (...) ; qu'ainsi, ils ne peuvent être regardés comme distincts du reste de la construction projetée ; que, dès lors, ils ne pouvaient légalement faire l'objet d'un transfert partiel de permis de construire (...). »*²⁴⁵

Ainsi, la seule circonstance qu'une partie de l'ensemble ait été dédiée à l'habitation et l'autre à un ouvrage public n'était pas suffisante pour admettre la partialité du transfert de permis. Cette solution semble s'appuyer sur la jurisprudence du Conseil d'Etat en 2002 qui, par l'arrêt *Poncet* précité, avait restreint le recours au transfert partiel à la double condition que l'opération soit divisible et qu'elle ne dénature pas l'assiette foncière du permis. Cette ligne jurisprudentielle, qui n'a jamais été remise en cause à notre connaissance, est à notre avis critiquable, et serait potentiellement non-transposable au visa des dispositions en vigueur aujourd'hui.

La technique du transfert partiel ne doit pas impliquer à notre avis que le permis initial doit être divisé en plusieurs permis, en dépit de ce qu'a pu écrire une partie de

²⁴⁵ CAA Marseille, 18 mars 2004, *Cne Beausoleil, SARL Eurazur Promotion*, n° 01MA00551

la doctrine. Le permis de construire partiellement transféré demeure un permis unique, qui porte toujours sur une même assiette foncière et sur le même programme d'ensemble, mais dont l'exécution est confiée à des personnes différentes, chacun ayant en charge l'exécution de la partie qui lui a été transférée. Il n'est donc pas possible que le bénéficiaire d'un transfert partiel puisse demander seul, pour la partie dont il a en charge l'exécution, un permis modificatif. Rappelons par ailleurs qu'une DAACT peut être partiellement déposée. Aux termes de l'article R. 462-2 du Code de l'urbanisme, la déclaration attestant l'achèvement et la conformité des travaux peut concerner soit la totalité des travaux, soit « une tranche » de ces travaux. Or, l'article R. 462-2 résulte, dans sa rédaction actuelle, de la réforme entrée en vigueur au 1^{er} octobre 2007. Dans le régime antérieur, la possibilité de déclarer l'achèvement d'une tranche de travaux n'était pas prévue par les textes. Il en ressort donc que le pouvoir réglementaire a expressément voulu permettre le fractionnement de l'exécution d'un permis de construire. L'usage du terme « tranche » n'est d'ailleurs pas anodin. Celui-ci renvoie en effet à une construction dont l'exécution est échelonnée sur le temps, par phases. L'échelonnement de l'exécution d'un permis signifie donc que la construction d'une tranche dépend de l'achèvement d'une autre, ce qui correspond précisément à l'hypothèse d'un ensemble indivisible. Dans le cas de figure d'un permis portant sur des éléments divisibles, il n'existe pas nécessairement de notion d'exécution par « tranches », puisque chaque partie peut être construite indépendamment l'une de l'autre.

Si le transfert partiel ne remet pas en cause l'unicité du permis de construire, mais ne porte que sur l'exécution partielle de constructions différentes constituant un tout indivisible, ne pourrait-on pas envisager alors une remise en cause de la jurisprudence ? Dans un article déjà cité ci-dessus, paru en juin 2008 et relatif à la cotitularité des autorisations d'urbanisme, le Professeur Périnet-Marquet avait considéré en la matière, suite à la réforme de 2007, que :

*« A priori rien ne permet de penser que la jurisprudence Epoux Rayrolle ait perdu de son actualité. L'arrêt Demours, cité plus haut, interprété a contrario montre, en effet, que plusieurs permis peuvent être délivrés pour des ensembles immobiliers divisibles. Rien ne paraît donc s'opposer à un transfert partiel de permis dans ce type d'ensembles immobiliers. »*²⁴⁶

Sauf que la jurisprudence *Demours* datant de 2007 portait sur la question de savoir si des constructions, formant un ensemble indivisible, pouvaient faire l'objet de différents permis de construire, et à laquelle la Haute-juridiction administrative avait répondu par la négative. Peu importe en l'occurrence que le Conseil d'Etat ait infléchi sa position par la suite dans la jurisprudence *Ville de Grenoble*, en admettant la possibilité de déposer deux demandes de permis de construire sur un même terrain dès lors que les deux constructions objets de permis distincts étaient fonctionnellement autonomes, puisque le débat du transfert partiel ne se situe pas à notre avis sur la question du fractionnement possible des autorisations. En effet, il ne faut pas faire d'amalgame entre la question de savoir si un ensemble indivisible peut faire l'objet d'un ou de plusieurs permis, et celle de savoir si un seul et même permis peut faire l'objet de transferts partiels pour chacune des constructions formant l'ensemble indivisible.

²⁴⁶ *Op. cit.* Hugues Périnet-Marquet, « Les autorisations de construire ou d'aménager délivrées à plusieurs personnes, première approche », *Constr. – urb.* n° 6, 2008, étude 6, Comm. 16

Dans un article paru en 2008, Pierre Soler-Couteaux a pu se montrer réservé sur le transfert partiel d'un permis portant sur un ensemble immobilier en notant que « *L'unicité de l'autorisation doit ensuite être maintenue jusqu'à l'achèvement des constructions* »²⁴⁷. Nous objecterons que le transfert partiel ne remet en cause le principe d'unicité du permis et que par conséquent, il n'a pas pour effet de reconnaître l'existence d'une assiette volumétrique.

Il convient enfin de s'attarder sur la chronologie des événements, plus particulièrement sur la question de savoir à quel moment les transferts peuvent intervenir. Si le transfert d'une ou de plusieurs parties du projet s'opère dès que le permis de construire est devenu définitif, son bénéficiaire deviendra alors co-maître d'ouvrage des travaux au même titre que le titulaire initial du permis ainsi que tous les autres bénéficiaires de transferts. Dans ce cas, le titulaire initial du permis cèderait des cubes d'air auxquels sont attachés un droit de construire effectif et prédéterminé. Cette solution ne semble pas satisfaisante dans la mesure où elle supposerait que chaque volumier doive construire à tour de rôle, et se heurterait par ailleurs au risque de péremption du permis. Ainsi, il pourrait être soutenu qu'une fois achevé le volume fédérateur sur lequel peut être implanté d'autres constructions, comme un parking en tréfonds ou bien une dalle commune, les autres volumes pourraient faire l'objet chacun d'un transfert partiel. L'autre possibilité serait que le titulaire du permis de construire livre « *des coques brutes laissant aux acquéreurs le soin de faire leurs aménagements* », solution que préconise Stéphanie Laporte-Leconte²⁴⁸. Autrement dit, que le titulaire réalise lui-même le gros-œuvre de l'ensemble immobilier et transfère certaines de ces « coques brutes », correspondant à des volumes, soit parmi les différents co-titulaires du permis initial, soit à de potentiels acquéreurs intéressés.

Dans l'hypothèse où le projet fait l'objet d'un permis initial en cotitularité, chaque titulaire étant un volumier de l'ensemble, rien ne devrait s'opposer selon nous à ce que le permis soit scindé, lors de son exécution, sur l'assiette de chaque volume une fois que les éléments de structure sont réalisés, dès lors que les conditions de divisibilité posées par la jurisprudence sont remplies. Cette scission du permis pourrait être graduelle, au fur et à mesure de l'achèvement des éléments de structure de chaque volume. Nous employons ici à dessein le terme « scission » plutôt que celui de « transfert » pour désigner, comme nous l'avons évoqué précédemment en matière de PCVD, le fait que la maîtrise ouvrage reste entre les mains des cotitulaires du permis initial, même si seul le terme de transfert recouvre une réalité juridique bien établie.

En conclusion, l'appréciation de la validité ou non d'un transfert partiel renvoie à la notion d'hétérogénéité de l'ensemble. Tout est question ici de qualification juridique des faits au cas par cas et il se pourrait bien que, dans la même opération, certains transferts partiels soient jugés licites et d'autres non, alors qu'ils correspondent tous à un volume. Une telle solution n'est donc pas idéale de par sa complexité, même si elle pourrait répondre à une demande croissante des opérateurs. Une autre solution, inenvisageable en l'état actuel du droit et nécessitant donc une réforme du code de l'urbanisme, pourrait alors résider dans le permis de construire complexe.

²⁴⁷ *Op. cit.* Pierre Soler-Couteaux, « *L'unicité de l'autorisation de l'ensemble immobilier* » : RDI n° 3, 2008, p. 123.

²⁴⁸ *Op. cit.* Stéphanie Laporte-Leconte, « *Les autorisations d'urbanisme dans les montages en volumes* », Actes pratiques et ingénierie immobilière, 3/2013, p. 50

La solution du permis de construire complexe.

(110.) C'est ce que l'Ordre des géomètres-experts a pu appelé de ses vœux, soutenu dans le principe par la doctrine, même si les contours précis d'un tel permis de construire complexe n'ont pas été esquissés. Le permis de construire complexe tel que nous le préconisons ci-dessous dans sa forme et son contenu n'engage donc nullement l'Ordre des géomètres-experts.

Le permis de construire complexe pourrait prendre la forme d'un permis de construire valant division volumétrique, qui se distinguerait du PCVD classique en appréhendant la verticalité. Un plan de division volumétrique pourrait alors être requis comme pièce du dossier, dont les plans seraient tirés de l'état descriptif de division en volumes déjà requis pour les formalités de publicité foncière. Il pourrait en être de même du projet de constitution d'une association syndicale pour les volumes d'intérêt collectif, qui deviendrait alors une pièce obligatoire du dossier, à moins que la propriété de certains volumes ne soit transférée à la collectivité. Naturellement, le statut de la copropriété ne pourrait être envisagé, puisque par définition la volumétrie implique le rejet de toute idée de partie indivise. En raison toutefois de l'imbrication des constructions dans le volume, le permis de construire complexe devrait non seulement intégrer la troisième dimension - celle de la verticalité, mais également la quatrième dimension - celle du temps. En effet, dès lors qu'il y a une imbrication de différentes constructions entre elles, un calendrier de réalisation doit être défini de manière à ce que les délais de validité soient différenciés d'une construction à l'autre. On ne peut en effet exiger de la construction inscrite dans le volume supérieur les mêmes délais d'exécution que pour celle inscrite dans le volume inférieur. Il faudra bien intégrer l'idée que le point de départ de l'exécution de la deuxième construction dépendra de l'achèvement du gros-œuvre de la première, et ainsi de suite s'il y a davantage de volumes.

Pour donner une garantie supplémentaire aux services instructeurs sur la faisabilité technique et juridique d'une opération soumise à un tel permis, il pourrait être exigé le recours obligatoire d'un géomètre-expert pour l'établissement du plan de division au même titre que le recours obligatoire à un architecte est déjà requis pour la conception architecturale. Il devrait également être exigé un récolement obligatoire, pour s'assurer que les limites entre chaque construction objet d'un volume soient conformes au plan de division dans leur spatialisation tridimensionnelle. Aujourd'hui, les notaires exigent souvent que de telles opérations de récolement soient effectuées, même si aucun texte ne l'impose, afin de s'assurer de la stricte correspondance entre l'état descriptif de division en volumes, établi pour les besoins de la publicité foncière, et la réalité physique, et ce pour mieux sécuriser leurs actes juridiques. En l'état actuel, le Code de l'urbanisme, aux termes de son article R. 462-7, ne rend obligatoire le récolement que pour une série de travaux dans lesquels ne figurent pas les ensembles immobiliers complexes. La création d'un tel type de permis de construire nécessiterait non seulement une modification de la partie réglementaire du Code de l'urbanisme, mais aussi certainement une réforme des textes relatifs à la publicité foncière, voire des dispositions du Code civil relatives au droit des biens de manière à ce que les volumes puissent être reconnus comme de véritables fonds, et par conséquent comme des unités foncières au regard de l'application du droit des sols. On rejoint ici une autre proposition émise par l'Ordre des géomètres-experts, portant sur la création d'un cadastre en trois dimensions comme cela peut exister dans le canton de Genève qui était, rappelons-le, un territoire français au moment de l'établissement du premier cadastre napoléonien.

2) Cas de la construction évolutive de l'ensemble immobilier :

(111.) Bien souvent, l'opérateur qui entreprend la construction d'un ensemble immobilier volumétrique n'a pas forcément la possibilité de connaître précisément la morphologie définitive du projet dans ses détails. Les futurs volumiers pourraient en effet être des acquéreurs souhaitant que le volume fédérateur (celui sur lequel pourront être bâties d'autres constructions) soit achevé, ou du moins fasse déjà l'objet d'un permis de construire définitif.

Comme nous avons déjà pu le souligner, un des principaux problèmes que pose cette situation est que le droit de construire est attaché à la propriété du sol. Le droit de l'urbanisme ne connaissant pas la volumétrie, seul le volumier du sol aura qualité à demander un permis, à moins qu'il n'autorise le volumier du dessus à le faire, ce qui supposerait la passation d'une convention entre eux. Ainsi, si la vocation fonctionnelle du volume supérieure est bien autonome, la qualité à déposer une demande de permis ne saurait l'être, obligeant son propriétaire à passer toujours par le volumier du sol. Il serait alors souhaitable de prévoir que chaque volumier puisse déposer seul une demande de permis portant sur l'assiette de son volume, et d'éviter la situation dans laquelle les volumiers du sol aient uniquement qualité à déposer une demande, ou bien que chaque demande requiert l'unanimité des volumiers, qui deviendraient alors tous cotitulaires de l'autorisation bien que les travaux ne portent que sur un volume.

Cette question peut être réglée conventionnellement entre les volumiers, qui peuvent organiser leurs rapports par une série de stipulations relatives à la gestion des droits à bâtir résiduels et de manière générale sur ce qui se rapporte à l'acte de construire. La convention peut également contenir une clause prévoyant que le titulaire du droit de construire au regard du droit des sols autorise les autres volumiers à déposer une demande de permis en application du a) de l'article R. 423-1 précité du Code de l'urbanisme. C'est d'ailleurs de la sorte que les opérateurs bien avisés fonctionnent aujourd'hui, mais il n'en demeure pas moins que les services instructeurs ignorent une telle convention. Même si chaque volumier peut théoriquement déposer une demande de permis en attestant être autorisé par le volumier du sol à exécuter les travaux, il ne peut jamais en résulter une absolue liberté de tout propriétaire de fonds à déposer une demande sur l'assiette foncière correspondant strictement aux limites de sa propriété, en raison simplement du fait que le fonds est de nature volumétrique. Une solution nécessitant également une profonde réforme pourrait alors être envisagée.

La solution du permis d'aménager un ensemble volumétrique.

(112.) L'idée serait encore plus ambitieuse que celle du permis de construire complexe, mais de notre point de vue tout aussi intéressante. Il s'agirait d'ailleurs d'une alternative possible à la solution du permis de construire complexe, adaptée au cas de figure d'une construction évolutive d'un ensemble immobilier. Au même titre qu'un permis d'aménager un lotissement permet la division foncière d'une ou de plusieurs unités foncières contiguës en vue d'y implanter des bâtiments, un permis d'aménager un ensemble volumétrique pourrait permettre le détachement d'une unité foncière en volumes en vue d'y implanter des constructions. Les demandes de permis de construire auraient alors comme assiette un ou plusieurs volumes contigus. Une telle solution pourrait apporter les mêmes avantages qu'un lotissement, à savoir la

garantie d'achèvement des volumes d'intérêt collectif, ou le maintien des règles d'urbanisme pendant par exemple cinq ans, mais pourrait surtout permettre au « volumeur » (par analogie au lotisseur) de moduler librement les droits à bâtir entre les différents volumiers, de manière à ce qu'une densité prédéterminée puisse être attachée à chaque volume commercialisé.

Le volumeur pourrait même émettre un règlement comme pièce du dossier du permis d'aménager, opposable aux services instructeurs pour une durée déterminée, édictant des règles d'urbanisme et de construction à respecter pour chaque volume. Ce règlement réglerait la question de savoir comment apprécier les règles d'urbanisme en vigueur sur un terrain d'assiette volumétrique alors même que les règlements de PLU ignorent eux aussi la volumétrie, en édictant des règles applicables sur des unités foncières. Les acquéreurs pourraient alors conserver une certaine liberté dans la conception architecturale des volumes qu'ils acquièrent, les prescriptions du règlement ne constituant qu'un socle minimal de restrictions ne remettant pas en cause la conformité de l'ensemble aux règles bidimensionnelles du PLU.

Au même titre que pour le permis de construire complexe, la solution du permis d'aménager un ensemble volumétrique nécessiterait une modification de la partie réglementaire du code, mais également la réforme foncière précitée, avec la création notamment d'un cadastre en trois dimensions. Une telle procédure serait toutefois adaptée pour un opérateur unique souhaitant réaliser une opération dans le but de céder des volumes constructibles, mais ne le serait pas dans le cas où plusieurs opérateurs destinés à devenir volumiers d'un même ensemble s'entendent dès le départ pour mener conjointement l'opération. Dans ce cas, la cotitularité d'un permis de construire complexe serait plus appropriée.

Chapitre 2 – L’application différenciée des règles d’urbanisme

(113.) Nous avons pu relever dans le chapitre précédent que la plupart des demandes d’autorisation de construire sont soit à l’origine, soit le résultat d’une opération de division. La division est à l’origine du terrain constructible lorsque ce dernier est issu d’une opération soumise à permis d’aménager ou bien d’une opération publique d’aménagement. La division est en revanche le résultat d’un permis de construire dans les cas d’une division primaire, d’un permis de construire valant division ou bien même d’une division en volumes. L’opération de division qui précède ou résulte d’une demande de permis de construire n’est alors pas neutre quant à l’application des règles d’urbanisme. En effet, les lots issus d’une opération de lotissement, et dans une moindre mesure ceux issus d’une opération de remembrement, offrent des possibilités d’application différenciée des règles d’urbanisme. Il en est de même pour les autorisations de construire tenant lieu d’autorisation de diviser.

Il convient d’entendre par « application différenciée des règles d’urbanisme » la possibilité d’édicter, à l’intérieur du périmètre d’une opération et pour une durée en principe déterminée, des règles spécifiques en complément de celles en vigueur, ou bien la faculté d’apprécier globalement, à l’échelle de l’opération et non de chaque lot, les règles d’urbanisme en vigueur, ou bien encore la possibilité d’y moduler librement la densité constructible qui résulte de ces règles.

Il faut souligner que tous les modes d’application différenciée des règles d’urbanisme ont un socle historique commun, comme en témoigne le vocabulaire employé. Il y a d’abord eu le cahier de charges, utilisé en matière de lotissement. Il s’agit d’un document dont la nature juridique a pu être initialement mixte, mais qui est finalement devenu une pièce purement contractuelle, bien que pouvant comporter, selon le législateur, des clauses de nature réglementaire. Il existe aussi le cahier des charges d’une ZAC, apparu plus tard, qui ressemblait à s’y méprendre à celui d’un lotissement jusqu’à la fin des années 1970. Il désigne aujourd’hui un document d’une nature juridique tout à fait différente.

En lotissement, le règlement a fait progressivement son apparition dès la fin des années 1950, né de la scission de la nature jadis hybride du cahier des charges. Ce règlement est venu donner la possibilité de fixer des règles en complément de celles en vigueur. On retrouve là des caractéristiques communes avec les prescriptions d’urbanisme édictées dans le cadre d’un remembrement réalisé par une AFU. Deux termes différents, « règlement » et « prescriptions », qui ont pourtant la même portée juridique, bien que les prescriptions ne soient pas frappées d’une caducité décennale comme c’est le cas du règlement.

Dans le cas de la ZAC, il existe la possibilité de fixer, dans le cahier des charges, des « prescriptions » comme en matière de remembrement, mais dites « techniques, urbanistiques et architecturales », sans préciser pour le coup si ces prescriptions viennent en complément des règles d’urbanisme ou bien si elles peuvent les contredire. Mais contrairement aux prescriptions attachées à l’AFU et au règlement du lotissement, celles de la ZAC seront opposables aussi longtemps que celle-ci ne sera pas supprimée.

Ce socle historique commun est assez révélateur du fait que l’urbanisme de projet existe en réalité depuis les textes fondateurs du droit de l’urbanisme. Il n’existe en

effet pas une seule opération qui n'ait pas été envisagée sous l'angle soit d'une réglementation d'urbanisme adaptée, soit plus récemment d'une appréciation globalisée des règles d'urbanisme en vigueur, ou bien d'une modulation de la densité à l'intérieur du périmètre de projet.

Seul le lotissement soumis à permis d'aménager bénéficie de tous ces modes : il peut faire l'objet d'un règlement, bénéficier d'un mécanisme de report de constructibilité et aussi d'une appréciation globalisée des règles d'urbanisme. Le report de la constructibilité bénéficie également aux ZAC, mais pas aux remembrements réalisés par une AFU. Le Code de l'urbanisme a même prévu que le document attestant des droits à bâtir constructibles, le cahier des charges pour la ZAC et le certificat pour le lotissement, sont le cas échéant des pièces obligatoires du dossier de demande de permis de construire. Pour ce qui concerne les divisions primaires et les PCVD, l'appréciation globalisée des règles d'urbanisme et la possibilité de répartir la densité semble aller naturellement de soi, même si un texte le prévoit explicitement pour le PCVD, dès lors que l'on considère que l'autorisation de construire précède la division du sol. Enfin, toutes les possibilités de libre modulation des droits à bâtir ou d'appréciation globalisée des règles d'urbanisme dans les opérations impliquant des divisions posent la question de l'évolution dans le temps des constructions qui seront nécessairement devenues contraires aux règles d'urbanisme. Dans ce cas, le principe est le maintien des droits acquis dès lors que la construction a été légalement édifiée. La jurisprudence est constante sur ce point dès lors que l'illégalité n'a pas été constatée à l'origine²⁴⁹ ou n'existait pas au départ²⁵⁰, ce qui se produit généralement lorsqu'intervient ultérieurement un changement des règles d'urbanisme. Mais on serait exactement dans le même cas en matière d'évolution d'une construction dont le terrain d'assiette du permis était l'unité foncière avant division.

Cela étant dit, c'est la jurisprudence dite « Sekler » qui a défini les grands principes de l'évolution des constructions existantes. Aux termes de cette décision, la Haute juridiction a considéré que :

*« la circonstance qu'une construction existante n'est pas conforme à une ou plusieurs dispositions d'un plan d'occupation des sols régulièrement approuvé ne s'oppose pas, en l'absence de dispositions de ce plan spécialement applicables à la modification des immeubles existants, à la délivrance ultérieure d'un permis de construire s'il s'agit de travaux qui, ou bien doivent rendre l'immeuble plus conforme aux dispositions réglementaires méconnues, ou bien sont étrangers à ces dispositions »*²⁵¹.

Le principe est donc que toute évolution d'une construction légalement édifiée, bien que devenue *a posteriori* contraire aux règles d'urbanisme, est possible. Mais cette évolution doit être sans rapport avec les dispositions du document d'urbanisme rendant la construction illégale, ou bien elle doit rendre l'immeuble davantage conforme aux dispositions réglementaires méconnues. Il n'est pas exigé de mise en conformité à proprement parler, mais on doit s'en approcher le plus possible. Un permis de construire peut donc être accordé s'il va dans le sens d'un commencement de « régularisation », étant entendu qu'il n'y a pas d'infraction au départ.

²⁴⁹ CE, 27 avril 1994, *Bouchy*, n° 128478, BJDU 1994, n° 4, p. 67

²⁵⁰ CE, 23 juillet 1983, *Ragueneau de Clinchamps*, n° 36646

²⁵¹ CE, 27 mai 1988, *Sekler*, n° 79530

Section 1 – Les règles spécifiques d’urbanisme

(114.) L’idée de soumettre les terrains d’un ensemble immobilier à des règles spécifiques, différentes de celles d’une réglementation générale, est apparue avec le lotissement, jadis le seul mode de division foncière. La réglementation du lotissement est même consubstantielle à la naissance du droit de l’urbanisme. Et jusqu’à aujourd’hui, le lotisseur bénéficie de la possibilité d’édicter un règlement, avec l’approbation certes de l’administration, dont le contenu est opposable aux demandes de permis de construire.

Il faut aussi préciser que les opérations de remembrement ou d’aménagement réalisées par une AFU ou une ZAC peuvent faire l’objet de prescriptions, qui constituent également une forme de règles spéciales d’urbanisme, opposables elles-aussi aux demandes de permis de construire. En matière de ZAC spécifiquement, il existait également jadis un règlement, le « règlement d’aménagement de zone », qui n’apportait pas pour sa part des règles non pas « en complément » mais en remplacement de celles en vigueur. Cette manière de réglementer n’a pas été du goût du législateur en 2000, qui décida alors de supprimer toute possibilité de réglementation spéciale en ZAC.

On peut tout de même s’interroger sur le mode d’adoption du règlement du lotissement ou des prescriptions d’urbanisme des AFU et des ZAC. Au motif sans doute que les règles spécifiques contenues dans ces documents soient circonscrites au périmètre d’une opération, en principe temporairement, et qu’elles ne soient pas contraires aux règles d’urbanisme en vigueur, elles sont édictées discrétionnairement par l’administration, certes sur demande de l’opérateur, mais en l’absence de tout dispositif permettant au public d’être informés voire consultés, via une enquête publique par exemple. On pourrait objecter, s’agissant spécifiquement du règlement du lotissement, que celui-ci est une pièce du permis d’aménager, lequel est délivré sous délivrance du droit des tiers. Mais les tiers sont en l’occurrence mis devant le fait accompli de la règle spécifique édictée, et ce n’est que par un recours en justice que celle-ci pourra être contestée.

En fait, le mode d’adoption de ces règles spécifiques est davantage à rapprocher de l’idée du contrat que de celle de l’édiction de normes unilatérales dans les formes prévues au Livre Ier du Code de l’urbanisme. C’est en effet, s’agissant du règlement de lotissement, l’opérateur qui soumet un projet de règlement à sa demande de permis d’aménager, que l’administration approuve. Le règlement approuvé est certes un document joint à l’acte administratif unilatéral qu’est le permis d’aménager. Mais il n’en demeure pas moins que son contenu résulte généralement dans les faits d’une discussion préalable entre l’administration et le pétitionnaire, et que c’est ce dernier qui en est le véritable auteur. Pour ce qui concerne les prescriptions techniques, urbanistiques et architecturales dans les ZAC, celles-ci sont insérées dans le cahier des charges de cession de terrain, document de nature contractuelle. Seules les prescriptions d’urbanisme dans le cadre d’opérations de remembrement réalisées par une AFU semblent être unilatéralement édictées par le préfet, sans que les conditions de cette édicton ne soient bien claires quant aux modalités d’information et de participation du public, ni-même de l’AFU concernée d’ailleurs.

§ 1 – Le règlement du lotissement

(115.) La notion de « règlement » spécifique à une opération de lotissement n'est pas très ancienne. Si l'on considère que la naissance du droit de l'urbanisme date de 1919, avec l'adoption de la première loi dite « Cornudet » (Loi du 14 mars 1919 relative aux plans d'extension et d'aménagement des villes, *JO* du 15 mars 1919, p. 2726), alors le cahier des charges n'y figure pas. Il s'agissait néanmoins d'un document qui était généralement établi en tant que pièce purement contractuelle. La seconde loi « Cornudet » (Loi du 19 juillet 1924 complétant la loi du 14 mars 1919 concernant les plans d'extension et d'aménagement des villes, *JO* du 22 juillet 1924, p. 6538) évoque pour sa part le « cahier des charges », en le soumettant à l'approbation de l'autorité administrative, lui conférant les attributs d'un acte administratif unilatéral, en plus de sa nature contractuelle.

C'est avec le décret-loi n° 58-1466 du 31 décembre 1958, et son décret d'application n° 59-898 du 28 juillet 1959, que le règlement deviendra un document autonome et intitulé comme tel. Ces textes ont en effet opéré une distinction entre d'une part le règlement, soumis à approbation administrative, et d'autre part le cahier des charges. Selon le décret d'application, le règlement fixe « *les règles et servitudes d'intérêt général imposées dans le lotissement et concernant notamment les caractères et la nature des constructions à édifier, la tenue des propriétés, les plantations et les clôtures* ». Le règlement était en outre devenu une pièce obligatoire du dossier de demande d'autorisation de lotir. Le décret n° 77-860 du 26 juillet 1977 en fera une pièce facultative que le lotisseur pourra joindre, s'il le souhaite, à sa demande.

Nous verrons que le lotisseur dispose de la possibilité de répartir la densité globale comme il le souhaite, soit au moment du permis d'aménager, soit au fur et à mesure de la cession des lots. Il va de soi qu'il est tenu de faire coïncider cette répartition de la densité avec le règlement pour ne pas créer des situations où l'acquéreur ne pourrait pas bâtir la surface de plancher constructible attachée à son lot à cause des limitations édictées par le règlement. Si jamais cela se produit, l'acquéreur pourra rechercher la responsabilité du lotisseur. Mais il peut se produire un cas beaucoup plus litigieux qui est celui de l'articulation du règlement avec l'appréciation globalisée des règles d'urbanisme, prévue à l'alinéa 3 de l'article R. 151-21 du Code de l'urbanisme sur lequel nous reviendrons longuement. On aurait alors des règles du PLU s'appréciant à l'échelle du projet alors que celles du règlement, dès lors qu'elles complètent les règles existantes, ne peuvent s'apprécier qu'à l'échelle du lot.

Le contenu du règlement et la notion de complémentarité.

(116.) À l'occasion de la réforme de 1977, une modification de la définition du règlement est opérée. L'ancien article R. 315-5 du Code de l'urbanisme disposa alors que : « *Le dossier joint à la demande est constitué des pièces ci-après : (...) e) Un projet de règlement, s'il est envisagé d'apporter des compléments aux règles d'urbanisme en vigueur* ». Cette notion de « *compléments aux règles d'urbanisme en vigueur* » paraît toujours dans la définition actuelle du règlement, à l'article R. 442-6 du Code de l'urbanisme. Aucun autre texte de nature réglementaire n'apporte de précisions sur le contenu du règlement de lotissement, de sorte que le lotisseur dispose d'une grande marge de liberté pour compléter, avec l'accord de l'administration, les règles d'urbanisme en vigueur.

Le règlement ne pourrait alors contenir que des règles d'urbanisme, ce qui peut susciter des interrogations sur la question de savoir quel type de prescription peut y être inséré ou non. Ainsi, par exemple, au sujet d'une disposition d'un règlement indiquant que « *Chaque acquéreur est tenu de respecter au profit de ses circonvoisins qui auraient construit avant lui, la ligne de vue vers le midi, sauf s'il existe entre l'emplacement construit et celui à construire une différence d'altitude d'au moins 7 mètres* », le Conseil d'Etat a pu considérer qu'« *aucune disposition législative ou réglementaire ne fait obstacle à ce que le règlement d'un lotissement impose aux colotis des obligations de cette nature, qui constituent des règles d'urbanisme opposables aux autorités chargées de délivrer les permis de construire* »²⁵². Pourtant, en fixant une obligation d'emprise dont l'appréciation est basée en fonction des constructions existantes sur les propriétés voisines, on aurait pu aussi qualifier une telle disposition de servitude, le fonds déjà bâti se retrouvant de fait dominant. Le Conseil d'Etat laisse ainsi une large liberté rédactionnelle dans l'écriture de la règle d'urbanisme, qualifiant comme telle un type de prescription que l'on ne trouve généralement pas dans les règlements de PLU. On peut même voir dans la rédaction de la disposition litigieuse la quintessence même de la « règle d'urbanisme intelligente », que les pouvoirs publics appellent de leurs vœux, c'est-à-dire de celle dont on devine clairement l'intention (ne pas obstruer la vue de chaque construction vers le sud) et qui est contextualisée (en tentant en compte la topographie du terrain, avec la possibilité de ne pas appliquer la règle si la différence d'altitude entre les deux constructions est d'au moins 7 mètres).

Toutefois, il ne faut pas considérer que le règlement du lotissement remplace celui du PLU. Les deux corpus de règles coexistent, mais en cas de contradiction, c'est la règle la plus sévère qui doit s'appliquer. Telle a été la solution rendue par la jurisprudence de principe *Ansel et Rivet* en 1937, par laquelle le Conseil d'Etat avait admis que la surface constructible pouvait être limitée par le plan d'urbanisme à un coefficient inférieur à celui qu'avait retenu le cahier des charges d'un lotissement approuvé antérieurement²⁵³. Il ne peut donc en l'occurrence être fait application de l'adage « *lex specialis derogat legi generali* » (la loi spéciale déroge à la loi générale), comme ce fut le cas jadis du règlement de plan d'aménagement de zone en matière de ZAC. Ce point sera développé ci-après. Ainsi, Philippe Benoît-Cattin a-t-il pu définir la notion de complémentarité en écrivant que « *le règlement du lotissement ne peut statuer que sur des points que le PLU, ou le POS, n'a pas réglementés ou qu'édicter des règles plus sévères que celles du PLU* »²⁵⁴. Il relève toutefois, à juste titre nous semble-t-il, qu'il peut être parfois difficile de déterminer quelle est la règle la plus sévère entre un règlement de PLU, ou jadis d'un POS, et celui d'un lotissement. Pour éviter ce type de difficulté, le Conseil d'Etat a pu considérer qu'un permis de construire portant sur un lot situé dans un lotissement devait respecter tant les prescriptions édictées par le plan d'occupation des sols que les dispositions réglementaires régissant les constructions dans le lotissement, à l'exception de celles de ces règles qui ne seraient pas conciliables²⁵⁵. En d'autres termes, un permis de construire ne peut être délivré

²⁵² CE, 20 novembre 2002, *Bletry*, n° 244453, BJD 2002, n° 6, p. 436, concl. Sénors

²⁵³ CE, 15 oct. 1937, *Ansel et Rivet* : Rec. CE 1937, p. 814 ; Jean-Paul Gilli, Hubert Charles, Jacques de Lanversin, « *Les grands arrêts du droit de l'urbanisme* » 4^e édition, Dalloz, 1996, p. 459

²⁵⁴ Philippe Benoît-Cattin, *Lotissements – Règlement et cahier des charges*, JCP Construction - Urbanisme, fasc. 32-14, 2008, n° 33

²⁵⁵ CE, 5 déc. 1994, *Cne de Roquebrune-Cap-Martin*, n° 262689 : Rec. CE 1994, p. 356 ; BJD 3/1995, p. 217, obs. L. Touvet

que si le projet est conforme aux dispositions des deux règlements. Le spécial ne fait donc pas écran au principal, d'où le terme de « complément ». Cette notion de complément aux règles d'urbanisme en vigueur n'est toutefois pas exclusive au lotissement. Les prescriptions qui peuvent être édictées dans le cadre d'une ZAC ou d'un remembrement réalisé par une AFU le sont également, aux termes de leurs dispositions respectives, en complément des règles en vigueur.

La philosophie du règlement de lotissement, tel que le conçoit le Code de l'urbanisme, est de conférer à l'opération un caractère qualitatif. C'est dans un but de valorisation qu'il va édicter des normes contraignantes permettant d'assurer une meilleure harmonie de l'ensemble. Le recherche d'un cadre de vie davantage aéré et verdoyant, passe alors bien souvent par une limitation de la densité constructible. Ainsi, la possibilité est donnée au lotisseur de définir, sur le périmètre de son opération, une série de règles spéciales. Ces règles spéciales ne doivent toutefois pas être considérées comme « dérogatoires », ou plutôt devrions-nous dire comme des règles d'exception. Elles ne se substituent pas aux conditions de construction définies par les documents d'urbanisme dans la mesure où les prescriptions potentiellement contraires aux règles d'urbanisme ne sauraient être opposables. Pour autant, cette manière de concevoir la réalisation d'un lotissement, c'est-à-dire en édictant un ensemble de règles complémentaires limitant davantage la densité constructible à l'échelle de chaque lot, n'est plus vraiment dans l'air du temps. C'est même contraire à la philosophie d'un urbanisme de projet, c'est-à-dire d'un urbanisme d'îlot, s'appuyant sur le mécanisme d'appréciation globalisée des règles que nous étudierons ultérieurement. Il devrait alors être envisagé que le règlement du lotissement définisse plutôt les modalités d'appréciation globalisée des règles du PLU, permettant de moduler les droits à bâtir et les formes architecturales à l'échelle d'un projet, sans pour autant nécessairement réduire la densité globale de l'opération. Cela nécessiterait que la notion de « règles édictées en complément » soit appréhendée à l'échelle du projet, car celles-ci pourraient être contraires aux règles d'urbanisme à l'échelle de chaque lot. Il faudrait alors plutôt parler, dans ce cas, de règles alternatives. Autrement dit, le règlement devrait servir de modulateur de constructibilité, plutôt que d'être un limiteur de densité.

Le caractère éphémère du règlement du lotissement.

(117.) Une des principales caractéristiques du règlement est son caractère temporaire. Et de ce point de vue, la loi ALUR a constitué un tournant majeur. Le régime applicable antérieurement était que le règlement devenait caduc passé un délai de dix ans à compter de la décision autorisant le lotissement, dès lors que le périmètre de celui-ci était situé dans un secteur couvert par un PLU. Les colotis pouvaient néanmoins en demander le maintien à une majorité qualifiée, auquel cas les règles en cause continuaient à s'appliquer, après décision toutefois de l'autorité compétente précédée d'une enquête publique. Le maintien de l'opposabilité du règlement pour une durée indéterminée n'était pas rare. Au contraire, il était assez répandu de rencontrer des lotissements, dont la date d'autorisation remontait à plusieurs décennies, où un règlement spécial était maintenu alors même que le document d'urbanisme en vigueur avait de son côté évolué. Le maintien de ces règles avait d'ailleurs souvent pour conséquence d'empêcher toute possibilité de densification pourtant prévue et encouragée par des PLU. C'est du moins ce qu'on a pu lui reprocher. Il est vrai que généralement, le maintien d'un règlement de lotissement permet aux propriétaires de

s'assurer de la préservation de l'environnement dans lequel ils ont choisi de s'installer, et constitue un instrument de résistance à toute politique publique en faveur de la densification.

En effet, la portée de toute évolution d'un document d'urbanisme est extrêmement limitée lorsque l'on trouve sur le territoire concerné une multitude de périmètres dans lesquels des règles spéciales demeurent inchangées. Certes, le législateur a prévu une possibilité de mise en concordance du règlement avec le PLU, en l'article L. 442-11 du Code de l'urbanisme, lorsque celui-ci fait l'objet d'une évolution. Mais cette procédure, soumise à enquête publique préalable, n'est pas automatique et peut soulever de fortes réticences. Il existe également une procédure de modification du règlement (au même titre d'ailleurs que tous les documents du lotissement) prévue à l'article L. 442-10, mais qui était soumise jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi ALUR à une double majorité de deux tiers des propriétaires détenant ensemble au moins les trois-quarts de la superficie du lotissement ou bien l'inverse.

Avec l'adoption de la loi ALUR, le législateur a voulu réaffirmer la primauté de la règle prévue dans les documents d'urbanisme sur celles prévues dans les documents du lotissement. Il a ainsi choisi de conserver la péremption décennale du règlement du lotissement, mais a supprimé la possibilité pour les colotis d'en demander le maintien. Le nouveau texte de l'article L. 442-9 va plus loin en posant que même dans les lotissements au sein desquels ils l'avaient antérieurement demandé, le règlement cesse de s'appliquer immédiatement si le lotissement est couvert par un PLU, dès l'entrée en vigueur de la loi ALUR. Ainsi, le principe du retour systématique du lotissement au droit commun, dix ans après sa création, est posé. De fait, le règlement du lotissement est désormais réduit à la fonction de dessiner un profil urbain bien déterminé dans les premières années de la vie du projet, qui puisse être différent de celui découlant de l'application des règles d'urbanisme en vigueur, sans pour autant compromettre toute évolution future qui pourra résulter des choix d'urbanisme. Si les colotis veulent se prémunir de toute évolution qui leur paraîtrait nuisible, il leur reste cependant la possibilité de contractualiser un ensemble de restrictions dans un cahier des charges.

En conclusion de ce point, le règlement du lotissement, pièce facultative du dossier du permis d'aménager, ne revête désormais qu'un caractère nécessairement éphémère. Cette évolution met fin à une situation dans laquelle le territoire national était couvert d'une multitude de périmètres où s'appliquaient des règles spéciales inchangées, d'un autre temps et potentiellement contraires aux partis d'urbanisme exprimés par la suite dans les documents d'urbanisme successifs. Malgré son caractère nécessairement éphémère, le règlement reste toujours soumis aux dispositions de l'article L. 442-10 relatif à la modification et de l'article L. 442-11 relatif à la mise en concordance avec un document d'urbanisme intervenu postérieurement. Les règles de majorité prévues à l'article L. 442-10 ont même été abaissées à la moitié des propriétaires détenant ensemble les deux tiers au moins de la superficie ou l'inverse, dans un but de facilitation de l'évolution des documents du lotissement. On peut s'interroger sur l'intérêt du maintien de telles dispositions, du moins pour le règlement ou tout document du lotissement frappé d'une caducité décennale. Il peut légitimement se poser la question de savoir ce qu'il advient des règles d'urbanisme du lotissement dont le caractère réglementaire est devenu caduc, mais qui peuvent encore s'appliquer contractuellement entre les colotis. Nous étudierons cette question dans la dernière partie.

Aussi, plutôt que d'envisager d'édicter des règles qui deviendront automatiquement caduques passé un délai de dix ans, pourquoi ne pas envisager un principe de mutabilité de la règle d'urbanisme, en considérant que dès lors qu'un projet de règlement joint à une demande de permis d'aménager est approuvé, il devient non pas un document du lotissement, mais une série de prescriptions supplémentaires du règlement du PLU ? Cela aurait du sens en particulier si l'idée d'un règlement qui servirait à définir un projet d'ensemble selon une appréciation globalisée des règles initiales du PLU était retenue. Le règlement du lotissement deviendrait alors une série de règles d'urbanisme ordinaires, et évoluerait comme évoluent toutes les autres règles d'urbanisme prévues dans les PLU. Cette solution nécessiterait alors d'envisager des garanties, notamment en matière d'information et de participation du public, pour que le règlement ne soit pas adopté discrétionnairement par l'administration, sur demande du lotisseur.

§ 2 – Les prescriptions d'urbanisme

(118.) Les opérations de remembrement réalisées par les AFU peuvent faire l'objet de prescriptions d'urbanisme, prononcées par l'autorité préfectorale, dont les contours juridiques sont très flous. Il en est de même pour les terrains situés dans le périmètre d'une ZAC, à la différence que les prescriptions y sont dites « techniques, urbanistiques et architecturales » et qu'elles y sont incluses dans le cahier des charges, document de nature contractuelle approuvée par l'administration.

A – Les prescriptions d'urbanisme en AFU

(119.) Nous avons déjà pu relever dans la section précédente que le remembrement réalisé par une AFU libre était soumis à permis d'aménager. Il n'en demeure pas moins que ce ne sont pas les services instructeurs qui approuvent le plan de remembrement, mais le préfet, à l'instar des remembrements réalisés par des AFU autorisées ou constituées d'office. Le permis d'aménager un remembrement, dont le contenu est excessivement léger, ne s'attache pour ainsi dire qu'à la création ou à la réalisation de voies et espaces communs à l'opération.

Toutefois, le plan de remembrement soumis à l'approbation du préfet comporte « *Les prescriptions propres à l'opération en complément de la réglementation d'urbanisme applicable* », ainsi que le prévoit l'article R. 322-15 du Code de l'urbanisme. Le principe de ces prescriptions spéciales, en ce qu'elles complètent les règles d'urbanisme, n'est pas sans rappeler le règlement du lotissement, à la différence près qu'en matière de remembrement, et au regard de la formulation de cet article, il ne semble pas que l'apport de telles prescriptions soit optionnel. Seulement, l'articulation des dispositions législatives et réglementaires entretient une certaine confusion sur la question de savoir si de telles prescriptions concernent les remembrements réalisés par des AFU libres. L'article R. 322-1 dispose en effet que :

« *Les associations foncières urbaines (sans distinction) ayant pour objet les opérations prévues à l'article L. 322-2 (1., 2. et 5.) (incluant donc le remembrement) sont soumises aux dispositions du décret n° 2006-504 du 3 mai 2006 et à celles des sections I à IV du présent chapitre (soit les articles R. 322-2 à R. 322-40).* »

Mais pour ce qui concerne en particulier les prescriptions spéciales, la partie législative du code n'évoque la question de prescriptions que sous le prisme de l'enquête publique qui doit être menée dans le cadre seulement des AFU autorisées et constituées d'office. L'article L. 322-6 dispose en effet que :

« L'acte de l'autorité administrative impose, en tant que de besoin, des prescriptions propres à l'opération, en complément de la réglementation d'urbanisme applicable à la zone considérée. Ces prescriptions font partie du dossier soumis à l'enquête. »

Et l'article L. 322-6-1 d'ajouter que :

« L'autorité administrative recueille, préalablement à l'approbation du plan de remembrement, l'accord du conseil municipal sur celui-ci ainsi que sur les prescriptions d'urbanisme propres à l'opération (...) ».

En écho à ces dispositions législatives, l'article R. 322-8-1 dispose que :

« Les documents d'urbanisme indiquant les possibilités d'utilisation du sol à l'intérieur du périmètre de remembrement, ainsi éventuellement que les disciplines d'architecture à respecter par les constructeurs, doivent être tenus à la disposition des associés au secrétariat de l'association. Il en est de même des prescriptions d'urbanisme propres à l'opération qu'il est envisagé d'apporter en application du deuxième alinéa de l'article L. 322-6. »

La combinaison de ces dispositions pourrait donc laisser à penser que les remembrements réalisés par une AFU libre ne peut faire l'objet de prescriptions spéciales. C'est ce que laisse entendre Gilles Godfrin dans une étude parue en 2006, qui assimile d'ailleurs l'AFU libre à un lotisseur²⁵⁶. Et il est vrai que la lecture *a contrario* de l'article R. 442-1 du Code de l'urbanisme pourrait être interprétée comme une inclusion du remembrement réalisé par une AFU libre dans le champ d'application du lotissement. Ainsi, les dispositions des articles R. 322-7 et suivants du Code de l'urbanisme ne concerneraient que les AFU autorisées et constituées d'office.

Pour notre part, nous ne partageons pas cette analyse. Aussi imparfait et confus que puisse être le dispositif dans son ensemble, l'AFU libre est bien un « remembreur » et non un lotisseur, le « *remembrement et la modification corrélative de l'assiette des droits de propriété, des charges et des servitudes y attachées* » tel que prévu au 1° de l'article L. 322-2 du Code de l'urbanisme peut faire l'objet de tous types d'AFU, y compris libres. Par conséquent, toutes les AFU de remembrement doivent faire l'objet d'un plan, et celui-ci peut (ou doit) comporter des prescriptions spéciales quelque soit le type d'AFU. Raisonner autrement signifierait que le remembrement réalisé par une AFU libre serait dépourvu de cadre légal et réglementaire, ce qui est tout simplement inenvisageable compte tenu de la gravité des droits mis en cause.

Cela étant affirmé, le Code de l'urbanisme souffre d'une immense lacune quant au régime juridique de ces prescriptions. A titre de comparaison avec le règlement du lotissement, les choses sont relativement claires : celui-ci fait partie d'un corpus de documents à caractère réglementaire propres à chaque lotissement, qui deviennent caducs passé un délai de dix ans. Le Code de l'urbanisme prévoit également des modalités de modification ou de mise en concordance de tels documents avec les

²⁵⁶ Gilles Godfrin, « Remembrement urbain : le statu quo », Construction - Urbanisme n° 11, Novembre 2006, étude 19, comm. 3

règles du PLU lorsque celles-ci viennent à évoluer entre-temps. En matière de prescriptions dans les opérations de remembrement, nulle disposition n'apporte de précisions sur leur pérennité. Sont-elles perpétuelles ? Disparaissent-elles en même temps que l'AFU est dissolue ? Peut-on les modifier ou les supprimer alors que l'AFU existe encore ? Il convient sans doute d'apporter des réponses à ces questions dans les statuts de chaque AFU. Mais si ceux-ci sont muets à cet égard, difficile d'y apporter des réponses tranchées. L'auteur précité ajoute que :

« le maintien de ce genre de réglementation d'urbanisme particulière à une opération (il en est de même du règlement de lotissement) contredit les velléités de la loi solidarité et renouvellement urbain du 13 décembre 2000 (qui a notamment supprimé les plans d'aménagement de ZAC) de réunir dans le PLU l'ensemble des règles d'urbanisme locales. On peut se demander si la possibilité d'édiction de prescriptions d'urbanisme propres au périmètre de remembrement urbain ne devrait pas disparaître. »²⁵⁷

La proposition de suppression pure et simple de toute réglementation particulière à une opération nous paraît quelque peu excessive. Nous sommes plutôt d'avis d'aligner le régime juridique des prescriptions d'urbanisme à celui du règlement du lotissement. La piste de réflexion qui pourrait être explorée serait alors de définir un cadre juridique propre à une réglementation spéciale du remembrement réalisé par une AFU.

B – Les prescriptions techniques, urbanistiques et architecturales en ZAC

(120.) La ZAC présente la particularité d'avoir pu, jusqu'en 2000, faire l'objet d'un règlement spécial. Ce règlement spécial faisait partie de l'ancien PAZ (Plan d'Aménagement de Zone), dont il y avait lieu d'éviter d'établir un parallèle avec le règlement du lotissement. Le premier constituait jadis le cadre réglementaire d'une opération en lieu et place du document d'urbanisme en vigueur. Le second édicte des règles en complément du document d'urbanisme, et n'a pas pour effet de s'y substituer. Par ailleurs, la suppression du PAZ par l'effet de la loi SRU ne signifie pas qu'il ne peut plus y avoir de règles d'urbanisme spécifiques à la ZAC. En effet, la seconde phrase du premier alinéa de l'article L. 311-6 du Code de l'urbanisme dispose que :

« Le cahier des charges peut en outre fixer des prescriptions techniques, urbanistiques et architecturales imposées pour la durée de la réalisation de la zone. »

On peut aisément présumer que de telles prescriptions, à l'instar de celles pouvant être établies dans le cadre d'un remembrement réalisé par une AFU, complètent les règles d'urbanisme en vigueur, et ne peuvent donc entrer en contradiction avec ces dernières. On n'imagine mal toutefois des prescriptions venant limiter la surface de plancher constructible indiquée dans le cahier des charges. Il est donc très probable que ces prescriptions aient pour objet de s'attacher à la définition de règles qualitatives et non quantitatives. D'ailleurs, il ne s'agit pas de prescriptions d'urbanisme, mais de prescriptions « techniques, urbanistiques et architecturales ». Cette précision sémantique laisse à penser qu'il n'est pas question de toucher à la densité constructible, mais seulement à l'apparence visuelle.

²⁵⁷ *Idem*, comm. 17

Contrairement aux prescriptions d'urbanisme fixées dans le cadre de remembrements réalisés par une AFU autorisée ou constituée d'office, l'article L. 311-6 définit d'emblée le caractère temporaire des prescriptions fixées par le cahier des charges. Aussi, le cahier des charges est approuvé par l'autorité compétente pour approuver la création de la ZAC. Il n'en demeure pas moins que le principe est que c'est l'autorité en charge du PLU qui approuve les indications portées dans le cahier des charges, alors qu'en AFU, c'est dans tous les cas le préfet.

Le cahier des charges de ZAC constituant une pièce obligatoire d'une demande de permis de construire, les prescriptions qu'il contient lui sont donc opposables. Ainsi que l'énonce l'article R. 431-23 du Code de l'urbanisme :

« Lorsque les travaux projetés portent sur une construction à édifier dans une zone d'aménagement concerté, la demande est accompagnée :

a) (...) si elles existent, de celles des dispositions du cahier des charges qui fixent des prescriptions techniques, urbanistiques et architecturales imposées pour la durée de la réalisation de la zone ; (...) »

Enfin, le dernier alinéa de l'article L. 311-6 du Code de l'urbanisme prévoit que le cahier des charges est caduc au terme de la suppression de la ZAC, emportant avec lui la caducité des prescriptions, ce que le premier alinéa de l'article prévoit déjà, mais également de l'indication du nombre de mètres carrés de surface de plancher dont la construction est autorisée. Le terrain concerné retourne ainsi dans le droit commun, et sa densité constructible résultera de l'application des règles d'urbanisme sur l'unité foncière qu'il constitue.

Section 2 – L'appréciation globalisée des règles d'urbanisme

(121.) La quantification réglementaire de la densité constructible des unités foncières résulte en principe, comme nous l'avons déjà souligné, de l'application des règles d'urbanisme sur le terrain d'assiette du permis de construire. Toutefois, en matière de lotissement, de même que dans le cadre d'un PCVD, il est admis que la constructibilité des terrains soit appréciée globalement, à l'échelle de l'opération. A cet égard, le troisième alinéa de l'article R.151-21 du Code de l'urbanisme (ex. R. 123-10-1) dispose que :

« Dans le cas d'un lotissement ou dans celui de la construction, sur une unité foncière ou sur plusieurs unités foncières contiguës, de plusieurs bâtiments dont le terrain d'assiette doit faire l'objet d'une division en propriété ou en jouissance, l'ensemble du projet est apprécié au regard de la totalité des règles édictées par le plan local d'urbanisme, sauf si le règlement de ce plan s'y oppose. »

La réforme entrée en vigueur au 1^{er} mars 2012 a quelque peu modifié la formulation de cette disposition sans pour autant en modifier le sens. En effet, la rédaction antérieure disposait que *« les règles édictées par le plan local d'urbanisme sont appréciées au regard de l'ensemble du projet »*, ce qui signifie à notre avis exactement la même chose. Le rapport au premier ministre joint au décret portant cette modification textuelle indiquait qu'il s'agissait de clarifier les conditions d'application des règles du plan local d'urbanisme (PLU) aux opérations de divisions

foncières réalisées dans le cadre d'une procédure de lotissement ou par permis de construire valant division. Ce mécanisme d'application du droit des sols que nous pourrions qualifier de « principe de globalisation de l'appréciation des règles d'urbanisme au regard du projet » fut inséré dans le Code de l'urbanisme par la réforme entrée en vigueur au 1^{er} octobre 2007, pour répondre à la volonté du législateur de densifier le tissu urbain sans cesse réaffirmé depuis le début des années 2000 avec la loi SRU, et participe aussi de l'idée d'un urbanisme de projet, attachée à une vision de l'aménagement au niveau de l'îlot et non de la parcelle. Ce principe ne vaut que si le règlement de PLU ne s'y oppose pas. Nous partons donc ici de l'hypothèse où ce règlement ne s'y oppose pas.

§ 1 – Dans le cas du PCVD

(122.) Il convient de souligner que le PCVD n'est pas nommément mentionné dans les dispositions de l'article R. 151-21 du Code de l'urbanisme. Il ne fait pourtant l'ombre d'aucun doute que « *la construction, sur une unité foncière ou sur plusieurs unités foncières contiguës, de plusieurs bâtiments dont le terrain d'assiette doit faire l'objet d'une division en propriété ou en jouissance* » y fait bien référence. Il suffit pour s'en convaincre de se reporter à l'article R. 431-24 qui reprend une formulation identique pour désigner le PCVD. En fait, le mécanisme d'appréciation globalisée des règles d'urbanisme est indissociable du PCVD, et il convient de se plonger dans l'histoire de ce dernier pour s'en rendre compte.

Sous l'empire de l'ancien article R. 421-7, en vigueur jusqu'à la réforme de 2007, il n'était pas obligatoire pour le demandeur d'un permis de construire valant division de fournir un plan de division, contrairement à ce qui est prévu aujourd'hui. Mais si le demandeur décidait d'en fournir un, la possibilité de répartir librement la densité constructible, ou plus exactement la surface hors œuvre nette disponible, lui était alors donnée. Mais se posait la question de savoir comment appliquer les règles d'urbanisme à défaut de plan de division, ou bien encore si le plan de division fourni était muet quant à la ventilation de la densité. Les incertitudes suscitées par l'ancien dispositif quant à l'application des règles d'urbanisme ont été illustrées par un arrêt du Conseil d'Etat de 2005, *Commune de Sceaux*, aux termes duquel il fallait nécessairement, lors de l'instruction du permis de construire valant division, tenir compte de la division pour l'application des règles d'urbanisme²⁵⁸. La jurisprudence n'était toutefois pas constante sur cette question, et les positions des juges dépendaient souvent des circonstances liées à l'écriture de la règle d'urbanisme dans le document d'urbanisme en vigueur, ou bien du fait qu'un plan de division était fourni ou non.

La problématique est ici similaire à celle du terrain d'assiette d'une opération de division primaire pour ce qui concerne l'application des règles d'urbanisme. Nous avons pu soutenir dans le chapitre précédent que l'assiette foncière d'une telle opération devait correspondre à l'intégralité du terrain d'origine pour la simple et bonne raison que la construction précédait la division, et que dans ces conditions, une partie d'unité foncière ne pouvait constituer le terrain d'assiette de permis de construire. Mêmes causes, mêmes effets, il eut semblé naturel, à notre avis, que les règles d'urbanisme s'apprécient à l'échelle de l'unité foncière d'origine, avec ou

²⁵⁸ CE, 26 octobre 2005, *Cne de Sceaux*, n° 265488, BJD, n° 1, 2006, p. 40, concl. R. Keller

sans plan de division, puisqu'au moment de l'instruction de la demande, ladite division n'était pas effective.

Face aux incertitudes jurisprudentielles, le pouvoir réglementaire a préféré prendre le taureau par les cornes en consacrant le principe d'appréciation globalisée des règles dans le Code de l'urbanisme avec la réforme entrée en vigueur au 1^{er} octobre 2007. Les dispositions de l'article R. 431-24, bien que rendant obligatoire la fourniture d'un plan de division, n'ont pas repris cette possibilité pour le pétitionnaire de répartir librement la densité. Mais il a été inséré dans le Code de l'urbanisme de nouvelles dispositions, à l'époque à l'article R. 123-10-1, pour clarifier le fait que l'ensemble des règles d'urbanisme s'applique au terrain d'assiette global du permis de construire valant division, comme s'il s'agissait d'un permis de construire ordinaire, sauf si le PLU s'y oppose.

Ainsi, sur la base de ces dispositions, l'autorité administrative saisie d'une demande de permis de construire valant division appréciera les règles d'urbanisme sans tenir compte de la division future. Les règles d'urbanisme sont alors appréciées par rapport à l'assiette foncière de l'opération, sans tenir compte des lignes divisoires figurant sur le plan de division qui doit désormais être obligatoirement fourni. Comme pour une demande de permis de construire ordinaire, le projet est instruit au regard du plan de masse joint à la demande en application de l'article R. 431-9, lequel comprend des *« constructions à édifier ou à modifier »* et *« fait apparaître les travaux extérieurs aux constructions, les plantations maintenues, supprimées ou créées et, le cas échéant, les constructions existantes dont le maintien est prévu »*. Le plan de division ne doit cependant pas être ignoré, car les services instructeurs sont tenus de veiller à ce qu'au moins un bâtiment soit implanté sur chaque terrain détaché ultérieurement, faute de quoi l'opération pourrait être requalifiée de lotissement comme nous avons pu le soutenir préalablement.

Le PCVD partage donc le mécanisme d'appréciation globale des règles d'urbanisme avec le lotissement. Mais les choses sont beaucoup plus simples dans le cas du PCVD, puisque l'opération n'est soumise qu'à une seule autorisation d'urbanisme. On peut même penser, comme a pu le soutenir un auteur, que cet article a été taillé sur mesure pour le PCVD, puis fut étendu aux lotissements de manière à ce que les règles soit appréciées de manière identique quelle que soit la procédure de division²⁵⁹.

§ 2 – Dans le cas du lotissement

(123.) L'opposabilité de l'appréciation globalisée des règles d'urbanisme au lotissement pose un certain nombre d'interrogations. Soulignons d'ailleurs qu'il n'est fait référence à aucune espèce d'autorisation d'urbanisme, et que par conséquent l'application globalisée des règles s'appliquerait aussi bien au lotissement autorisé par un permis d'aménager qu'au lotissement déclaré. La principale difficulté réside dans le fait de savoir si les dispositions du troisième alinéa de l'article R. 151-21 du Code de l'urbanisme s'appliquent au stade de l'autorisation de diviser (ou de la non-opposition à déclaration), ou bien concernent également tous les permis de construire susceptibles d'être demandés sur chaque lot. Nous allons donc aborder successivement les deux cas de figure.

²⁵⁹ Rémy Petiot, « Une simplification qui complique la procédure de lotissement », Etudes foncières, 2007, n°127

A - L'appréciation limitée à l'autorisation de diviser

(124.) La question de l'opposabilité des dispositions du troisième alinéa de l'article R. 151-21 au permis d'aménager interpelle, étant donné que le règlement d'urbanisme d'un PLU est supposé sanctionner la construction d'un terrain et non la division du sol. Sachant qu'un permis d'aménager a principalement pour objet d'approuver les modalités de réalisation des voies, espaces et équipements communs, les seules règles d'urbanisme susceptibles d'être appréciées au stade de l'instruction d'une demande seraient celles relatives aux conditions de desserte des terrains d'une part par les voies publiques ou privées et d'accès aux voies ouvertes au public, et d'autre part par les réseaux publics d'eau, d'électricité et d'assainissement, autrement dit les articles 3 et 4 des règlements de PLU dans leur nomenclature traditionnelle. Il est toutefois difficile de l'envisager en pratique puisqu'une appréciation globalisée ou non des règles relatives aux conditions de desserte ne signifie rien de concret, et ne saurait être retenue dans l'instruction d'une demande de permis d'aménager. Il est constant par ailleurs que la constructibilité effective des lots ne peut être anticipée au stade du permis d'aménager ou de la déclaration préalable de lotissement. La jurisprudence a en effet clairement statué qu'une autorisation de lotir ne valait pas autorisation de construire des bâtiments sur les lots²⁶⁰. Les dispositions du troisième alinéa de l'article R.151-21 du code de l'urbanisme ne sauraient donc *a priori* être opposées à une demande de permis d'aménager.

Toutefois, dans le cadre d'une affaire portée devant le Conseil d'Etat en 2014, certes non directement liée à l'application globalisée des règles d'urbanisme dans le cas d'un lotissement, le rapporteur public avait pu souligner dans ses conclusions qu'« *il est nettement préférable de considérer que l'autorité administrative doit s'intéresser dès l'autorisation de lotir à la question de la constructibilité des lots* »²⁶¹. Les Sages ont suivi les conclusions du rapporteur public en considérant que les lotissements, ayant pour but l'implantation des constructions, devaient respecter les règles d'urbanisme tendant à la maîtrise de l'occupation des sols même si le permis d'aménager n'a pour objet que de permettre la division en lots. Il est important toutefois de noter que c'était en l'espèce la loi « littoral » qui posait de sérieux doutes sur la constructibilité des lots envisagés et non l'application de règles contenues dans le document d'urbanisme opposable. Ce n'est donc pas chaque lot envisagé pris individuellement qui était susceptible d'être non-constructible, mais l'ensemble de l'opération.

Quelques mois plus tôt, la Cour administrative d'appel de Nancy avait considéré que les règles définies à l'article 5 du règlement du PLU, relatives aux dimensions minimales de parcelles constructibles, étaient opposables à une demande de permis d'aménager, en dépit de l'application de l'ancien article R. 123-10-1 du Code de l'urbanisme. Ci-après un extrait du considérant de principe :

« cette disposition du plan local d'urbanisme (l'article U5), dérogatoire au regard de la règle générale posée par l'article R. 123-10-1 du code de l'urbanisme, doit être nécessairement entendue comme s'opposant à ce que la légalité du projet de lotissement soit appréciée en prenant en compte la

²⁶⁰ CE, 13 mars 1998, *M. et Mme Bellay*, n° 178041

²⁶¹ Xavier de Lesquen, *Conclusions*, sous CE, 17 décembre 2014, *M. Piersanti*, n° 367134, BJD, 2/2015, p. 92

*totalité du terrain d'assiette dudit lotissement mais comme imposant de retenir la superficie propre à chacun des 13 lots prévus ; (...)*²⁶²

Un an après, une autre juridiction d'appel a adopté le même raisonnement. Par un arrêt rendu le 4 février 2015, la Cour administrative de Marseille a en effet retenu la solution suivante :

*« Considérant qu'il ne ressort pas des pièces du dossier et qu'il n'est d'ailleurs pas allégué, que le règlement du plan d'occupation des sols applicable s'opposerait à ce que la règle énoncée à l'article INA5 précité soit appliquée, conformément aux dispositions de l'article R. 123-10-1 du code de l'urbanisme, au regard de l'ensemble du projet et non lot par lot ; que l'unité foncière pour laquelle le permis d'aménager en litige a été délivré est d'une superficie de 7675 m² ; que la règle du plan d'occupation des sols de la commune des Taillades selon laquelle, pour être constructibles, les terrains doivent avoir une superficie minimale de 1000 m², n'est ainsi pas méconnue, sans qu'il y ait lieu de tenir compte du fait que le lotissement porte sur la réalisation de dix lots ; »*²⁶³

Le juge du fond commet à notre avis une erreur d'appréciation dans cet arrêt, dont les conséquences peuvent être regrettables. S'il est clair qu'il peut être préjugé de la constructibilité des lots au stade du permis d'aménager, comme l'a affirmé le Conseil d'Etat, les deux Cours administratives d'appel ont fondé leur décision sur l'appréciation d'une règle spécialement envisagée pour l'instruction des demandes de permis de construire. Une jurisprudence récente a toutefois fini par écarter la possibilité d'apprécier globalement une règle de superficie minimale de terrain constructible édictée par un règlement de PLU dans le cadre toutefois d'une déclaration préalable de lotissement et non d'une demande de permis d'aménager²⁶⁴. Même si le raisonnement conduisant à la solution adoptée par la Haute juridiction n'est pas explicité dans l'arrêt, ce revirement doit être salué. En effet, l'article 5 des règlements a bien pour objet de définir la « *superficie minimale des terrains constructibles* » comme nous avons pu le souligner dans la partie précédente, mais n'a nullement pour objet de déterminer une supposée « *superficie minimale des terrains lotis* ». Au demeurant, le Code de l'urbanisme ne prévoit pas la possibilité de définir des superficies minimales de terrains résultant d'une opération de lotissement, pas plus que des superficies minimales de terrains à lotir. Par conséquent, le critère de l'application ou non de l'ancien article R. 123-10-1 nous semble inopérant s'agissant de la légalité d'un permis d'aménager au regard de l'article 5 d'un règlement.

La question qu'il convient de se poser est de savoir si l'administration peut valablement autoriser la division de lots dont elle sait à l'avance qu'ils ne pourront être, pris individuellement, constructibles, et que toute demande de permis de construire sur ces lots devra être rejetée. Selon nous, la réponse est affirmative, quoiqu'en dispose le règlement d'urbanisme quant à l'applicabilité des dispositions du troisième alinéa de l'article R. 151-21. En effet, le lotisseur est libre de détacher autant de parcelles qu'il le souhaite, même s'il doit bien avoir conscience que certains de ces lots, pris individuellement, seront inconstructibles. Si l'on peut opposer à une telle prise de position l'argument selon lequel ce type de lots ne pourrait être

²⁶² CAA Nancy, 24 mars 2014, n° 13NC01609

²⁶³ CAA Marseille, 4 févr. 2015, n° 13MA03801

²⁶⁴ CE, 9 mars 2016, *Association des propriétaires riverains du chemin du Collet Redon*, n° 376042

considéré comme des lots de lotissement du fait de leur inconstructibilité, l'intérêt d'une telle démarche serait toutefois de préfigurer une situation dans laquelle les acquéreurs puissent adjoindre leurs unités foncières dans le cadre d'une demande conjointe de permis de construire. Cela dit, un litige de ce type a assez peu de chances de se reproduire à l'avenir compte tenu de la suppression par la loi ALUR de toute possibilité, sauf rares exceptions, de déterminer des superficies minimales de parcelles constructibles dans les règlements des PLU. Il n'en demeure pas moins qu'intellectuellement, le raisonnement de l'inopposabilité des règles d'urbanisme portant sur la constructibilité des terrains à une demande de permis d'aménager ou une déclaration préalable de lotissement doit être maintenu.

Dans un arrêt récent, le Conseil d'Etat a eu à connaître d'un litige portant sur la question de savoir si un programme de logements sociaux inséré dans un PLU en tant que règle d'urbanisme était opposable à une demande de permis d'aménager. La Haute-juridiction a alors considéré que l'autorisation de lotir sollicitée devait être refusée dès lors que le projet de lotissement permettait une implantation de constructions qui ne pourra être compatible avec l'application ultérieure des règles d'urbanisme lorsque des demandes de permis de construire viendront à être demandées²⁶⁵. Le Professeur Trémeau a favorablement accueilli cette solution qui *« confirme que l'ensemble du bloc de légalité 'urbanistique' s'applique au permis d'aménager »*, et ajoute que *« cette anticipation est parfaitement justifiée, puisque le lotissement suppose une intention de bâtir »*²⁶⁶. Si nous pouvons également approuver sur le principe que le bloc de légalité puisse s'appliquer au stade du permis d'aménager, nous ne partageons pas tout à fait la solution rendue par le Conseil d'Etat. L'administration ne peut instruire en effet une demande de permis d'aménager ou une déclaration préalable de lotissement qu'au regard des pièces obligatoires et facultatives qui y sont relatives, dont la liste est exhaustivement détaillée aux articles R. 441-1 et suivants pour le permis d'aménager et R. 441-9 et suivants pour la déclaration préalable. Or, aucune de ces pièces n'a précisément pour objet de préjuger de la constructibilité effective de chacun des lots.

Toutefois, il faut reconnaître que, s'agissant spécifiquement du contenu de la demande de permis d'aménager, d'autres pièces sont requises, dont certaines ont justement pour objet non pas de préjuger, mais de préciser comment pourra, ou devra, être envisagée la morphologie bâtie de l'opération dans son ensemble. Il s'agit en l'occurrence obligatoirement du plan architectural, paysager et environnemental, et éventuellement (puisque non-obligatoire) d'un règlement.

Le plan architectural, paysager et environnemental est évoqué à l'article R. 442-5 du Code de l'urbanisme, précisant que celui-ci doit comporter notamment :

« Un document graphique faisant apparaître une ou plusieurs hypothèses d'implantation des bâtiments. »

Or, il ne s'agit que d'hypothèse(s) d'implantation qui ont pour objet de mettre les services instructeurs en situation d'apprécier l'insertion du projet dans son environnement. Le demandeur de permis d'aménager peut alors très bien émettre une ou plusieurs hypothèses dans lesquelles il est fait application des règles d'urbanisme à l'ensemble du projet et non lot par lot. Seulement, une telle pièce ne préjuge en rien de la constructibilité future des lots, et n'engage ni l'administration, ni le

²⁶⁵ CE, 24 février 2016, *Commune de Pia*, n° 383079, BJD 3/2016, p. 191, Concl. J. Lessi

²⁶⁶ Jérôme Trémeau, sous CE, 24 février 2016, *Commune de Pia*, n° 383079, BJD 3/2016, p. 195

pétitionnaire, ni les acquéreurs. Il en est en revanche autrement du projet de règlement qui, bien que facultatif, doit être approuvé par l'administration et devient à ce titre opposable une fois le permis d'aménager délivré. Et c'est de ce point de vue qu'une appréciation des règles à l'échelle de l'opération peut présenter un intérêt. En effet, l'article R. 442-6 du Code de l'urbanisme dispose que :

« Le dossier de la demande est, s'il y a lieu, complété par les pièces suivantes :

a) Un projet de règlement, s'il est envisagé d'apporter des compléments aux règles d'urbanisme en vigueur ; (...) »

Comme indiqué précédemment, il convient d'entendre par « *compléments aux règles d'urbanisme* » des règles de lotissement dont l'application se cumule avec celles prévues dans le règlement du plan local d'urbanisme. Il n'y a pas de substitution de la règle spéciale à la règle générale, mais complémentarité des deux. Or, l'application du troisième alinéa de l'article R. 151-21 reviendrait en d'autres termes à permettre une constructibilité différenciée pour chaque lot, se traduisant potentiellement par une majoration de la densité constructible de certains lots au détriment d'autres. Et la question se pose alors de savoir si un règlement peut prévoir pour certains lots pris séparément une constructibilité plus importante que celle autorisée par le règlement du PLU, ou bien faire ponctuellement fi des règles de prospect par rapport aux limites séparatives internes également définies par le règlement du PLU, auxquels cas il y aurait contradiction avec ces dernières.

Peu d'auteurs se sont véritablement penchés sur la question d'une articulation utile entre un règlement de lotissement et le troisième alinéa de l'article R.151-21 du Code de l'urbanisme. Mais de notre point de vue, rien ne s'oppose à l'idée qu'un règlement puisse fixer ponctuellement sur certains lots des règles contraires à celles édictées dans le règlement du PLU dès lors qu'à l'échelle du projet, il n'y a pas de contradictions. Dans le commentaire d'arrêt précité, le Professeur Trémeau avance toutefois l'idée que « *le règlement du lotissement peut être un bon outil pour imposer, au moment de la délivrance des permis de construire sur les lots, le respect de cette servitude* (de programme de logements sociaux), *puisque'il s'applique lors de leur instruction* ». L'idée de tenir compte, au stade du permis d'aménager, des règles d'urbanisme relatives à la constructibilité des lots par l'édition de prescriptions particulières qui pourraient être incluses par exemple dans un règlement nous paraît être une solution beaucoup plus séduisante que le rejet pur et simple de la demande. Il y a sans doute ici une piste de réflexion à engager en faveur d'une modification des dispositions réglementaires du Code de l'urbanisme, pour que seules les règles opposables au lotissement puissent justifier la délivrance ou le refus d'une demande de permis d'aménager, sans toutefois ignorer, au stade de la division, la constructibilité future des lots.

B - L'appréciation élargie aux autorisations de construire sur les lots

(125.) Si la conception architecturale résultant d'une appréciation globale des règles d'urbanisme à l'échelle du projet n'est pas cristallisée au stade du permis d'aménager (par exemple par un règlement), comment envisager dès lors que les dispositions du troisième alinéa de l'article R. 151-21 puissent être opposables au stade d'une demande de permis de construire portant sur un lot ? En effet, les dispositions de cet article ne désignent pas expressément les autorisations de construire délivrées dans le cadre du lotissement. De plus, l'instruction de chacune des demandes déposées sur les

lots en considération du périmètre du lotissement n'est prévue par aucun texte. D'ailleurs, à la question de savoir si, lors de l'instruction d'une demande de permis de construire dans un lotissement, il fallait appliquer les règles d'urbanisme à l'échelle du lotissement ou à celle de l'assiette de la demande du permis, la Cour administrative d'appel de Lyon a opté, dans une jurisprudence relativement récente, en faveur de la seconde solution. Ci-après le considérant de cet arrêt qui nous intéresse tout particulièrement :

*« l'article R. 123-10-1 (...), dont les dispositions ne concernent que la décision autorisant le lotissement, n'impliquent pas, lors de la délivrance d'un permis de construire dont le terrain d'assiette est situé dans un lotissement, d'apprécier le respect des dispositions relatives à l'implantation des constructions par rapport aux limites séparatives au regard des seules limites externes du lotissement, à l'exclusion des limites internes entre les différents lots »*²⁶⁷.

Un auteur a pu relevé qu'une solution contraire aurait impliqué une grande insécurité juridique pour les derniers acquéreurs. Il considère que *« mutualiser les possibilités de construction entre les colotis reviendrait à instaurer, au sein du lotissement, une prime aux précurseurs, aux dépens des derniers arrivés. En effet et pour ne prendre que deux exemples, les 'retardataires' devraient s'accommoder de l'emprise au sol constructible que leurs voisins ont bien voulu leur laisser et subiraient, pour l'application de l'article 8 (...), la gêne des bâtiments déjà établis. »*²⁶⁸. Dans le sens contraire, Pierre Soler-Couteaux a considéré que l'arrêt de la Cour administrative d'appel de Lyon avait *« semé le trouble en jugeant que l'article R. 123-10-1 ne concernait que la décision autorisant le lotissement »*²⁶⁹. Il avance d'ailleurs qu'une telle solution a été rendue à cause de la formulation peu claire de l'ancien article R. 123-10-1, avant qu'elle ne soit modifiée par la réforme de 2012, mais que désormais les choses étaient plus claires, ce qui encouragera de probables revirements jurisprudentiels.

Le Conseil d'Etat s'est positionné pour la première fois sur cette question en censurant l'arrêt de la Cour administrative de Lyon dans une jurisprudence toute récente, intitulée « Commune de Tassin-la-Demi-Lune ». Par un arrêt du 9 avril 2015, la Haute-juridiction a en effet estimé que si les règles relatives à l'implantation des constructions par rapport aux limites séparatives sont bien applicables à l'ensemble des constructions d'un lotissement par rapports aux parcelles situées à l'extérieur de son périmètre, elles ne le sont pas par rapport aux limites divisaires internes²⁷⁰. En l'espèce, les Sages du Conseil d'Etat avaient suivi les conclusions du rapporteur public, qui avait proposé de *« dissiper le 'trouble' suscité par la jurisprudence de la cour administrative d'appel de Lyon sur l'interprétation de l'article R.123-10-1 »*²⁷¹, en se référant expressément à l'article précité de Pierre Soler-Couteaux.

²⁶⁷ CAA Lyon, 9 juillet 2013, M. E c/ Cne La Tronche, n°12LY03219

²⁶⁸ Thomas Simon, « Dans un lotissement, l'application globalisée des règles d'urbanisme ne 'concerne' que le lotisseur. Et tant pis pour les colotis », Constr. – urb. n° 1, 2014, comm. 5

²⁶⁹ Pierre Soler-Couteaux, « L'article R. 123-10-1 du code de l'urbanisme s'applique à l'instruction tant des autorisations de lotissement que des permis de construire déposés sur les lots », RDI 2014, p. 655

²⁷⁰ CE, 9 avril 2015, Commune de Tassin-la-Demi-Lune, n° 372011, BJD, 4/2015, p. 260

²⁷¹ Rémi Decourt-Paolini, Conclusions, sous CE, 9 avril 2015, Commune de Tassin-la-Demi-Lune, n° 372011, BJD, 4/2015, p. 260

La doctrine a alors accueilli cette jurisprudence avec satisfaction, en insistant sur le fait que le principe posé par l'article R. 123-10-1 vise à contrôler le respect des règles d'urbanisme de manière globale, comme si la division n'était pas opérée. Le Professeur Trémeau a ainsi noté que :

« Cette solution ne peut qu'être approuvée. Elle correspond à la conception du lotissement comme étant une opération d'ensemble, dans laquelle la délivrance du permis de construire est conditionnée par l'autorisation de lotir.

(...)

Le choix opéré par le décret traduit une certaine conception du droit de l'urbanisme. Il consiste à privilégier une vision de l'urbanisme à l'échelle d'un îlot, et non pas parcelle par parcelle. Il conduit finalement à reculer la distance focale lors de l'instruction. Ceci permet une cohérence d'ensemble et facilite évidemment la réalisation des projets immobiliers complexes, sur une vaste échelle, en apportant toute la souplesse nécessaire »²⁷².

Nous souhaiterions émettre ici des objections tant avec la solution rendue par le Conseil d'Etat qu'avec l'analyse qui en a été faite. D'abord sur le fond, cela reviendrait à reconnaître que le terrain d'assiette pour l'instruction des demandes de permis de construire relatives à chaque lot correspond au périmètre du lotissement. Or, une telle situation est techniquement absurde et juridiquement contestable. Il semble utile de rappeler ici que l'article R. 423-1 du Code de l'urbanisme dispose que :

« Les demandes de permis de construire (...) sont adressées (...) ou déposées (...) :

a) Soit par le ou les propriétaires du ou des terrains, leur mandataire ou par une ou plusieurs personnes attestant être autorisées par eux à exécuter les travaux ; »

Pourtant, si on admet que le terrain d'assiette d'une demande de permis de construire portant sur un lot puisse correspondre au périmètre du lotissement, cela supposerait l'autorisation de tous les colotis. Or, il est difficile de concevoir qu'une demande puisse être instruite sur une échelle multi-parcellaire sans l'accord des propriétaires de tous les terrains inclus dans le périmètre. Un lot constitue une unité foncière, et l'application globalisée des règles d'urbanisme nécessiterait de joindre toutes les unités foncières dans l'assiette foncière de chaque demande de permis de construire. Sauf à prévoir une clause générale au moment de la vente des lots stipulant que chaque acquéreur ne peut s'opposer à ce que son lot soit intégré dans le terrain d'assiette de chaque demande de permis de construire déposé par un des colotis, clause au demeurant potentiellement rebutante pour l'achat d'un bien, il semble illusoire d'imaginer que chaque coloti puisse accepter de joindre son lot fraîchement acquis dans le terrain d'assiette des demandes de ses voisins. Du strict point de vue de l'application du droit des sols, l'appréciation globalisée des règles d'urbanisme pourrait aboutir à des situations dans lesquelles plusieurs demandes de permis de construire, portant sur des projets différents, sont instruites concomitamment sur un même terrain d'assiette, ou bien les unes juste après les autres, alors même que les premiers permis délivrés sont encore en cours de validité. Inutile d'expliquer ici les situations extrêmement critiques que cela pourrait impliquer si ces projets ne

²⁷² Jérôme Trémeau, *Observations*, *Idem*, p. 263

s'insèrent pas dans un ensemble architectural cohérent préalablement conçu. L'appréciation globalisée ne devrait pas être laissée à la libre disposition des colotis, ce qui aboutirait à consacrer l'adage « premier arrivé, premier servi » et pourrait donner lieu à une implantation chaotique des bâtiments.

Tant la jurisprudence que la doctrine semblent donner une surinterprétation des dispositions de l'ancien article R. 123-10-1 du Code de l'urbanisme. S'il ne peut être contesté que le pouvoir réglementaire ait entendu privilégier un urbanisme à l'échelle de l'îlot plutôt que de la parcelle, il est excessif de considérer pour autant que de telles dispositions doivent avoir pour effet de remettre en cause les principes fondamentaux de l'application du droit des sols. En tout état de cause, le Code de l'urbanisme ne prévoit jamais la possibilité de déposer une demande de permis de construire portant sur la construction d'une seule parcelle mais dont le terrain d'assiette comprend *de facto* d'autres parcelles, sans que l'accord de leurs propriétaires respectifs ne soit requis. Par ailleurs, la rédaction de cette disposition est on ne peut plus imprécise, ce qui avait poussé pour rappel le pouvoir réglementaire à profiter de la réforme de 2012 pour la reformuler. Mais il aurait été naïf de croire que l'inversion des membres de cette phrase allait mettre fin aux incertitudes que suscite une telle disposition depuis son insertion dans le Code de l'urbanisme. Les rédacteurs de la partie réglementaire du code auraient été beaucoup plus inspirés de préciser plutôt ce qu'il convient d'entendre par « *Dans le cas d'un lotissement* ».

Soulignons d'ailleurs que l'ancien article R. 123-10-1 était inséré dans une section relative au « *Contenu des plans locaux d'urbanisme* », et que ces mêmes dispositions sont aujourd'hui insérées dans la section relative au « *règlement* ». Par conséquent, si le renvoi au permis de construire valant division est assez explicite, il n'est fait aucune référence directe, dans le cadre du lotissement, à une quelconque autorisation d'urbanisme, se bornant à préciser que l'application des règles s'effectue à l'échelle de « *l'ensemble du projet* ». En l'absence de toute référence expresse à une autorisation d'urbanisme, comment considérer qu'un terrain se situe ou non dans un lotissement ? Doit-on prendre comme critère que le dépôt de la demande de permis de construire s'inscrit dans le délai de validité d'un permis d'aménager ou bien que le terrain objet de la demande a, dans un passé plus ou moins lointain, été détaché dans le cadre d'une procédure de lotissement ?

Nul n'a à ce jour la réponse, et c'est pourquoi il convient, ne serait-ce que par prudence, d'écarter toute opposabilité du troisième alinéa de l'article R. 151-21 à une demande de permis de construire portant sur un lot de lotissement – ne sachant pas au demeurant ce qu'il convient d'entendre ici précisément par lot de lotissement. Bien que saluant la jurisprudence « Commune de Tassin-la-Demi-Lune », le Professeur Trémeau reconnaît toutefois cette difficulté :

« Si l'article R. 123-10-1 concerne évidemment la demande initiale de permis de construire en lotissement, la question pourra être posée de savoir à partir de quel moment le lot constituera une entité foncière autonome pour l'instruction d'une telle autorisation. Elle ne manquera pas de se poser à l'occasion d'une demande ultérieure de permis »²⁷³.

En effet, la question se pose. Mais les éléments de réponse ne peuvent apporter satisfaction. Opposer la demande initiale et la demande ultérieure semble assez réducteur, et ne répond pas à la situation d'une demande initiale sur un lot de

²⁷³ *Idem*, p. 264

lotissement resté non-bâti pendant par exemple plus d'une décennie, ou bien sur un terrain issu de la subdivision d'un lot de lotissement.

Au-delà de l'aspect purement juridique, se pose un problème d'ordre pratique, voire urbanistique. L'appréciation globalisée des règles d'urbanisme au stade des demandes de permis de construire peut aboutir à des situations critiques pour les derniers acquéreurs (ou derniers constructeurs). On pourrait être tentés de considérer que la suppression du COS et des superficies minimales de parcelles constructibles par l'effet de la loi ALUR a mis fin à un certain nombre de potentiels litiges découlant de l'appréciation globalisée de telles règles dans le cadre d'une demande de permis de construire portant sur un lot de lotissement. Mais il demeure encore un certain nombre de prescriptions règlementaires susceptibles de donner lieu à des difficultés d'application de l'article R. 151-21, alinéa 3, dans un lotissement. Outre les règles d'implantation qui ont fait l'objet de la jurisprudence « Commune de Tassin-la-Demi-Lune », celles relatives à l'emprise au sol des constructions ou encore toutes les règles découlant du contenu de ce que l'on désigne communément l'article 13 du règlement (nombre d'arbres à planter, coefficient de biotope, etc.).

Prenons l'exemple d'un règlement de PLU qui fixe, au titre de son article 13, à 40% du terrain d'assiette la superficie devant être couverte d'espaces verts. En application de la jurisprudence *Commune de Tassin-la-Demi-Lune*, cette règle s'appliquera à l'échelle du lotissement, et non de l'unité foncière constituant chaque lot. Une appréciation globale de l'article 13 aura alors pour conséquence d'écarter toute contrainte liée aux espaces verts ou de loisir pour les premiers demandeurs de permis, alors que les derniers acquéreurs pourront voir leurs demandes refusées au motif que leurs lots respectifs constituent ensemble la superficie dédiée à ces espaces verts.

Mais il est un type de règles qui doivent faire l'objet d'une réflexion particulière. Il s'agit de celles prévues à l'article 8 des règlements, relatives à « *l'implantation des constructions les unes par rapport aux autres sur une même propriété* » et, de manière plus occasionnelle, les règles de gabarit des constructions situées sur un même terrain (ce type de règles n'était pas prévu par l'ancien article R. 123-9 du Code de l'urbanisme, mais peut se trouver dans certains règlements de PLU). Un arrêt assez récent de la Cour administrative d'appel de Paris a ainsi pu considérer, dans le cas de l'instruction de permis de construire portant sur des lots de lotissement, que :

*« les premiers juges ont relevé à juste titre que le respect des règles d'implantation et de gabarit des constructions devait être apprécié au regard de l'ensemble du projet, et donc au regard des règles fixées par les articles UG.8 et UG.10.4 concernant respectivement l'implantation et le gabarit enveloppe des constructions sur un même terrain, en ce qui concerne les immeubles placés en vis-à-vis sur le site du lotissement, même prévus par des permis de construire distincts, et que les moyens tirés d'une méconnaissance des articles UG.7.1 et UG.10.3.1, relatifs à l'implantation et au gabarit enveloppe des constructions par rapport aux limites séparatives étaient inopérants ; »*²⁷⁴

Autrement dit, les juges considèrent que l'appréciation globalisée des règles d'urbanisme a pour effet de substituer les règles d'implantation et de gabarit entre constructions sur un même terrain aux règles d'implantation et de gabarit des

²⁷⁴ CAA Paris, 6 juin 2014, *SCI Suchet Montmorency*, n° 12PA03899, RD imm. 2014, p. 654, obs. P. Soler-Couteaux

constructions par rapport aux limites séparatives. Il conviendrait donc de faire comme si le terrain objet de plusieurs permis n'était pas divisé, faisant fi – pour l'application des règles – des limites séparatives internes résultant du lotissement. On peut comprendre qu'une telle solution ait été rendue dans le cas d'espèce : une vaste et dense opération immobilière dans la capitale, portée par un office public d'habitat. On peut aisément imaginer que la conception architecturale de l'îlot a résulté d'une réflexion d'ensemble, justifiant une appréciation globalisée des règles d'urbanisme.

Mais il serait à notre avis risqué de transposer une telle jurisprudence à des opérations de lotissement dans lesquelles des particuliers acquièrent des lots à bâtir sans qu'aucune conception architecturale d'ensemble n'ait été définie en amont. En effet, si une telle solution s'applique par exemple au cas du lotissement pavillonnaire, celui qui dépose le premier sa demande de permis pourra rendre les terrains contigus au pire parfaitement inconstructibles, ou mieux difficilement constructibles, en imposant une distance minimale entre les bâtiments qu'ils ne pourront respecter. Cela donne un avantage certain au premier bénéficiaire d'un permis de construire et remet en cause la constructibilité des autres lots. Imaginons le cas d'un acquéreur qui voit des constructions s'implanter, de part et d'autre de son terrain, en limite séparative. Si la règle de prospect prévue à l'article 8 est par exemple de 10 mètres, et que le terrain de l'acquéreur mesure 20 mètres de large, celui-ci deviendra tout simplement inconstructible. L'application du troisième alinéa de l'article R.151-21 irait à l'encontre des objectifs de densification, en principe favorisés par cette disposition. Il faudrait alors que tous les colotis puissent déposer concomitamment leur demande pour que l'instruction puisse tenir compte de chaque projet dans son ensemble et des droits de chacun. Or, il est quasiment impossible que cela se passe ainsi dans la pratique. En lotissement, les acquisitions s'échelonnent généralement dans le temps sur plusieurs mois, voire plusieurs années, et chaque acquéreur est libre de déposer sa demande quand bon lui semble. Par conséquent, la constructibilité des lots sera tributaire de la chronologie des demandes. Si l'on recherche une telle concomitance, il conviendra d'opter plutôt pour un PCVD conjoint entre les futurs propriétaires.

En outre, la mise en cause de l'application du troisième alinéa de l'article R. 151-21 au stade des permis de construire déposés sur les lots du lotissement peut également s'appuyer sur le dispositif de report de la constructibilité en lotissement. En effet, l'article R. 442-9 du Code de l'urbanisme permet comme nous l'avons évoqué précédemment de calculer la surface de plancher maximale en fonction du périmètre de l'opération et accorde au lotisseur la possibilité de répartir librement cette constructibilité entre les lots. Comment dès lors apprécier globalement des règles alors que le permis d'aménager ou bien le certificat du lotisseur détermine précisément une surface de plancher constructible ? De même en l'absence de répartition de la surface constructible, le dernier alinéa de l'article R. 442-10 précise que la surface maximale autorisée pour chaque lot résulte de l'application du COS (l'article R. 442-10 n'ayant pas été encore modifié pour tenir compte de la suppression du COS par la loi ALUR) ou bien de l'application des règles d'urbanisme dont la combinaison définit la densité constructible. Comment la surface maximale doit être appréciée pour chaque lot en l'absence de répartition par le lotisseur, si le troisième alinéa de l'article R. 151-21 permet une appréciation globale ? On voit bien ici comment les différents mécanismes de gestion assouplie de la densité constructible en lotissement peuvent entrer en contradiction.

En résumé, il est utopique de croire que la somme des projets individuels de construction dans un lotissement aboutira à un urbanisme de projet, conçu à l'échelle

de l'îlot. Chaque propriétaire entend généralement construire dans son propre intérêt, dans la limite des obligations réglementaires et éventuellement contractuelles qui lui sont opposables. La solution pour passer d'un urbanisme de la parcelle à un urbanisme de l'îlot, en l'occurrence dans le cas d'un lotissement, ne passe pas simplement par le remplacement des règles de l'article 7 par les règles de l'article 8 des règlements de PLU. Aucune main invisible ne viendra miraculeusement transformer une succession de constructions individuelles éparses en un ensemble architectural répondant à l'idée d'un urbanisme de projet. Il faut qu'un ensemble cohérent soit défini en amont, par le lotisseur, et que chaque acquéreur inscrive son projet individuel dans l'ensemble cohérent défini en amont.

Bien qu'approuvant lui aussi la récente jurisprudence du Conseil d'Etat en la matière, dans un climat d'unanimité, un auteur a toutefois – et paradoxalement – reconnu une telle nécessité de définir en amont des modalités d'application des dispositions de l'ancien article R. 123-10-1 dans le cas d'un lotissement, avant de les rendre directement opposables aux demandes de permis de construire :

« Tant les services instructeurs que les futurs acquéreurs de lots, et même le lotisseur pour sa commercialisation, pourraient avoir intérêt, au besoin par des règles propres au lotissement, à garantir un aménagement cohérent des lotissements que traduisent normalement les hypothèses d'implantation des constructions décrites dans la demande de permis d'aménager. Ce peut être l'ambition du PLU lui-même. »²⁷⁵

En effet, il ne faut pas laisser aux colotis le soin de définir librement, chacun à sa guise et dans la plus grande « déconcertation », l'implantation de leurs constructions, en application du troisième alinéa de l'article R.151-21. C'est ainsi que le pouvoir réglementaire semble avoir retenu l'idée préconisée par l'auteur précité, selon laquelle il revient au PLU de définir comment peuvent être prévues les modalités d'application d'une appréciation globale des règles à l'échelle d'un projet de lotissement. Par le décret n° 2015-1783 du 28 décembre 2015, relatif à la partie réglementaire du livre Ier du Code de l'urbanisme et à la modernisation du contenu du plan local d'urbanisme, pris pour application de la loi ALUR, une nouvelle disposition fut insérée au premier alinéa de l'article R. 151-21, que nous avons déjà évoquée au sujet du terrain d'assiette multi-parcellaire du permis de construire. Nous allons tout de même reproduire de nouveau, pour rappel, les dispositions du premier alinéa de l'article R. 151-21 :

« Dans les zones U et AU, le règlement peut, à l'intérieur d'une même zone, délimiter des secteurs dans lesquels les projets de constructions situés sur plusieurs unités foncières contiguës qui font l'objet d'une demande de permis de construire ou d'aménager conjointe sont appréciés comme un projet d'ensemble et auxquels il est fait application de règles alternatives édictées à leur bénéfice par le plan local d'urbanisme. »

Ainsi, le même article regroupe désormais d'une part les dispositions relatives à l'appréciation globale des règles en lotissement, si le règlement ne s'y oppose pas, antérieurement codifiées à l'article R. 123-10-1, et d'autre part de nouvelles dispositions qui, cette fois-ci, permettent au règlement de délimiter des secteurs dans

²⁷⁵ Guillaume Chaineau, « Le Conseil d'Etat fixe les règles applicables aux permis de construire délivrés dans les lotissements », La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales n° 29, 20 Juillet 2015, 2237

lesquels des règles alternatives pourraient s'appliquer aux demandes conjointes de permis de construire et d'aménager portant sur plusieurs unités foncières contiguës. C'est-à-dire qu'au lieu d'améliorer le mode d'appréciation globalisée des règles qui n'apportait pas satisfaction, il a été décidé d'y ajouter la possibilité d'édicter des règles alternatives qui pose autant, voire davantage, de difficultés d'interprétation, en créant de surcroît un urbanisme réglementaire à deux vitesses :

1- Les règles générales du PLU s'appliquent dans tous les cas hors des secteurs définis dans les dispositions précitées. Mais en leur sein, ces règles générales s'appliquent aux demandes de permis ne portant que sur une seule unité foncière, ou bien sur plusieurs unités foncières contiguës appartenant au même propriétaire, ou encore sur plusieurs unités foncières contiguës appartenant à des propriétaires différents, lesquels autorisent un seul d'entre eux à déposer une demande de permis.

2- Les règles alternatives du PLU ne s'appliquent qu'à l'intérieur des secteurs délimités à cet effet, pour les demandes conjointes de permis portant sur plusieurs unités foncières contiguës.

Par cette disposition, le Code de l'urbanisme introduit pour la première fois un type particulier d'autorisation de construire, susceptible de provoquer l'opposabilité de règles alternatives. Il s'agit probablement d'une maladresse rédactionnelle, car si l'on s'en tient à l'esprit de cette disposition, on comprend bien que l'enjeu est de permettre, par l'application de règles alternatives, d'apprécier un projet dans son ensemble. De ce point de vue, le premier alinéa de l'article R. 151-21 a au moins l'intérêt de reconnaître implicitement que l'assiette multi-parcellaire d'une demande de permis de construire implique d'une part une contiguïté des unités foncières, et d'autre part une unité d'ensemble architectural.

Enfin, nous pouvons relever une anomalie quant à l'écriture de cette disposition. Le texte renvoie en effet aux « *projets de constructions (...) qui font l'objet d'une demande de permis de construire ou d'aménager conjointe* ». On peut dès lors se demander quels peuvent être précisément les projets de construction qui sont soumis à permis d'aménager, et par conséquent dans quelle mesure cette disposition s'applique aux opérations soumises à permis d'aménager. Peut-être que les rédacteurs de cette disposition ont laissé entendre que les projets de construction auxquels il est fait référence sont ceux qui ont rendu nécessaire au préalable une opération soumise à permis d'aménager. Dans ce cas, cela suscite de notre part trois observations.

Premièrement, contrairement au troisième alinéa du même article, il n'est fait aucune référence à une quelconque opération de lotissement. Cela signifierait que cette disposition pourrait bénéficier également aux remembrements soumis à permis d'aménager. Cela dit, le dispositif est réduit au cas où la demande de permis d'aménager est conjointe, et porte par conséquent sur plusieurs unités foncières contiguës. Ce qui signifie *a contrario* qu'une opération soumise à un permis d'aménager sur une ou plusieurs unités foncières mais en monotitularité ne pourrait bénéficier de l'application de règles alternatives. Comme nous avons pu le souligner plus haut, c'est donc le type de permis, et non le projet, qui fait la règle. En outre, cela signifierait que le remembrement est *de facto* exclu du bénéfice des règles alternatives, puisque le permis d'aménager ne peut avoir dans ce cas qu'un seul titulaire : l'AFU libre.

Deuxièmement, se pose la question de savoir quelles règles alternatives pourraient en l'occurrence être opposables à une demande de permis d'aménager si l'idée du

dispositif est d'apprécier comme un projet d'ensemble des projets de construction dans le périmètre d'une opération soumis à permis d'aménager. Nous avons pu en effet soutenir précédemment qu'en dépit des égarements de la jurisprudence sur ce point, il n'appartient pas à l'administration d'instruire une demande de permis d'aménager au regard des règles désormais dites d'emprise et de volumétrie.

Troisièmement, on peut s'interroger sur la potentielle articulation du dispositif prévu au premier alinéa de l'article R. 151-21 avec celui de l'appréciation globalisée des règles dans le cas d'un lotissement, tel que prévu au troisième alinéa du même article. Il semblerait que les deux alinéas ne puissent s'appliquer cumulativement. En effet, pour que les dispositions du troisième alinéa puissent s'appliquer, encore faut-il que le PLU ne s'y oppose pas. Or, si le PLU délimite des secteurs au titre du premier alinéa, cela signifierait à notre avis qu'il entend y exclure l'appréciation globalisée des règles.

En tout état de cause, le nouvel article R. 151-21 n'est à notre sens absolument pas satisfaisant. Certes, il nous apparaît tout à fait légitime de favoriser une réglementation urbaine à l'échelle de l'îlot et non de la parcelle. Mais nous nous opposons aux moyens d'y aboutir. Nous sommes tout d'abord sceptiques sur toute mesure aboutissant à une double grille de réglementation, à travers par exemple la délimitation de périmètres de règles d'exception. Nous sommes aussi opposés à l'idée qu'un PLU puisse distinguer des parcelles loties (ou remembrées) et des parcelles non-loties (ou non-remembrées) sur lesquelles s'appliqueraient des règles d'urbanisme différentes de ce seul fait. Chaque parcelle a son histoire, qui a résulté un jour d'une manière ou d'une autre d'une mutation foncière via une division, un remembrement ou encore un alignement. Une parcelle qui trouve son origine dans une opération de lotissement ne saurait être considérée *ad vitam æternam* comme une parcelle lotie. Il est donc important que la démarche d'une production urbaine à l'échelle de l'îlot ne s'opère que dans la foulée d'une opération d'aménagement, et que chaque parcelle retrouve son autonomie réglementaire à moyen terme.

Enfin, ce n'est à notre avis pas au PLU de fixer des règles d'urbanisme spécifiques à une opération d'urbanisation ou de densification d'un îlot ayant fait l'objet d'un aménagement. En effet, donner au pouvoir réglementaire le soin de déterminer comment appliquer les règles d'urbanisme au sein d'un projet de lotissement est contraire à la philosophie-même d'un urbanisme de projet. Cela reviendrait à définir de nouvelles règles d'exception aux règles communes, et à créer un double règlement d'urbanisme : d'une part pour les terrains non-lotis, et d'autre part pour les terrains lotis, sachant les difficultés à définir précisément ce qu'est un lot de lotissement au regard du facteur temps.

Nous sommes au contraire d'avis que c'est à l'aménageur, lotisseur ou AFU, de présenter, s'il le souhaite, un projet architectural présentant une unité d'ensemble, en définissant les modalités d'application d'une appréciation globalisée des règles d'urbanisme, et qu'il reviendrait toutefois à l'administration de les approuver. Le règlement du lotissement peut alors constituer un excellent moyen pour le lotisseur de « cristalliser », le temps de sa validité désormais limitée dans tous les cas à dix ans, un projet architectural d'ensemble résultant d'une appréciation des règles d'urbanisme à l'échelle de l'opération de lotissement ou de remembrement, une fois la division effectuée lorsque les acquéreurs de lots déposeront individuellement des demandes de permis de construire. C'est cette solution que préconise Sylvain Pérignon, dans son dernier ouvrage :

*« Il sera souvent opportun que le règlement apporte des précisions sur l'implantation des constructions par rapport aux voies internes du lotissement et par rapport aux limites séparatives. En effet, si le PLU ne s'oppose pas à l'appréciation de ses propres règles au regard de l'ensemble du projet, l'article R. 123-10-1 posera de difficiles problèmes d'application, s'agissant notamment des règles de prospects. »*²⁷⁶

Toutefois, il n'aborde pas la question de savoir si un règlement peut, en complément des règles d'urbanisme en vigueur, apporter des prescriptions qui pourraient être ponctuellement, à l'échelle de l'unité foncière, contraire à ces règles d'urbanisme. Pour sa part, Philippe Benoît-Cattin reconnaît que les dispositions de l'ancien article R. 123-10-1 du Code de l'urbanisme *« porte en germe de nombreux cas de contrariété avec les règlements des lotissements définissant l'implantation des bâtiments par référence à ces mêmes limites. »*²⁷⁷. Certes, mais cette observation semble davantage porter sur les règlements déjà existants, et effectivement il y a dans ce cas une très probable contrariété avec une appréciation globale des règles d'urbanisme. Il n'envisage pas en revanche la possibilité que ce soit le règlement lui-même qui définisse des règles en fonction d'une appréciation globalisée.

Nous l'avons souligné, le règlement du lotissement existe, en tant qu'objet juridique, depuis de longues décennies alors que la possibilité d'une appréciation globalisée des règles d'urbanisme telle que prévue à l'ancien article R. 123-10-1 ne fut insérée qu'avec la réforme entrée en vigueur au 1^{er} octobre 2007. Il en ressort un ancrage dans les habitudes, encore tenace aujourd'hui, de faire du règlement, lorsqu'il y en a un, un ensemble de règles plus contraignantes, lot par lot, que celles du PLU et ou du POS autrefois. Le règlement ne semble pas encore être un outil au service d'une appréciation globalisée des règles, conforme à la philosophie de l'article R. 151-26, alinéa 3, qui est d'optimiser l'utilisation du sol et de dégager au maximum des espaces libres, par une implantation du bâti différente de celle imposée par le règlement du PLU, et ce sans restreindre la densité constructible générale à l'échelle du projet.

Si une implantation différenciée du bâti n'a pas nécessairement d'impact direct sur la densité constructible réelle, elle en aura indéniablement sur la densité perçue. Avec une même surface totale de plancher, un architecte-urbaniste talentueux peut en effet concevoir des projets dans lesquels les habitants n'auront pas un sentiment d'encombrement ou d'entassement. Si le projet d'ensemble conçu doit être exécuté par les acquéreurs eux-mêmes, par parties, le règlement devrait pouvoir être l'outil juridique permettant la réalisation différée et échelonnée de ce projet d'ensemble. Dans ce cas, le règlement du lotissement pourrait alors consister en un plan de masse de l'opération, opposable à chaque acquéreur quant à l'implantation de sa construction, à condition toutefois que soit admise la possibilité que ledit règlement de lotissement puisse prescrire, le temps de sa validité, des règles contraires à celles prescrites dans le règlement du PLU à l'échelle du lot, mais complémentaires à celles-ci à l'échelle du périmètre du lotissement.

Il faut toutefois apporter trois observations à la solution du règlement comme « cristallisateur » d'un projet d'ensemble résultant d'une appréciation globalisée des

²⁷⁶ *Op. cit.* Sylvain Pérignon, *Nouveau régime des divisions foncières*, Ed. Le Moniteur, 2^{ème} édition, 2013, p. 70

²⁷⁷ *Op. cit.* Philippe Benoît-Cattin, *Lotissements – Règlement et cahier des charges*, JCP Construction - Urbanisme, Fasc. 32-14, 2008, n° 33

règles. D'abord, il va de soi que dans ce cas, le règlement doit également tenir compte d'une répartition différenciée des droits à bâtir si le lotisseur en a fait le choix, afin que les différents dispositifs se combinent utilement, en particulier compte tenu de la suppression du COS. Ensuite, cette cristallisation des modalités d'appréciation globalisée par le règlement ne pourra durer que le temps de la validité de ce dernier, à savoir dix ans, mettant fin à l'incertitude liée à la question de la pérennité dans le temps de l'application des dispositions de l'ancien article R. 151-26, alinéa 3, du Code de l'urbanisme. Enfin, cette solution ne règle pas les difficultés liées à l'application de ces dispositions dans le cas des lotissements déclarés, étant donné que le règlement ne figure pas parmi les pièces pouvant être jointes à une déclaration préalable. Nous sommes donc d'avis qu'il convient d'écarter systématiquement les dispositions de cet article du lotissement déclaré, même si l'assise juridique d'un tel positionnement peut-être fragile.

Section 3 - Le report de constructibilité

(126.) Une des caractéristiques principales du lotissement est de permettre au lotisseur d'opter pour un mécanisme de ce que l'on appelait encore récemment le « report de COS » et désormais le « report de constructibilité ». Ce mécanisme peut être également appelé dans la pratique « gestion », « répartition » ou « ventilation » de la « constructibilité » ou bien de la « densité » ou encore « des droits à bâtir », bien qu'aucun de ces termes n'est employé dans le Code de l'urbanisme. Dans les textes officiels, il n'est fait usage que du verbe « répartir », et c'est sur la « surface de plancher maximale autorisée » que porte cette répartition. Un auteur avait donné une définition juridique du « report de COS » que nous reprendrions volontiers à notre compte, bien que nous remplacerions aujourd'hui « COS » par « constructibilité » :

« Le report de COS permet de concentrer sur une partie du terrain, la constructibilité afférente à une unité foncière plus large »²⁷⁸.

Le report de constructibilité existe ainsi, comme nous avons pu le souligner en filigrane, en copropriété lorsque des droits à bâtir sont attachés à des lots, ou bien éventuellement avec la volumétrie, mais ce n'est que dans le cas d'un lotissement que le Code de l'urbanisme le prévoit expressément et en définit les modalités. Le report de constructibilité existe aussi en ZAC, mais selon un régime bien différent puisque non lié à une autorisation d'urbanisme. Nous l'étudierons donc en premier lieu sous l'angle du lotissement, puis en second lieu dans le cas de la ZAC.

§ 1 – La répartition de la densité en lotissement

(127.) Appliqué au lotissement, la répartition de la densité consiste à conférer à certains lots une constructibilité plus importante qu'à d'autres, à superficie égale de terrain. Cette possibilité constitue l'un des dispositifs conférant au lot de lotissement un statut spécial en tant qu'unité foncière quant à l'application des règles d'urbanisme. L'opposabilité des règles du PLU dont la combinaison quantifie les

²⁷⁸ Jean Courrech, *Reports et transferts de COS*, JCP Construction – Urbanisme, fasc. 8, 2005

droits à bâtir n'est pas directe, mais la constructibilité qui en résulte peut être majorée ou minorée du fait d'une opération de division foncière constitutive de lotissement.

L'origine d'un tel mécanisme de répartition trouve historiquement sa source dans le décret n° 77-860 du 26 juillet 1977. Il s'était agi en effet du premier texte laissant entendre qu'un lotisseur pouvait répartir librement la surface hors œuvre nette (notion remplacée en 2012 par la surface de plancher) constructible calculée par rapport à la superficie de l'ensemble du lotissement sur les différents lots à bâtir. Toutefois, le Conseil d'Etat avait remis en cause, une décennie plus tard, cette pratique. Par un arrêt du 17 janvier 1987, la Haute-juridiction avait considéré que la surface hors œuvre nette constructible sur un lot de lotissement ne pouvait résulter que de l'application du COS sur la surface exacte du lot²⁷⁹. C'est alors que le législateur est intervenu, avec la loi n° 87-565 du 22 juillet 1987, pour contrecarrer cette jurisprudence et affirmer le bien-fondé de l'application globalisée du COS à l'échelle du lotissement. Le décret d'application n° 87-885 du 30 octobre 1987 inséra alors une disposition dans le Code de l'urbanisme, d'abord à l'article R. 315-29-1, puis aux articles R. 442-9 et suivants.

L'article R. 442-9 est aujourd'hui rédigé ainsi :

« Lorsqu'un coefficient d'occupation des sols est applicable, la surface de plancher maximale autorisée ne peut être supérieure à celle qui résulte de l'application de ce coefficient à la totalité du terrain faisant l'objet de la demande d'autorisation de lotir. Elle peut être répartie librement entre les différents lots, sans tenir compte de l'application du coefficient d'occupation des sols à la superficie de chaque lot. »

La formulation de cet article laisse à penser que la répartition de la surface de plancher maximale est conditionnée à l'applicabilité d'un coefficient d'occupation des sols. Une lecture *a contrario* exclurait en effet de fait la possibilité de recourir à une telle répartition en l'absence de COS. Pourtant, le report de constructibilité est admis même en l'absence de COS. Nous y reviendrons.

L'article R. 442-10 du code définit quant à lui les modalités de répartition de cette surface de plancher constructible attachée au terrain d'origine, et a fait l'objet de maintes modifications depuis la réforme de 2007. D'ailleurs, s'il devait être un exemple de complexification inutile et d'écriture brouillonne des dispositions du Code de l'urbanisme, cet article en serait un idéal. En effet, les choses étaient relativement simples au lendemain de la réforme de 2007. Le dispositif prévu antérieurement par l'ancien article R. 315-29-1 était repris en substance. Dans sa première mouture, l'article R. 442-10 disposait ainsi que :

« La surface de plancher hors œuvre nette maximale autorisée peut être répartie entre les différents lots soit par le permis d'aménager, soit par le lotisseur à l'occasion de la vente ou de la location des lots. »

Jusque-là, le texte était limpide. Le lotisseur pouvait procéder à une répartition différenciée de la densité constructible soit par le permis d'aménager, soit directement et au fur et à mesure de la vente des lots. En revanche, il y avait une ambiguïté sur la question de savoir si cette possibilité était aussi ouverte au lotisseur déclarant. La correction de la réforme, par le décret n° 2012-274 du 28 février 2012, a donc opéré une distinction entre le lotissement déclaré et celui soumis à permis d'aménager. Ce

²⁷⁹ CE, 14 janv. 1987, *Diaz*, n° 040640 ; AJDA 1987, p. 429, note Auby

dernier fait l'objet d'un premier alinéa, et conserve une rédaction quasi-identique, à la différence près que les termes de « *surface de plancher* » remplacent « *surface de plancher hors œuvre nette* ». Le lotissement déclaré fait l'objet du second alinéa, qui dispose que :

« Pour les lotissements soumis à déclaration préalable, lorsqu'un coefficient d'occupation des sols est applicable, la surface de plancher maximale autorisée peut être répartie par le lotisseur à l'occasion de la vente ou de la location des lots. »

La possibilité de répartir la surface de plancher maximale pour les lotissements déclarés est désormais expressément prévue. Seulement, cette possibilité ne peut être opérée à travers le formulaire de la déclaration. Ce n'est qu'à l'occasion de la cession des lots que le lotisseur pourra y procéder. Mais cette extension explicite du champ d'application de la ventilation de la densité constructible aux déclarations préalables pose la question de la pérennité du dispositif. En effet, Sylvain Pérignon a pu relever avec pertinence que :

« les dispositions relatives à la caducité des règles d'urbanisme spécifiques des lotissements, organisée par l'article L. 442-9, ne concernent que les lotissements autorisés (...), à l'exclusion des lotissements déclarés. Ceci est cohérent avec le fait que le lotissement déclaré est un lotissement sans règlement (...). Mais, dès lors que l'on a réintroduit un élément réglementaire dans le lotissement déclaré, à savoir la répartition de la densité, il est incohérent de soustraire cet élément du champ de la caducité décennale. »²⁸⁰

Il ressort donc clairement que le pouvoir réglementaire en 2012 a voulu conférer une partie des attributs du permis d'aménager à la déclaration préalable, en dénaturant la nature juridique de ce dernier – le lotissement déclaré ayant été conçu comme une simple opération de division foncière en vue de bâtir, sans travaux et sans contenu réglementaire – et sans envisager les conséquences juridiques que cela impliquait par rapport à la caducité du dispositif.

D'un point de vue relativement anecdotique, la réforme de 2012 a inséré un troisième alinéa à l'article R. 442-10, qui dispose :

« En l'absence de répartition dans les conditions définies dans les deux alinéas précédents, la surface de plancher maximale autorisée pour chaque lot résulte de l'application du coefficient d'occupation des sols à la superficie de chaque lot. »

L'application des règles d'urbanisme, en l'occurrence du COS, à l'échelle de l'unité foncière semblait pourtant aller de soi si le lotisseur ne choisissait pas de répartir la densité autrement. En tous les cas, le texte ne se réfère qu'à l'existence du COS, et non des autres règles d'urbanisme en l'absence de COS. La réforme de 2012 a également introduit une nouvelle disposition, à l'article R. 442-10-1, pour l'articulation du dispositif de répartition dans le calcul du seuil minimal de densité, au cas où le versement pour sous-densité est institué, ajoutant encore un peu plus de complexité aux textes. Notons que les dispositions de cet article ne visent elles aussi que le cas où un COS est applicable.

²⁸⁰ *Op. cit.* Pérignon, Sylvain, *Nouveau régime des divisions foncières*, 2^{ème} édition, Ed. Le Moniteur, Paris, 2013, p. 110

Une autre curiosité réside dans le fait que le premier alinéa de l'article R. 442-10 ne fait aucune référence au COS, ce qui était déjà le cas dans la rédaction résultant du décret de 2007, alors que l'alinéa 2 conditionne le recours au dispositif à l'applicabilité d'un COS, dans une formulation qui n'est pas sans rappeler celle de l'article R. 442-9. On peut d'ailleurs se poser la question de savoir si le pouvoir réglementaire a entendu clairement rendre possible la ventilation de la densité pour les lotissements soumis à permis d'aménager en l'absence d'un COS applicable. Selon Sylvain Pérignon, la réponse à cette question est affirmative, du fait de l'article A. 424-10 du Code de l'urbanisme qui, selon ses termes, « *fait obligation à l'arrêté d'autorisation de préciser la surface maximale dont la construction est autorisée dans l'ensemble du lotissement, qu'il existe ou non un COS* »²⁸¹. Or, une lecture méticuleuse de l'article A. 424-10 ne permet pas de partager une telle analyse. En effet, selon les termes de cet article :

« Lorsque le projet porte sur un lotissement, l'arrêté précise le nombre maximum de lots et la surface de plancher maximale dont la construction est autorisée dans l'ensemble du lotissement. Il précise, s'il y a lieu, la répartition de cette surface entre les différents lots. »

Cet article apporte certes une indication importante : la surface de plancher maximale doit toujours être précisée dans l'arrêté, solution qui n'était pas évidente à la lecture de la première phrase de l'article R. 442-9. Il ressort donc clairement que même en l'absence d'un COS, la surface de plancher maximale doit être précisée. Toutefois, il n'est fait aucune référence à l'application ou non d'un COS pour la possibilité d'une répartition de cette surface, mais l'article ne fait que préciser que l'arrêté (de l'autorisation de lotir, sachant qu'une décision de non-opposition à déclaration préalable ne pouvait être qualifiée juridiquement d'arrêté) doit préciser si le lotisseur opte (« s'il y a lieu ») pour une répartition de cette surface. Comment valablement en déduire que la répartition de la densité, dans le cas d'un lotissement soumis à permis d'aménager, est possible aussi en l'absence de COS ? De ce point de vue, l'article A. 424-10 n'apporte aucun complément à la deuxième partie de l'article R. 442-9, qui dispose pour rappel que la surface de plancher maximale « *peut être répartie librement entre les différents lots, sans tenir compte de l'application du coefficient d'occupation des sols à la superficie de chaque lot.* ».

Plutôt que de mettre fin à ces ambiguïtés, le pouvoir réglementaire a préféré intervenir, par le décret n° 2014-253 du 27 février 2014, pour apporter la précision – ô combien nécessaire – que la répartition pouvait concerner non seulement la surface de plancher maximale autorisée, « *ainsi que les majorations des règles relatives au gabarit et à la densité prévues par l'article L. 128-1* », et ce aussi bien pour le lotissement soumis à permis d'aménager que pour celui soumis à déclaration préalable. Nous avons pu identifier, dans la partie précédente, les subtilités de langage attachées aux dispositifs de majoration. Schématiquement, le terme de « gabarit » implique l'absence de COS et celui de « densité » implique au contraire la présence d'un COS. L'usage des deux termes pour le lotissement soumis à permis d'aménager laisse ainsi entendre qu'effectivement, l'absence de COS permet néanmoins d'opter pour une ventilation de la densité. Mais dans ce cas, un minimum de rigueur intellectuel aurait imposé que l'on utilise les termes appropriés s'agissant du deuxième alinéa relatif à la déclaration préalable, autrement dit que le terme de

²⁸¹ Sylvain Pérignon, « *Gestion de la densité par le lotisseur* », La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 22, 1er Juin 2012, 1240, comm. 7

« gabarit » qui désigne le cas d'une majoration des droits à bâtir en l'absence de COS, ne soit pas employé puisque justement l'application du COS est une condition de la possibilité de ventiler la densité. Soulignons au passage que l'article L. 128-1 en vigueur à l'époque ne visait que les majorations liées à la performance énergétique. Ce qui veut dire que les majorations en faveur de l'habitation ou du logement social ne sont pas concernées par la possibilité de répartir la densité. On peut s'interroger sur cette différence de traitement entre les différents dispositifs de majoration, laissant à penser que la surface de plancher supplémentaire induite par celles relatives aux bâtiments d'habitation et au logement social ne peuvent bénéficier de la possibilité de la répartir.

Le dispositif de répartition de la densité aurait pu être remis à plat avec la suppression, en mars 2014 par l'effet de l'entrée en vigueur de la loi ALUR, des règles de COS de tous les règlements de PLU, ainsi que depuis le 1^{er} janvier 2016 avec la caducité de tous les POS dont le règlement pouvait encore contenir des règles de COS. Le mécanisme de libre-répartition de la surface de plancher a pourtant été maintenu, malgré le fait que dans sa philosophie à sa création, il avait été clairement envisagé pour l'application du COS. Peu de temps après l'entrée en vigueur de la loi ALUR, des auteurs s'étaient penchés sur le devenir du dispositif de report de la constructibilité en lotissement en l'absence généralisée de COS. En effet, si la surface de plancher maximale autorisée ne peut désormais être fixée qu'au regard de la combinaison des règles d'emprise et de hauteur, cela peut avoir pour effet d'induire une densité maximale « exotique » ou « farfelue »²⁸². Cela dit, cette situation n'est pas nouvelle dans la mesure où l'insertion d'une règle de COS dans un règlement a toujours été optionnelle. Il faut toutefois bien reconnaître que dans les secteurs d'extension urbaine, où d'importants projets de lotissement ont pu être autorisés, il y avait généralement une règle de COS qui s'appliquait. La répartition de la densité s'appuyait donc, dans une grande majorité des cas, sur un COS.

Cette évolution importante aurait donc pu, ou dû, laisser augurer une intervention salubre du pouvoir réglementaire pour qu'un nouveau décret vienne enfin clarifier les dispositions des articles R. 442-9 et R. 442-10 du Code de l'urbanisme. Mais il n'en fut rien, du moins jusqu'à ce jour. Les dispositions de l'article R. 442-9 qui se réfèrent expressément et uniquement au COS, n'ont toujours pas fait l'objet de la moindre modification, tandis que les dispositions de l'article R. 442-10 ont tout récemment fait l'objet d'une nouvelle modification, par le décret n° 2015-1783 du 28 décembre 2015. Malheureusement, il est à déplorer que le pouvoir réglementaire n'ait pas pris le soin de retirer toute référence au COS. Celui-ci demeure l'unique règle d'urbanisme évoquée en son deuxième et troisième alinéa bien qu'ayant été supprimé. En fait, il a juste été apporté une modification, au deuxième alinéa, portant sur la nouvelle codification des dispositifs de majoration. Le nouveau texte renvoie en effet désormais au « 3° de l'article L. 151-28 et le deuxième alinéa de l'article L. 151-29 ». Les rédacteurs de la réforme n'ont toutefois pas pris le soin d'apporter la même adaptation au premier alinéa, si bien que la répartition de la densité dans le cadre d'un lotissement soumis à permis d'aménager pouvant résulter d'un dispositif de majoration, renvoie toujours à l'ancien texte qui n'existe plus, en l'occurrence l'article L.128-1.

²⁸² Jean-Michel Lugherini et Emmanuel Wormser, « ALUR, COS, superficies minimales et droits à construire dans les opérations de lotissement en cours », Constr.-Urb n° 6, 2014, étude 5

Cette dernière évolution témoigne des défaillances dans la gestion légistique des services de l'administration en charge du Code de l'urbanisme, tant sur la forme que sur le fond, alors que la simplification du droit de l'urbanisme avait été annoncée dans une période relativement récente.

La question de la surface maximale déclarée.

(128.) Il s'agit de la densité constructible maximale qu'il convient de déterminer avant de la répartir d'une manière différente de celle résultant de l'application des règles d'urbanisme à l'échelle de chaque unité foncière. Dans le cas du permis d'aménager, le lotisseur qui opte pour un report de constructibilité permettra de générer au final une densité constructible bien plus importante que si les règles s'appréciaient parcelle par parcelle, puisque les superficies correspondant à l'emprise des voies et équipements communs entrent dans le calcul des droits à bâtir. Et cela a même été confirmé par une jurisprudence récente de la Cour administrative d'appel de Bordeaux :

*« Considérant (...) que pour le calcul des possibilités de construction le coefficient d'occupation des sols doit être appliqué à la totalité de la superficie du lotissement ; que, notamment, ces dispositions ne prévoient pas que les surfaces occupées par les équipements collectifs doivent être déduites de la surface totale du terrain pour calculer la surface hors d'œuvre nette autorisée ; »*²⁸³

Cette solution constitue donc une forte incitation pour le lotisseur à opter pour une répartition de la densité, ne serait-ce que pour obtenir des gains de constructibilité sans aucune contrepartie, même s'il n'est pas intéressé par l'idée de moduler les droits à bâtir dans le périmètre de son opération. Dans ce cas d'espèce, le différentiel de surface de plancher contesté était tout de même de 315 mètres carrés pour un lotissement comportant seulement six lots, et celui-ci s'appuyait sur un COS.

A la question par ailleurs de savoir si le lotisseur peut déclarer une surface inférieure à celle maximale autorisée, Sylvain Pérignon a pu répondre que *« rien n'interdit au lotisseur de déclarer une superficie moindre, s'il veut favoriser un lotissement à faible densité, pour des raisons de commercialisation »*²⁸⁴. Nous aurions pour notre part tendance à nuancer ce propos. L'article A. 424-10 du Code de l'urbanisme précité dispose en effet pour rappel que *« l'arrêté précise le nombre maximum de lots et la surface de plancher maximale dont la construction est autorisée dans l'ensemble du lotissement »*. Il ne semble donc pas possible pour le demandeur du permis d'aménager de se soustraire à l'obligation de déclarer la surface maximale résultant de l'application des règles d'urbanisme.

Il convient de distinguer toutefois entre les cas où le lotisseur opte pour une répartition au stade du permis d'aménager ou bien au fur et à mesure de la cession des lots, nécessitant de déclarer une surface de plancher maximale. Dans le premier cas, il y aura bien obligation de ventiler toute cette densité déclarée. Dans le second cas, le lotisseur pourra alors ne céder que des lots sous-densitaires, si telle est sa stratégie commerciale, et conserver pour lui un lot comportant une importante réserve de droits

²⁸³ CAA, Bordeaux, 14 janvier 2014, n° 12BX02434

²⁸⁴ *Op. cit.* Sylvain Pérignon, « Gestion de la densité par le lotisseur », La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 22, 1er Juin 2012, 1240, Comm. 6

à bâtir qu'il n'aura pas forcément à consommer. Et ce, au même titre qu'il ne sera en aucun cas tenu de créer autant de lots qu'il en aura déclaré au maximum.

En bref, la déclaration d'une surface de plancher maximale ne donne pas nécessairement lieu à une densité constructible correspondante, du moins lorsque le lotisseur opte pour une répartition de la densité à l'occasion de la cession des lots. La question du choix du mode de répartition ne se pose toutefois pas qu'en ces termes, mais peut donner lieu à un certain nombre d'interrogations, notamment quant à la pérennité du dispositif.

Les modalités de répartition.

(129.) Comme mentionné ci-dessus, l'article R. 442-10 indique que la répartition peut s'effectuer soit par le permis d'aménager lui-même, soit par le lotisseur à l'occasion de la cession des lots, ce dernier mode étant valable à la fois en permis d'aménager et en déclaration préalable. Nous allons étudier successivement ces deux cas de figure.

1- Répartition de la densité par le permis d'aménager

(130.) Dans ce cas, on peut considérer que l'inscription de la répartition dans le permis d'aménager lui confère un caractère réglementaire. Cette répartition, qui devient de fait une règle du lotissement, ne fait néanmoins pas l'objet d'un statut juridique particulier. Tout au plus, le formulaire Cerfa n°13409*04 relatif aux demandes de permis d'aménager prévoit dans l'encadré 4.2, en face de la case à cocher si le lotisseur opte pour une répartition au stade de l'autorisation de la « *constructibilité globale* » pour reprendre les termes exacts, la formulation suivante : « *Conformément aux plans ou tableaux joints à la présente demande* ». Le problème est qu'aucun des documents listés dans le bordereau officiel de dépôt des pièces jointes à une demande de permis d'aménager ne fait expressément référence à un quelconque plan ou tableau de répartition de la surface de plancher maximale autorisée, étant rappelé que la liste de ce bordereau est exhaustive et qu'aucune autre pièce ne peut être demandée.

Il faut alors sans doute en déduire que c'est à une autre des pièces requises de tenir lieu de plans et tableaux de répartition. Le plan de composition (pièce PA4) requis au titre de l'article R. 441-4 2° du Code de l'urbanisme, pourrait par exemple contenir les indications permettant d'avoir un plan et un tableau de répartition, même si tel n'est pas sa vocation. Les dispositions de l'article précité disposent en effet qu'il doit s'agir d' « *Un plan coté dans les trois dimensions faisant apparaître la composition d'ensemble du projet et les plantations à conserver ou à créer* ».

De plus, une répartition de la densité directement opérée au stade du permis d'aménager implique nécessairement une connaissance précise de la contenance future des lots et donc du projet de division. Or, il n'est pas requis de fixer précisément les lignes divisoires dans un permis d'aménager. Seule l'indication de la surface de plancher maximale autorisée et du nombre maximal de lots est obligatoire. La répartition de la densité par le permis d'aménager est donc indissociable de la production d'un plan de division, pièce qui n'est pourtant pas prévue par les textes relatifs au lotissement, ni listée dans le bordereau des pièces à joindre, alors qu'elle est obligatoirement requise pour une demande de PCVD de même que pour le lotissement déclaré. En effet, l'article R. 431-24 du Code de l'urbanisme relatif au

PCVD le mentionne expressément, tandis que l'article R. 441-10 dispose que doit être joint à la déclaration « *un plan coté dans les trois dimensions de l'aménagement faisant apparaître la ou les divisions projetées* ».

Comme a pu le souligner un auteur, rien n'interdit pour autant un lotisseur de joindre un tel document à sa demande de permis d'aménager s'il le souhaite, pour en faire un document opposable du lotissement²⁸⁵. Il ressort en fait que la mention d'un plan et d'un tableau de répartition dans le formulaire actuelle du permis d'aménager puise son origine dans la pratique administrative sous l'empire des anciens textes, avant la réforme de 2007. Ainsi qu'a pu le souligner Sylvain Pérignon :

« Lorsque le lotisseur joignait à sa demande un plan de division parcellaire, un état de la superficie des lots et un tableau de répartition de la surface de plancher, l'Administration entérinait généralement ce tableau (...).

Lorsque le lotisseur joignait à sa demande un plan de division parcellaire sans proposer un tableau de répartition, l'Administration paraissait tenue de procéder à cette répartition, généralement au prorata de la superficie de chaque lot, sauf cas particuliers.

*Lorsque le lotisseur ne joignait pas à sa demande un plan de division parcellaire, l'Administration devait logiquement en déduire qu'il entendait répartir la surface de plancher lors de la vente ou location des lots. »*²⁸⁶

Cette pratique administrative s'appuyait sur la circulaire n° 87-107 du 2 novembre 1987, publiée dans la foulée de la réforme législative et réglementaire précitée. La production d'un plan de division était le principe. Il pouvait y être joint un tableau de répartition, à défaut de quoi c'était l'administration qui y procédait. La non-production de ce plan de division impliquait donc le régime par défaut de répartition à l'occasion de la cession des lots.

Si l'on se réfère à l'article L. 442-9 du Code de l'urbanisme, qui dispose que « *Les règles d'urbanisme contenues dans les documents du lotissement* » sont « *notamment le règlement, le cahier des charges* » sans en citer davantage, on peut dès lors en déduire que la répartition opérée par le permis d'aménager à la demande du lotisseur, qui pourrait d'ailleurs prendre place dans un plan de division, le tout inséré dans par exemple dans le plan de composition, constitue l'un de ces « *documents de lotissement* » anonymes.

En tout état de cause, la répartition de la densité par le permis d'aménager est de nature réglementaire, ce qui la rend de ce fait opposable ultérieurement à toute demande de permis de construire. Mais comme tout document de lotissement présentant un caractère réglementaire, celui-ci est frappé d'une caducité de plein-droit passé un délai de dix ans à compter de la délivrance de l'autorisation de lotir, ainsi que l'énonce l'article L. 442-9, à condition néanmoins que le lotissement soit couvert par un PLU ou un document d'urbanisme en tenant lieu.

Toutefois, un arrêt de la Cour administrative d'appel de Lyon, rendu en 2003 sous l'empire de l'ancien article L. 315-2-1 dont les termes ont été repris quasi-identiquement à l'article L. 442-9, a retenu que :

²⁸⁵ Emmanuel Wormser, « *Faut-il toujours prévoir un plan de division dans le permis d'aménager ?* », Constr. – urb. n° 9, 2012, étude 8

²⁸⁶ *Op. cit.* Sylvain Pérignon, « *Gestion de la densité par le lotisseur* », La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 22, 1er Juin 2012, 1240, Comm. 3

« l'autorisation de principe de constituer un lotissement en divisant en lots le terrain initial, donnée par l'arrêté (de lotir), n'est pas une règle d'urbanisme ayant cessé de s'appliquer ; que cette autorisation de lotir a toujours effet, la division parcellaire et les droits à construire devant être désormais être conformes aux dispositions du POS »²⁸⁷.

Cette jurisprudence a pu être commentée par Jean-Philippe Meng, comme le fait que *« la péremption des règles d'urbanisme du lotissement (n'entraîne pas) la caducité de l'arrêté de lotir »* et ne prive ainsi pas *« le lotisseur de son droit acquis à procéder aux divisions lié au caractère individuel de l'arrêté de lotir »*. Par conséquent, selon lui, *« la commercialisation des lots invendus à l'expiration d'un délai de dix ans peut se poursuivre sur le fondement de l'autorisation d'origine »²⁸⁸*. Si l'on suit ce raisonnement, le plan de division, et par conséquent la répartition de la densité opérée au stade du permis d'aménager, relèverait du champ de l'autorisation et non de celui du document du lotissement, et ne serait donc pas frappé de caducité passé le délai fixé par l'article L. 442-9 du Code de l'urbanisme. Ce positionnement est contestable car il tend à sur-interpréter le principe posé par la jurisprudence qui a été simplement de dire que l'autorisation de diviser n'est pas une règle d'urbanisme. De plus, cet arrêt de la Cour administrative d'appel de Lyon est souvent cité dans la doctrine alors qu'il n'est même pas publié, ni consultable sur Légifrance. Il ressort en tous les cas qu'aucune jurisprudence du Conseil d'Etat, ni d'une autre Cour administrative d'appel ne laisse entendre que la répartition de la densité par l'autorisation de lotir n'est pas de nature réglementaire mais demeure un attribut de l'acte administratif individuel.

Certes, il n'est pas contestable que le principe de pouvoir diviser des lots, conformément à l'autorisation de lotir, demeure après l'expiration de celle-ci et même lorsque toutes les pièces de nature réglementaire sont devenues caduques. Mais une possibilité de diviser par principe, lorsque ni l'acte administratif individuel, ni les documents à caractère réglementaire ne sont encore valides, ne signifie pas pour autant que l'on doit continuer d'appliquer des règles spéciales, fussent-elles incluses dans l'autorisation de lotir, s'agissant de la détermination des droits à bâtir. Comme le précise d'ailleurs l'arrêt susmentionné, lorsque *« cette autorisation de lotir a toujours effet, la division parcellaire et les droits à construire devant être désormais conformes aux dispositions du POS »*. Autrement dit, si la possibilité de diviser de manière effective est toujours reconnue, les conditions de division et de construction sont celles du règlement du document d'urbanisme opposable, les lots étant devenus des unités foncières ordinaires. Ce qui signifie à notre avis que la quantification des droits à bâtir attachés aux lots en latence, en application d'une répartition par l'autorisation de lotir, est bien une règle d'urbanisme contenue dans les documents approuvés d'un lotissement au sens de l'article L. 442-9 du Code de l'urbanisme.

2- Répartition de la densité à l'occasion de la cession des lots

(131.) Cette modalité de répartition, à l'inverse de la précédente, fait l'objet de dispositions particulières. L'article R. 442-11 du code de l'urbanisme prévoit en effet que :

²⁸⁷ CAA Lyon, 18 février 2003, Cne du Breuil-sur-Couze, n° 02LY00891

²⁸⁸ Jean-Philippe Meng, *sous C.A.A. Lyon*, 18 février 2003, Cne du Breuil-sur-Couze,; Defrénois, 30 octobre 2003 n° 20, p. 1328

« Lorsque la répartition de la surface de plancher maximale est effectuée par le lotisseur, celui-ci fournit aux attributaires de lots un certificat indiquant la surface de plancher constructible sur le lot. »

Le Code de l'urbanisme consacre ainsi l'existence d'un document autonome, qu'est le certificat indiquant la surface de plancher constructible du lot. Le choix de ce mode de répartition doit toutefois être précisé dans la demande du permis d'aménager. Le formulaire Cerfa n° 13409*04 propose en effet dans son encadré 4.2 de cocher une case en face de laquelle il est indiqué : *« La constructibilité sera déterminée à la vente de chaque lot. Dans ce cas, le lotisseur devra fournir un certificat aux constructeurs »*.

Il ne s'agit plus d'un mode de répartition par défaut comme c'était le cas avant la réforme de 2007. A l'époque, la circulaire de 1987 susmentionnée prévoyait en plus une forme de restriction pour le lotisseur :

« Pour la répartition ultérieure des droits à construire, lorsque celle-ci est laissée à l'initiative du lotisseur, l'arrêté d'autorisation peut éventuellement comporter des prescriptions relatives au mode de répartition : amplitude minimale-maximale des variations entre les lots, (...) il convient toutefois de n'utiliser cette faculté que s'il y a des raisons particulières d'urbanisme de le faire »²⁸⁹.

L'ancien article R. 421-3-5 assurait le lien entre la répartition de la densité par le lotisseur et l'instruction des permis de construire, en exigeant que la demande de permis soit accompagnée de la justification de la surface hors œuvre nette attribuée au terrain. Aujourd'hui, aucun texte ne restreint la liberté pour le lotisseur de répartir la densité comme bon lui semble. De même, la « justification » évoquée dans les anciens textes est devenue un document juridique autonome, le certificat, dont la nature juridique pose un certain nombre d'interrogations. En effet, chaque certificat est délivré en fonction d'un accord passé entre le lotisseur et chaque acquéreur quant à la fixation de la densité constructible. La surface de plancher autorisée par le certificat constitue même un élément déterminant de la négociation ainsi que du prix de vente, et ce sans aucun contrôle de l'Administration. La quantification de la densité est fixée discrétionnairement, la seule contrainte étant de ne pas vendre de la surface de plancher au-delà de celle maximale autorisée dans le permis d'aménager. Le lot ainsi cédé serait alors inconstructible contrairement à ce qu'indique le certificat, ce qui pourrait engager la responsabilité du vendeur et sans doute permettre d'annuler la vente. Le certificat pourrait alors être regardé *a priori* comme une pièce contractuelle liant le lotisseur à l'acquéreur.

Mais il s'agirait alors d'un type particulier de contrat dans la mesure où le certificat est aussi une pièce de la demande de permis de construire, opposable à l'Administration. Ce serait alors un document de nature hybride, le consentement dans la détermination de la densité constructible étant parfaitement libre, dans la limite toutefois du stock de mètres carrés constructibles encore disponible, le contrat ainsi formé s'imposant à l'Administration. Toutefois, Sylvain Pérignon a pour sa part considéré que le certificat du lotisseur n'a pas de valeur contractuelle mais constitue juste une pièce de nature administrative. Pour lui :

²⁸⁹ Circulaire n° 87-107 du 2 novembre 1987 relative au décret n° 87-885 du 30 octobre 1987, JCP N 1987, prat. 352

« Si cette répartition a été opérée par le lotisseur, c'est en application d'une sorte de délégation de prérogative de puissance publique au profit du lotisseur, autorisé à fixer la règle applicable au lot. Le fait que le justificatif de cette répartition par le lotisseur soit une pièce à joindre obligatoirement à la demande de permis de construire, et que l'instruction de cette demande prenne en compte ce justificatif atteste du caractère réglementaire de cette répartition et explique qu'elle soit frappée de la caducité (...). »²⁹⁰

Ainsi, une fois devenues caduques l'ensemble des pièces réglementaires du lotissement parmi lesquelles figure le certificat, celui-ci ne pourra en aucun cas être opposable au coloti et le retour au droit commun s'appliquera à chaque terrain n'ayant pas fait encore l'objet d'une demande de permis de construire. Un argument pourrait plaider en faveur de cette analyse, si l'on établit un parallèle avec l'exemple du cahier des charges approuvé. Jusqu'en 1977, les cahiers des charges, documents de nature contractuelle, devaient être approuvés par l'administration, leur conférant dès lors également un caractère réglementaire. Malgré sa nature hybride, le cahier des charges approuvé figure bien parmi les documents de nature réglementaire expressément cités par l'article L. 442-9 du Code de l'urbanisme. Les dispositions de cet article, dans sa rédaction issue de la loi ALUR en 2014, va même jusqu'à considérer qu'un cahier des charges non-approuvé peut comporter des « *clauses de nature réglementaire* », qui doivent elles-mêmes être frappées de caducité, alors même que le document lui-même ne présente aucun caractère hybride. Nous reviendrons plus largement dans la troisième partie sur la question controversée du cahier des charges.

Cette interprétation élargie du champ d'application de la nature réglementaire des documents du lotissement, même lorsque ceux-ci échappent à toute obligation d'approbation de l'administration, ne peut que nous pousser à approuver l'analyse de Sylvain Pérignon sur le caractère réglementaire du certificat. Tout cela étant dit, on peut douter de l'intérêt du recours à la pratique de la répartition de la densité par le lotisseur lorsqu'un règlement, définissant précisément les règles de construction de chaque lot prévu, laisse entendre que certains pourront obtenir une plus grande constructibilité que d'autres. Il faut donc être bien attentif, lors de la commercialisation de chaque lot, à bien vérifier que l'on n'attribue pas inutilement des mètres carrés de surface de plancher qui pourraient se révéler inconstructibles par l'application stricte du règlement du lotissement s'il y en a un. Pour éviter ce type de situations, il faut bien peser les avantages et les inconvénients du recours à la répartition de la densité constructible par le lotisseur lorsqu'un règlement contient des prescriptions extrêmement précises voire restrictives.

§ 2 – La répartition de la constructibilité par îlots en ZAC

(132.) Si la possibilité d'avoir des règles d'urbanisme particulières au périmètre de l'opération de ZAC a été supprimée par la loi SRU comme nous avons pu le relever précédemment, la possibilité d'un report de constructibilité a toutefois été maintenue. En effet, aux termes de l'article L. 151-27 du Code de l'urbanisme (ex. L. 123-3) :

²⁹⁰ *Op. cit.* Pérignon, Sylvain, *Gestion de la densité par le lotisseur*, La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 22, 1er Juin 2012, 1240

« Dans les zones d'aménagement concerté, le règlement peut déterminer la surface de plancher dont la construction est autorisée dans chaque îlot, en fonction, le cas échéant, de la nature et de la destination des bâtiments. »

La densité constructible définie en amont peut donc ne pas être le résultat de la combinaison des règles d'urbanisme rapportée à la superficie de ou des unités foncières contiguës constituant l'îlot. Et c'est cette densité par îlot qu'il est possible de répartir librement sur les différents terrains. C'est ce que l'on appelle, dans le cas de la ZAC, le *quantum* de surface de plancher. A la différence du lotissement, la surface de plancher totale n'est pas déclarée par l'opérateur, en l'occurrence l'aménageur, mais fixée directement par le règlement du PLU. Notons qu'il ne s'agit que d'une possibilité donnée au rédacteur du PLU et qu'à défaut, la densité résulte de l'application des règles d'urbanisme.

Il faut insister également sur le fait que la surface de plancher peut être déterminée, selon l'article L. 151-27, pour chaque îlot. Or l'« îlot » est une notion qu'aucune source de droit n'a jamais définie, même s'il ne fait pas de doute, dans le langage urbain, qu'il s'agit d'un ensemble de terrains contigus délimité par des voies et emprises publiques. La question qui se pose en pratique est : comment définir à l'avance dans le PLU un quantum de surface de plancher pour chaque îlot, alors que la forme définitive qu'auront ces îlots n'est pas forcément connue ?

Une opération de ZAC implique bien souvent un remodelage de la trame viaire, ce qui a nécessairement pour effet de redéfinir la trame parcellaire. Ainsi, si des *quantum* sont définis à l'avance pour des îlots qui seront amenés à être agrandis ou réduits, fusionnés ou divisés, il pourra y avoir des distorsions entre la densité prévue, et celle effectivement constructible. Peu d'auteurs appréhendent la ZAC dans sa dimension urbaine, dont l'objet est de remplacer une configuration foncière par une autre, tout en effectuant des travaux d'aménagement de voiries et d'espaces publics. Du point de vue de l'ingénierie foncière, la ZAC a d'ailleurs un objet similaire à celui d'une AFU. La différence est juridique, puisque l'aménageur en ZAC acquiert la maîtrise foncière, totale ou partielle, de l'opération. On ne peut donc qualifier l'opération de remembrement dans le sens où les parcelles qui font l'objet d'une mutation appartiennent au même propriétaire, même s'il s'agit techniquement de cela. D'ailleurs, l'article R. 442-1 c) du Code de l'urbanisme exclut expressément « *Les divisions effectuées par l'aménageur à l'intérieur d'une zone d'aménagement concerté* » du champ d'application des lotissements. Et pour cause, puisque ces divisions s'inscrivent dans une opération plus large de remodelage de la trame foncière dans un périmètre donné.

Cela étant, l'aménageur en ZAC partage avec le lotisseur la faculté de pouvoir répartir librement la densité, même si cette répartition doit s'effectuer au sein de chaque îlot et non à l'échelle de l'opération. Si la répartition de la densité par l'aménageur est optionnelle, l'indication de la surface de plancher constructible doit en revanche obligatoirement être inscrite dans le cahier des charges fourni lors de la vente ou de la location des terrains. L'article L. 311-6 du Code de l'urbanisme, dont la rédaction est issue la loi SRU, dispose en effet que :

« Les cessions ou concessions d'usage de terrains à l'intérieur des zones d'aménagement concerté font l'objet d'un cahier des charges qui indique le nombre de mètres carrés de surface de plancher dont la construction est autorisée sur la parcelle cédée. »

Pour que l'aménageur puisse procéder à une répartition différenciée de la densité constructible, il est nécessaire que le PLU détermine une densité globale par îlot. Toutefois, précise cet article, la caducité ne frappe pas les cahiers des charges signés avant la date d'entrée en vigueur de la loi SRU. Ainsi, le cahier des charges antérieur à l'entrée en vigueur de la loi SRU reste opposable. Mais il faut préciser qu'il n'était pas obligatoire avant l'entrée en vigueur de la loi SRU de prévoir un cahier des charges, celui-ci avait été rendu facultatif par le décret n° 86-617 du 14 mars 1986. Si bien qu'on se retrouve aujourd'hui dans des cas de figure où des cahiers des charges sont toujours opposables dans des périmètres où la ZAC a été supprimée, et inversement.

Or, l'article R. 431-23 rend obligatoire, depuis 2007, la production du cahier des charges comme pièce de la demande de permis de construire. Une jurisprudence récente est venue préciser ce qu'il advenait des terrains situés dans une ZAC, dont la cession n'aurait pas été accompagnée d'un cahier des charges fixant la densité constructible, et qui feraient l'objet d'une demande de permis de construire après l'entrée en vigueur de la réforme de 2007. Un arrêt du 15 octobre 2014 est ainsi venu posé le principe qu'en l'absence de détermination d'une surface de plancher constructible allouée par un cahier des charges, et à défaut de règle de COS (situation aujourd'hui généralisée), l'autorité chargée de la délivrance du permis de construire ne peut connaître la surface dont la construction est autorisée sur la parcelle et celle qui reste autorisée sur les autres parcelles de l'îlot et que par conséquent, elle ne peut légalement délivrer un permis de construire sur la parcelle considérée²⁹¹. Mais en l'espèce, le Conseil d'Etat s'est toutefois montré accommodant en reconnaissant la validité du permis attaqué en raison de l'ancienneté de la ZAC, et du fait que les terrains n'avaient pas été acquis de l'aménageur mais d'un premier acquéreur.

Dans cette affaire, les Sages n'ont pas suivi les conclusions du rapporteur public, Maud Vialettes, qui a pu s'en expliquer lors d'une journée d'études organisée par le GRIDAUH²⁹². Elle a ainsi soutenu qu'à l'époque, en l'absence de cahier des charges, un certificat d'urbanisme « spécial » était prévu par l'ancien article L. 111-5 et était alors exigé préalablement au détachement d'une partie de terrain situé dans une ZAC. Or, l'arrêt relève bien en l'espèce que le maire disposait des informations nécessaires quant à la constructibilité du terrain car un tel certificat d'urbanisme avait été délivré en 2005. Un arrêt de la Cour administrative d'appel du 15 avril 2016 a repris quasiment mot pour mot la même solution dans un cas d'espèce semblable²⁹³.

Sans doute que le législateur devrait intervenir, pour éviter que se produisent des situations dans lesquelles des terrains de ZAC inconstructibles puissent être néanmoins vendus, et ce d'autant plus que le COS, dont l'application pouvait pallier les incertitudes liées à la quantification de la densité constructible du terrain, est supprimé. Il faut rappeler en effet que la charge foncière d'un terrain en ZAC est un critère essentiel de la vente et de la détermination du prix. Le Professeur Trémeau ne manque d'ailleurs pas de relever cette difficulté en remarquant qu'en l'espèce, le

²⁹¹ CE, 15 octobre 2014, *Association de sauvegarde de l'environnement de la zone d'activité technologique du Plan du Bois à La Gaude*, n° 349775, BJDU n° 3, 2015, p. 163, Concl. Maud Vialettes, Obs. J. Trémeau

²⁹² Maud Vialettes, Intervention durant la journée d'études, *Actualités 2014 du droit de l'urbanisme*, organisée par le GRIDAUH et l'Ordre des avocats de Paris, 26 novembre 2014

²⁹³ CAA Marseille, 15 avril 2016, n° 14MA03169 ; Constr. – Urb. n° 6, 2016, comm. 85, note Laëtitia Santoni

certificat d'urbanisme délivré avait pu, en l'absence de COS, justifier l'exemption du cahier des charges, mais que celui-ci relevait de la réglementation antérieure à la réforme de 2007. Or, les nouveaux certificats d'urbanisme ne permettent plus de consulter le service instructeur à propos de la surface dont la réalisation est envisagée. Si bien qu'à l'avenir, selon ses termes, « *les échappatoires énumérées dans l'arrêt du 15 octobre 2014 seront de plus en plus difficiles à concrétiser* »²⁹⁴.

Le deuxième considérant de l'arrêt du Conseil d'Etat doit également appeler notre attention. Il pose en effet que :

« L'approbation du cahier des charges de cession de terrains par l'autorité administrative confère à ce document le caractère d'un acte réglementaire ».

Il ne faut pas établir de parallèle trompeur avec le cahier des charges approuvé du lotissement, qui revête lui aussi un caractère réglementaire, mais également général dans le sens où il s'agit d'un document unique auquel les colotis adhèrent. Nous y reviendrons dans la partie suivante. En ZAC, le cahier des charges est un contrat bilatéral valable pour chaque cession de terrains, non-opposable aux autres acquéreurs. Il serait alors comparable au certificat du lotisseur, c'est-à-dire un document certes contractuel mais opposable à l'administration dans le cadre d'une demande de permis de construire. Si l'on s'en réfère à la lecture littérale de l'article L. 311-6 du Code de l'urbanisme, ce sont bien « *les cessions ou concessions d'usage de terrains* » qui « *font l'objet d'un cahier des charges qui indique le nombre de mètres carrés de surface de plancher* ». Il n'existe donc dans les textes aucune référence à un cahier des charges général de ZAC. Toutefois, une jurisprudence a pu admettre que les dispositions de l'article L. 311-6 ne sauraient faire obstacle à l'adoption d'un cahier des charges type dont l'objet n'est pas de définir les règles applicables à une parcelle cédée mais de définir des modalités générales applicables à toutes cessions ou concessions d'usage de terrains, dès lors que celui-ci prévoit l'approbation par l'organe exécutif d'un cahier des charges particulier pour chaque vente, destiné notamment à fixer la consistance exacte du bien vendu, la surface de plancher autorisée sur la parcelle, la nature de l'implantation prévue ainsi que les conditions et charges particulières applicables à la parcelle cédée²⁹⁵.

Une telle prise de position jurisprudentielle permet de consacrer le cahier des charges « type », dont le cahier des charges tel que prévu à l'article L. 311-6 ne serait que la déclinaison. Mais il ne faut pas pour autant voir dans les cahiers des charges-types des documents de portée générale de même nature qu'un cahier des charges de lotissement²⁹⁶. La question de la nature réglementaire du cahier des charges de cession pose également celle des « *prescriptions techniques, urbanistiques et architecturales* » qui peuvent y être imposées. En effet, l'interprétation littérale de l'article L. 311-6 laisse entendre que ces règles spéciales peuvent être définies par l'aménageur et l'organe exécutif sur chaque terrain, « à la carte », sans aucune cohérence d'ensemble. Or, si l'on établit un parallèle avec les règles spéciales du lotissement, de telles prescriptions ne devraient avoir leur place que dans un document unique applicable à l'ensemble de la zone et non pas définie terrain par terrain. Et on pourrait même aller jusqu'à s'interroger sur la légalité d'une contrainte

²⁹⁴ Jérôme Trémeau, Observations sous CE, 15 octobre 2014, Asezat La Gaude, n° 349775, BJD 3/2015, p. 169

²⁹⁵ CAA Marseille, 9 octobre 2009, n° 07MA02159

²⁹⁶ V. sur ce point : Georges Liet-Veaux, « *Les cahiers des charges-types et les cessions d'immeubles dans les Z.A.C.* », La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 2, 12 Janvier 1990, 100066

inscrite aux titres des prescriptions techniques, urbanistiques et architecturales dans le cahier des charges accompagnant la vente d'un terrain sans que celle-ci ne s'appuie sur un document unique de nature réglementaire. Le cahier des charges-type pourrait alors avoir un rôle salubre en définissant de manière générale et impersonnelle des clauses de nature réglementaire susceptibles de restreindre la liberté de construire, dont la reprise dans les cahiers des charges de cession ne serait que la déclinaison.

...

Conclusion de la partie II

(133.) Les développements ci-dessus ont permis de mettre le doigt sur un certain nombre de difficultés et laissé entrevoir peut-être des éléments de réponse. Nous allons donc synthétiser ci-après toutes les propositions que nous avons envisagées.

Tout d'abord, il ressort que la classification des différentes procédures d'aménagement, publiques ou privées, ayant pour objet de créer des parcelles constructibles ou en cours de construction, pourrait être améliorée. Aujourd'hui, seul le lotissement offre une idée claire de l'opération dont il s'agit. Il est vrai qu'il ne peut en être autrement compte tenu de son statut impératif. Le lotissement est en effet le mode opératoire qui offre l'arsenal juridique le plus complet pour mettre la règle au service du projet. D'abord, la délimitation de son périmètre est libre. Ensuite, il peut faire l'objet d'un règlement, mais également d'un cahier des charges. Il ne doit pas nécessairement faire l'objet d'un plan de division, ce qui laisse une relative marge de manœuvre au lotisseur quant au détachement progressif des lots. Le lotisseur peut aussi choisir de ventiler la surface de plancher maximale déclarée comme il l'entend, soit à travers le permis d'aménager, soit au fur et à mesure de la vente des lots par l'émission d'un certificat de densité opposable à chaque demande de permis de construire. Enfin, le lotissement peut bénéficier d'une appréciation globalisée des règles d'urbanisme, ce qui présente un intérêt en théorie mais pose en pratique d'inextricables difficultés juridiques et techniques d'application tant au niveau du permis d'aménager que des permis de construire.

Nous avons alors préconisé que l'appréciation globalisée des règles d'urbanisme en lotissement ne puisse être possible que si un règlement est prévu et joint au dossier de demande du permis d'aménager, lequel définirait un plan de masse indiquant précisément les espaces où pourraient être ou ne pas être implantées les constructions, sans entrer en contradiction avec une possible répartition de la densité. Cette préconisation nécessite que l'on puisse reconnaître au règlement la possibilité de compléter les règles d'urbanisme à l'échelle du projet et non pas de chaque lot, ce qui ne semble pas être une difficulté dans la mesure où le règlement est approuvé en tant que pièce du permis d'aménager. Sans règlement de lotissement, l'appréciation des règles ne devrait pouvoir s'effectuer qu'à l'échelle des unités foncières, quoiqu'en dise le PLU.

Contrairement au lotissement, l'opération de remembrement ne fait pas l'objet de dispositions relatives au périmètre de l'opération, ni au mode d'application des règles d'urbanisme, ni à la faculté d'édicter un règlement, etc. Tout juste est-il mentionné la possibilité de fixer des prescriptions d'urbanisme, sans que l'on n'en connaisse précisément les contours. Pourtant, le remembrement nous semble tout aussi important que le lotissement, et même porteur d'avenir. En effet, si les dernières réformes législatives produisent réellement leurs effets, des gisements fonciers devront être trouvés dans les secteurs déjà urbanisés, et il est fort probable que le nombre de lotissements soit amené à décroître au profit des remembrements.

Le législateur semble avoir conscience de l'intérêt de l'AFU. C'est du moins ce qu'ont pu révéler les travaux préparatoires de la loi ALUR, dont l'étude d'impact du projet de loi, datée du 25 juin 2013, indique que :

« A l'heure d'une nécessité de gestion économe du foncier et de moyens financiers réduits des collectivités pour faire du portage foncier et financer

des expropriations, il convient de redonner de l'actualité à une association des propriétaires à l'aménagement de leur terrain.

(...)

Or l'AFU reste un mécanisme trop peu connu et trop peu utilisé et, s'il paraît opportun d'en développer la pédagogie, une évolution législative est souhaitée: - pour en faire un véritable outil de projet (...) »²⁹⁷.

Mais plutôt que de réformer l'outil existant en tentant de corriger ses éléments de lourdeur et de rigidité, le législateur a cru bon de devoir créer une nouvelle catégorie d'AFU se superposant à celles existantes, qui consiste plus précisément en une sous-catégorie d'AFU autorisée. Il s'agit de l'AFU de projet. Mais de projet, elle n'en porte que le nom. L'apport du nouveau dispositif est minime par rapport aux dispositifs préexistants, et s'attache principalement à de nouvelles modalités procédurales relativement anecdotiques²⁹⁸.

Ce n'est pas l'AFU mais le remembrement en tant qu'outil opérationnel qui devrait faire l'objet d'une refonte. Or, celui-ci n'est évoqué dans le Code de l'urbanisme qu'en tant qu'objet parmi d'autres de l'AFU. Pourtant, d'un point de vue urbanistique, une opération d'aménagement réalisée dans le cadre d'une ZAC ressemble en de nombreux points à celle réalisée dans le cadre d'une AFU autorisée ou constituée d'office. Dans les deux cas, il s'agit de confier à un aménageur bénéficiant de prérogatives de puissance publique, la réalisation d'un aménagement sur un périmètre donné, impliquant un remodelage de la trame foncière et la réalisation de voiries, d'espaces et d'équipements publics, en vue d'optimiser la constructibilité des terrains inclus dans le périmètre de l'opération dans une démarche de projet urbain.

La différence est principalement juridique puisque l'aménageur en ZAC est supposé avoir la maîtrise foncière totale ou partielle de l'opération, ce qui n'est pas le rôle d'une AFU autorisée ou constituée d'office. D'ailleurs, le régime juridique de cette dernière ne renvoie pas à une quelconque notion de commercialisation de terrains en AFU, contrairement à la ZAC. Pour autant, les deux procédures ont en commun d'ouvrir la possibilité d'un droit de délaissement pour les propriétaires ne souhaitant pas participer à l'opération, ce qui a pour effet, concernant spécifiquement l'AFU autorisée ou constituée d'office, de lui conférer une maîtrise foncière de l'opération, certes très partielle, impliquant qu'elle ait à commercialiser des terrains comme le ferait l'aménageur en ZAC, les garanties en moins (absence de cahier des charges, etc.). De ce point de vue, une harmonisation des régimes entre les deux types d'opérations pourrait alors être envisagée.

C'est le mode opératoire qui doit définir l'opération et non l'inverse. On imagine mal le régime juridique du lotissement être inséré dans un chapitre relatif au lotisseur. Pourquoi donc le remembrement est-il alors inséré dans un chapitre relatif aux AFU ? Il en est de même de la ZAC, dont l'objet est de remembrer, au sens technique et non juridique du terme, des terrains compris dans un périmètre donné. Dans le langage opérationnel, on parle en effet couramment de « faire une ZAC ». Or, il serait plus correct de parler d'une « opération de reconfiguration de la trame foncière par un aménageur dans le cadre d'une procédure de ZAC ».

²⁹⁷ Assemblée nationale, *Etude d'impact du projet de loi ALUR*, 25 juin 2013

²⁹⁸ V. à ce propos : Sébastien Lamy, « *L'association foncière urbaine de projet* », *Actes pratiques et ingénierie immobilière*, 1/ 2015, p. 48 à 52

Le remembrement ne devrait plus simplement être relégué comme un objet parmi d'autres de l'association foncière urbaine. La constitution d'une telle association ne doit pas être une fin, mais un moyen. Il faudrait aussi que soit opérée une véritable distinction entre le remembrement « public » (réalisé par une AFU autorisée ou constituée d'office) et le remembrement « privé » (réalisé par une AFU libre), de manière à pleinement intégrer ce dernier dans l'application du droit des sols, c'est-à-dire au Livre IV du Code de l'urbanisme. Il est ainsi proposé de soumettre au régime du remembrement privé toute opération qui en comporterait les éléments constitutifs, à savoir la reconfiguration parcellaire de plusieurs unités foncières contiguës appartenant à des propriétaires différents ayant pour objet de créer plusieurs lots destinés à être bâtis. Il va de soi que seul le remembrement urbain est concerné dans ce propos. Le contrôle urbanistique de l'opération devra relever comme c'est le cas aujourd'hui du permis d'aménager, mais il est proposé que la liste des pièces à joindre au dossier soit allongée pour permettre aux services instructeurs de mieux prendre connaissance du projet, et conférant à l'AFU libre les mêmes attributs que le lotisseur quant à la répartition des droits à bâtir ou bien à la possibilité de fixer un règlement. Seraient ainsi soumises au remembrement les opérations aujourd'hui constitutives, à notre avis à tort, de colotissement, dans lesquelles sont effacées les limites séparatives internes des unités foncières contiguës appartenant à des propriétaires différents et constituant le terrain d'assiette de la demande de permis d'aménager. S'agissant du caractère privé ou public du remembrement, cela dépendra de l'accord ou non de l'unanimité des propriétaires des unités foncières concernées par l'opération. S'il apparaît tout à fait justifié de soumettre un remembrement privé à permis d'aménager et d'en confier la réalisation à l'association des propriétaires concernés, il faudrait toutefois retirer au préfet l'attribution de pouvoir fixer ou approuver des règles d'urbanisme particulières, cela devant relever à notre sens des autorités compétentes en matière d'urbanisme. Ne resterait au préfet que l'obligation de veiller à ce que l'équité des droits soit maintenue au terme de l'opération de remembrement, eu égard aux valeurs estimatives de la participation en nature de chaque membre.

On pourrait alors très bien imaginer que la possibilité de joindre à la demande de permis d'aménager un règlement spécial, comme c'est le cas pour le lotissement, puisse être étendue au remembrement réalisé par une AFU libre. Il ne serait alors plus question de prescriptions d'urbanisme. De même, comme en matière de lotissement, l'opération de remembrement devrait pouvoir bénéficier du mécanisme d'appréciation globalisée des règles d'urbanisme, à condition toutefois que celle-ci soit cristallisée en amont dans le règlement. Le report de la densité constructible en remembrement, qui n'est pas prévu aujourd'hui par les textes, constituerait également un excellent moyen de compenser d'éventuels propriétaires lésés par l'opération, plutôt que d'avoir recours à un système d'indemnisation.

Le remembrement public ne serait pas soumis au même régime. Il pourrait être réalisé soit par une procédure de ZAC, soit par une AFU autorisée ou constituée d'office créée à cet effet. Dans le premier cas, il y aura, ainsi que le prévoient déjà les textes, appropriation par l'aménageur de tout ou partie des unités foncières contiguës, avec obligation pour les propriétaires des unités foncières non-acquises de participer au coût de l'opération. Dans le second cas, il y aura un regroupement autorisé ou forcé de propriétaires en vue de constituer une personne morale de droit public, laquelle sera en charge de mener à bien à la fois l'opération de remembrement sous l'égide du préfet, et la réalisation des voiries et espaces publics. Il faut rappeler d'ailleurs que la constitution d'une AFU autorisée ou constituée d'office ouvre un droit de

délaissement qui est susceptible, comme en matière de ZAC, de conférer une maîtrise foncière partielle à l'opérateur.

Pour éviter d'ailleurs toute confusion des genres, nous serions d'avis de ne pas désigner les établissements publics que sont les AFU autorisées et constituées d'office par le nom d'association, lequel renvoie à une notion de groupement consensuel de personnes qui poursuivent un intérêt commun. Il y a même antinomie entre l'idée d'une association et celle d'un établissement public disposant de prérogatives de puissance publique. Dès lors que l'AFU est autorisée ou constituée d'office, il y a nécessairement des intérêts divergents, pour ne pas dire des relations potentiellement conflictuelles entre les membres puisque tous n'étaient pas d'accord dès le départ pour entreprendre une opération conjointe.

Selon cette préconisation, l'AFU serait forcément libre, et l'établissement foncier urbain (EFU) comprendrait forcément un certain nombre de propriétaires intégrés dans le périmètre de l'opération contre leur gré, à moins que ceux-ci aient fait valoir leur droit de délaissement. Cette question de sémantique n'a certes qu'une portée symbolique, mais permettrait de mettre fin au climat de confusion qui tourne autour de la question du remembrement réalisé par des AFU, qui revêtent finalement deux régimes juridiques très différents. Une telle modification ne concernerait dès lors pas que le Code de l'urbanisme mais impliquerait sans doute une modification de l'ordonnance n° 2004-632 du 1^{er} juillet 2004 relative aux associations syndicales de propriétaires. Il va sans dire qu'il nous paraît essentiel que les établissements fonciers urbains puissent bénéficier des avantages offerts par la loi ALUR à l'AFU de projet, laquelle devra alors être supprimée du Code de l'urbanisme.

Une harmonisation des mécanismes d'appréciation globalisée des règles d'urbanisme et de la gestion de la densité pour toute opération de remembrement public, qu'elle soit réalisée par une ZAC ou bien par un EFU, est aussi à prévoir. Il ne s'agit pas là de réintroduire une réglementation spéciale pour le périmètre de l'opération, la suppression du PAZ par la loi SRU a constitué une avancée sur laquelle il ne faudrait pas revenir. Mais les possibilités existantes aujourd'hui pour l'aménageur en ZAC de reporter la densité et de fixer des prescriptions spéciales pourraient être étendues aux EFU autorisés ou constitués d'office. Toutefois, le mécanisme de report de la densité devrait pouvoir être mutualisé à l'échelle de l'opération et non seulement à celle de l'îlot, conception non-juridique qui paraît limiter excessivement son intérêt. De même, la surface de plancher globale ainsi que, le cas échéant, les prescriptions d'urbanisme, devraient être fixées en amont par un cahier des charges général, approuvé par l'autorité administrative qui crée la ZAC ou l'EFU. Une autre dénomination de ce document pourrait d'ailleurs être envisagée pour éviter toute confusion possible avec le cahier des charges du lotissement.

Pour les terrains que l'EFU commercialise, dès lors qu'elle dispose d'une maîtrise foncière partielle, un cahier des charges de cession serait joint à l'acte de vente et constituerait naturellement une pièce obligatoire de la demande de permis de construire, comme c'est déjà le cas en ZAC. Mais un tel cahier des charges de cession devra également être joint à la redistribution des terrains remembrés par l'EFU à ses membres, et constituera une pièce du permis de construire s'ils souhaitent eux-mêmes construire leurs nouveaux terrains. Si les propriétaires des parcelles remembrées souhaitent les céder, cette pièce constituera un élément de la vente. Dans tous les cas, les éléments fixés dans le cahier des charges de cession seront applicables le temps de la durée de vie de l'opération, comme c'est le cas aujourd'hui uniquement en ZAC. Il

conviendrait par ailleurs d'aligner le régime des prescriptions d'urbanisme édictées dans le cadre des EFU sur celles des ZAC, pour leur conférer un délai de validité.

Les lotissements et les opérations d'aménagement réalisées aujourd'hui selon la procédure de ZAC ou d'AFU sont des opérations d'aménagement qui présentent chacune d'entre elles un régime juridique particulier. Bien que le lotissement ait été transféré, à l'occasion de la réforme de 2007, au Livre IV du Code de l'urbanisme relatif aux autorisations d'urbanisme, il s'agit toujours également d'un mode opérationnel à part entière, le lotisseur restant une catégorie particulière d'aménageur.

S'agissant des opérations d'aménagement ou de simple division effectuées par les constructeurs, et non par les aménageurs, un certain nombre de propositions peuvent également être émises. Du strict point de vue du formalisme des textes, il serait utile de conférer un véritable statut juridique à la division primaire, plutôt que de ne l'évoquer aujourd'hui seulement comme une alternative au lotissement. De manière générale, il n'est jamais souhaitable de définir négativement une notion juridique, parce qu'elle n'est pas, et il peut être recommandé de lui consacrer des dispositions qui lui soient propres, comme c'est le cas du PCVD, et qui apporterait des précisions sur la délimitation du terrain d'assiette de l'opération. Nous sommes pour notre part d'avis qu'en l'état actuel des textes, et en vertu du principe de non-fractionnement d'une unité foncière, la demande de permis de construire dans le cadre d'une opération de division primaire doit porter sur l'intégralité du terrain d'origine. Pour autant, une telle prise de position ne doit pas avoir pour effet de régénérer instantanément des droits à bâtir déjà consommés en faveur du résidu, notion que nous avons définie de manière à la distinguer de celle du reliquat, laquelle lorsque la division est devenue effective. Or, toute possibilité de contrôler dans le temps la densité résiduelle de terrains issus d'opérations de division a été définitivement supprimée.

Comment pourrait-on dès lors s'assurer qu'un propriétaire ne cède pas artificiellement les droits à bâtir attachés à son résidu ? Une solution serait de s'inspirer du lotissement en fixant, au stade de la demande de permis, une surface de plancher maximale attachée au terrain d'assiette d'origine, et de préciser quelle en serait la répartition entre les deux futurs terrains. Cette surface de plancher constructible serait alors inscrite dans un certificat ou un cahier des charges revêtant une nature réglementaire, et qui devrait être obligatoirement jointe à toute demande de permis de construire portant sur le résidu dans un délai par exemple de dix ans. Si le premier permis de construire faisant l'objet de la division primaire consomme par exemple l'intégralité des droits à bâtir, le résidu sera alors non-constructible pendant une période de dix ans, ce qui aura pour effet de limiter considérablement les velléités de propriétaires de grands terrains d'opérer des détachements successifs par voie de division primaire, et de céder à chaque fois les mêmes droits à bâtir. La solution du report de constructibilité contrôlé dans le temps pour les opérations de division primaire est préférable à celle de l'application stricte des règles d'urbanisme sur le périmètre de la parcelle à détacher, qui effectivement serait plus simple et plus sécurisante, mais viendrait à rebours de la flexibilité vers laquelle cherche à tendre le législateur, et serait surtout contraire au principe de non-fractionnement du terrain d'assiette d'une opération soumise à permis de construire.

Plus globalement, un rapprochement serait sans doute à opérer entre la division primaire et le permis de construire valant division. Si l'on y réfléchit bien, la division primaire est techniquement, et non juridiquement, un permis de construire qui vaut

division. Il pourrait être en effet envisagé de fusionner les régimes de division primaire et de PCVD, en consacrant le principe de non-fractionnement du terrain d'assiette d'origine. Dans un régime unifié, il demeurerait toutefois les deux possibilités suivantes :

- soit le propriétaire de cette unité foncière est le titulaire du PCVD et donc la personne en charge de la réalisation des opérations, libre à lui de conserver ou non une partie du terrain, le résidu, qu'il soit préalablement bâti ou non ;
- soit le propriétaire autorise un opérateur à déposer une demande de PCVD sur l'intégralité de l'unité foncière, étant convenu que ce propriétaire pourra conserver pour lui une partie du terrain, le résidu, préalablement bâti ou non.

L'appréciation globalisée des règles d'urbanisme serait dans tous les cas possible si le PLU ne l'interdit pas, et un plan de division serait également toujours établi, intégrant nécessairement le résidu bâti ou non, avec la mention expresse que ce dernier n'est pas concerné par l'opération de construction objet du permis. Il conviendrait alors que ce même document détermine les possibilités de construire attachées au résidu, impliquant le fait que soit reconnue sa portée réglementaire, limitée par exemple à une durée de validité de dix ans. En aucun cas, le résidu déjà bâti ou non ne pourrait être exclu du terrain d'assiette du PCVD, cette faculté ne devant être admise que pour le permis d'aménager. Il serait en revanche impératif que le résidu non-bâti soit directement constructible, ou bien du moins qu'il le soit à l'achèvement des travaux d'aménagement réalisés dans le cadre du PCVD car l'idée qu'une autorisation d'urbanisme puisse créer des terrains non-constructibles doit être absolument écartée.

Il faut toutefois insister sur la nécessité, comme nous l'avons soutenue, de réduire le champ d'application du PCVD au terrain d'assiette comprenant une seule unité foncière ou tout au plus à plusieurs unités foncières contiguës appartenant au même propriétaire. Dès lors que le terrain d'assiette est constitué de plusieurs unités foncières contiguës appartenant à différents propriétaires, il nous semble que le PCVD n'est plus à même d'apporter à ses cotitulaires des garanties suffisantes quant à la protection de leur droit de propriété individuel, à l'instar d'une opération de colotissement. Et il est périlleux de s'en remettre à la liberté contractuelle pour espérer des propriétaires que certains d'entre eux ne soient pas lésés, quand bien même tous ces cotitulaires sont des professionnels aguerris.

C'est pourquoi il pourrait être envisagé, pour ce type d'opération, la création du permis de construire valant remembrement (PCVR), dont la demande déposée par une AFU libre constituée à cet effet apporterait à chacun les garanties d'une équitable répartition des profits par rapport aux mises de départ, en particulier compte tenu des constructions réalisées dont la densité peut résulter d'un report des droits à bâtir. Le PCVR pourrait de surcroît présenter l'intérêt d'éviter des situations très délicates de co-maîtrise d'ouvrage pour la construction de bâtiments distincts pour le compte de propriétaires distincts. Créer une solidarité là où s'expriment potentiellement des intérêts divergents peut être source de conflit. C'est pourquoi confier à l'AFU libre la maîtrise d'ouvrage des opérations de construction en plus de celles de remembrement pourrait être une option intéressante, ce qui ne veut pas dire pour autant que des transferts partiels ne peuvent pas s'opérer. Sauf qu'un transfert partiel reviendrait à distraire le terrain considéré de l'AFU. Sur la question du traitement des résidus bâtis ou non-bâtis, il faudra éventuellement poser le principe de base qu'il ne pourra pas y en avoir davantage (c'est-à-dire de parcelles incluses dans l'opération de remembrement mais non-concernées par le projet de construction) qu'il n'y a d'unités

foncières d'origine. Et dans le cas où les résidus sont non-bâties, ceux-ci devraient être constructibles soit directement, soit aux termes de travaux d'aménagement qu'implique l'opération.

Pour revenir brièvement sur les autres recommandations que nous avons pu formulées au sujet du PCVD, et qui pourraient être élargies au PCVR, nous proposons qu'un certain nombre de principes soient affirmés clairement. D'abord, il doit être affirmé que le projet de construction doit concerner l'ensemble des parcelles divisées, à l'exclusion seulement du ou des résidus bâtis ou constructibles. Ensuite, le régime de la copropriété au sens de la loi n° 65-557 du 10 juillet 1965 ne doit pouvoir être applicable que si la division s'opère en jouissance. Il est vrai qu'un ensemble immobilier résultant d'une division en propriété opérée au moyen d'un PCVD peut recevoir application du régime de la copropriété pour ce qui concerne uniquement la gestion des parties communes, mais une telle solution n'est absolument pas recommandée.

En outre, l'exclusion de la construction de maisons individuelles du régime de transfert partiel de l'autorisation doit être affinée par les textes, de manière à ne pas s'appliquer dès lors que l'acquéreur obtient toutes les garanties nécessaires à sa protection. Comme soutenu précédemment, il ne faut pas nécessairement voir dans ce type de pratiques des velléités frauduleuses de contournement de la procédure de lotissement. Par conséquent, plutôt que d'interdire ce type de pratique, il faudrait plutôt l'encadrer, en l'assortissant de garanties obligatoires si l'acquéreur n'est pas un professionnel, notamment quant au bornage ou à l'achèvement des voies et espaces communs. Il faut être clair également sur la distinction à effectuer entre la notion de « transfert partiel » et celle de « scission » du PCVD. La « réponse Vauzelle » parle de scission quand il s'agit en fait d'un transfert partiel. La scission peut se définir au contraire comme le procédé par lequel chaque co-titulaire du permis s'attribue la maîtrise d'ouvrage individuelle et exclusive de la partie du projet qui l'intéresse, et ne devrait à notre avis pas susciter les mêmes craintes ou réserves qu'un transfert partiel. Bien entendu, si l'idée du permis de construire valant remembrement était retenue, le titulaire ne pourrait être que l'AFU libre, et le PCVD ne pourrait faire l'objet *a contrario* que de transferts partiels.

L'autopromotion est un mode de construction encouragé par les pouvoirs publics pour produire du logement qualitatif à bas coût. La loi ALUR a d'ailleurs édicté des dispositions en ce sens. Si l'on prend le cas d'un groupe de propriétaires voisins souhaitant procéder à la construction de maisons individuelles dans le cadre d'une seule et même opération afin de mutualiser les coûts et les risques, le PCVR serait alors une solution intéressante. Une fois le permis groupé obtenu par l'AFU libre, chacun de ses membres pourrait construire sa propre maison par l'effet d'une scission du permis impliquant une division du sol. En l'état actuel des textes, cela n'est pas prévu, mais n'est pas non plus interdit. On ne serait pas dans le champ du transfert partiel, et la question des garanties ne se poserait pas. Il pourrait donc être recommandé que les textes reconnaissent et organisent ce type de montage.

Le transfert partiel pourrait également constituer, en l'état actuel du droit, une possibilité intéressante pour des opérateurs souhaitant bâtir un ensemble immobilier divisé en volumes. Toutefois, la jurisprudence et une large partie de la doctrine semblent être assez réticentes à l'idée d'une généralisation de la pratique du transfert partiel permettant de scinder le permis unique initial de manière à ce que chaque volumier réalise les travaux de la construction qui le concerne. La solution du permis

de construire complexe, ou « permis de construire valant division en volumes » comme nous l'avons suggéré, serait bien sûr une solution plus intéressante mais nécessiterait toute une série de réformes à la fois du Code de l'urbanisme mais également certainement du Code civil et des textes relatifs aux formalités foncières. Ce permis induirait la reconnaissance officielle du volume en tant qu'unité foncière, et devrait intégrer une dimension verticale mais également une dimension temporelle, en ouvrant la voie à des délais de validité différés. De manière encore plus ambitieuse, nous avons envisagé la possibilité d'un permis d'aménager volumétrique pour pouvoir détacher de nouveaux volumes, lorsque la construction du volume correspondant à l'élément fédérateur de l'ensemble a été achevée. Là encore, une telle possibilité nécessiterait une réforme profonde des textes.

De telles solutions pourraient rencontrer l'opposition des praticiens attachés à l'idée d'une liberté d'action inhérente à la réalisation d'ensembles volumétriques. Mais si cette liberté d'action a pu fonctionner jusqu'à présent sans trop de difficultés, on ne peut valablement s'en réjouir en déduisant que le contrat protège les volumiers, sans ouvrir le débat de la prise en compte de la volumétrie dans le droit de l'urbanisme. L'arrêt « ville de Grenoble » a constitué une grande avancée en ce que la jurisprudence a pour la première fois reconnu l'assiette volumétrique (même s'il n'est jamais fait explicitement référence au terme de volume). Mais la solution retenue par le Conseil d'Etat risque bien de virer à l'aventure jurisprudentielle sans lendemain si les textes relatifs à l'application du droit des sols n'évoluent pas rapidement. Car en l'état, les conditions posées sont telles que l'on n'est pas prêt de voir la pratique de l'assiette volumétrique se développer. Pourtant, la volumétrie est un mode opératoire d'avenir dans la mesure où la ville est amenée à se densifier et que la copropriété ne peut pas être une solution adaptée aux ensembles immobiliers complexes.

Refuser de généraliser la pratique du transfert partiel, voire même de réformer le permis de construire ou d'aménager en l'adaptant à la volumétrie, c'est dénier au propriétaire d'un volume un attribut majeur du droit de propriété qu'est celui de construire, et donc de déposer en cette qualité de propriétaire une demande de permis de construire. L'application du droit des sols crée donc aujourd'hui une inégalité de traitement entre les propriétaires de terrains au sens cadastral du terme, et ceux de volumes, alors que la propriété d'un volume est au regard du droit des biens un droit réel découlant du droit de superficie, devant bénéficier des mêmes attributs que la propriété du sol. Cela dit, le droit foncier ne peut être exempt de tout reproche et doit également évoluer vers une égalité formelle de droit entre la propriété d'une fraction du sol et celle du volume.

Partie III – La privatisation de la densité constructible

(134.) Pour tenter de définir la nature juridique du droit de construire, nous sommes partis du postulat qu'il s'agissait, dans le principe, d'un attribut du droit de propriété bien qu'il revenait à la puissance publique d'en définir l'étendue. C'est alors l'administration qui, par la fixation unilatérale d'un ensemble de règles, détermine la densité constructible des terrains. Nous avons relevé que le droit de l'urbanisme ne s'attachait pas à la notion de propriété ou de fonds, mais à celle d'unité foncière, laquelle diffère du périmètre sur lequel sont instruites les demandes d'autorisation d'urbanisme que l'on appelle le terrain d'assiette. Or, les règles d'urbanisme s'appliquent sur un terrain d'assiette qui peut être soit celui d'une construction, soit celui d'une opération d'aménagement sur le périmètre duquel il est prévu l'implantation d'un certain nombre de constructions. Pourtant, force est de constater que dans la limite maximale des droits à bâtir autorisés par l'administration, les propriétaires peuvent prendre des engagements contractuels qui ont pour effet de limiter ou de majorer la constructibilité globale sur l'ensemble d'un périmètre, ou de moduler cette constructibilité en se cédant des droits à bâtir, sans que la puissance publique ne puisse forcément s'y opposer.

La capacité de prendre des engagements contractuels sur la constructibilité de son terrain serait alors lui aussi un prolongement des droits attachés à la propriété foncière, ce qui alimente encore davantage la thèse du droit de construire en tant qu'attribut du droit de propriété. Toute la problématique est de déterminer avec précision la nature juridique de ces engagements, entre l'obligation personnelle et réelle. Les propriétaires peuvent valablement fixer, dans des documents de nature contractuelle, des plafonds de constructibilité inférieurs à ceux autorisés par les documents d'urbanisme. Il peut en être ainsi du règlement de copropriété lorsqu'un ensemble immobilier est soumis au régime de la copropriété dite horizontale ou du cahier des charges de lotissement ou de ZAC, dont les régimes respectifs sont distinctement organisés par le Code de l'urbanisme. Certains documents de nature réglementaire peuvent également, lorsqu'ils sont devenus caducs, se muter en pièce purement contractuelle. Il arrive également que des montages opérationnels tels que ceux réalisés dans le cadre d'un permis de construire valant division ou bien d'un remembrement réalisé par une AFU soient pourvus d'un cahier des charges qui liera les propriétaires entre eux même si cette possibilité n'est pas expressément prévue par les textes. Nous étudierons dans un premier chapitre l'hypothèse selon laquelle les engagements pris aux termes de ces documents contractuels tirent leur fondement de la notion de servitudes en général et de celles du fait de l'homme en particulier, en ce qu'elles ont pour objet ou pour effet de limiter l'exercice du droit de propriété.

Mais les propriétaires peuvent également céder tout ou partie des droits à bâtir attachés à leurs terrains en faveur d'une autre propriété foncière. Cette cession est soit organisée par les textes directement, avec le mécanisme de transfert de constructibilité, soit de manière informelle avec la possibilité d'adjoindre plusieurs unités foncières contiguës appartenant à des propriétaires différents dans le but de majorer la constructibilité d'une seule d'entre elles, pratique que nous avons désignée dans la partie précédente d'« assemblage d'opportunité ». Les accords passés en vue de céder des droits à bâtir feront l'objet d'un chapitre second.

Chapitre 1 – Les contrats susceptibles de limiter le droit de construire

(135.) Nous l'avons évoqué en introduction de la présente thèse, le droit romain prévoyait déjà la possibilité de restreindre l'exercice du droit de propriété d'un fonds au profit d'un autre fonds, en vertu de servitudes dites « prédiales ». Ces servitudes sont devenues sous l'ère médiévale des « services féodaux », puis le Code civil les a définies en son article 637 comme une « *charge imposée sur un héritage pour l'usage et l'utilité d'un héritage appartenant à un autre propriétaire* ». Il les a également classées, en son article 639, en trois catégories. Il y a celles dérivant « *de la situation naturelle des lieux, ou des obligations imposées par la loi, ou des conventions entre les propriétaires* ». C'est ce dernier type de servitude, de nature contractuelle, dite également du « fait de l'homme » qui va particulièrement nous intéresser dans la mesure où elle repose, contrairement aux autres, sur la liberté des propriétaires de contracter des obligations ayant pour effet de restreindre l'exercice du droit de propriété du fonds servant. L'article 686 du code civil dispose en la matière que :

« Il est permis aux propriétaires d'établir sur leurs propriétés, ou en faveur de leurs propriétés, telles servitudes que bon leur semble, pourvu néanmoins que les services établis ne soient imposés ni à la personne, ni en faveur de la personne, mais seulement à un fonds et pour un fonds, et pourvu que ces services n'aient d'ailleurs rien de contraire à l'ordre public. »

Au regard du caractère permissif de cette disposition, des auteurs ont pu qualifier d'ouverte la catégorie des servitudes du fait de l'homme²⁹⁹. La loi renvoie implicitement au caractère réel des engagements pris. Il ne s'agit pas d'asservir une personne, mais le fonds du propriétaire contractant. Conformément aux règles gouvernant tout contrat, ces servitudes contractuelles ne doivent pas être contraires à l'ordre public. Il ne faut pas considérer que toutes les servitudes du fait de l'homme reposent sur une manifeste volonté des parties. Ces servitudes peuvent certes être créées par un titre mentionnant les engagements contractuels à prendre vis-à-vis d'autres fonds, mais elles peuvent également être acquises par le jeu de la prescription ou encore par « *destination du père de famille* ». Bien sûr, toutes les servitudes du fait de l'homme n'ont pas pour objet, ni pour effet, de réduire la constructibilité du fonds servant. Un certain nombre de celles pouvant être établies portent sur l'entretien de la végétation (essartage ou débroussaillage) ou encore pour proscrire l'affectation d'un fonds servant à un usage déterminé. Le besoin d'intimité peut également motiver la conclusion de servitudes conventionnelles dites de jour ou de vue. Mais celles-ci n'ont pas pour effet non plus de restreindre la densité constructible du fonds servant.

Dans les faits, il ressort que la principale préoccupation pouvant pousser des propriétaires à conclure des servitudes conventionnelles sont de l'ordre de la préservation de la qualité du cadre de vie. Il s'agit généralement de maîtriser la hauteur des constructions sur les terrains alentours, soit pour continuer à bénéficier d'une vue dégagée sur un paysage, soit pour se protéger de la vue que pourraient avoir sur son propre terrain les occupants d'étages potentiellement élevés, ou tout simplement pour des raisons d'éclairage et d'ensoleillement. Il peut aussi y avoir l'idée qu'une densification attirera une population socialement différente de celle déjà présente, mais également davantage de trafic automobile, de nuisances, etc. A cette

²⁹⁹ François Terré et Philippe Simler, *Les biens*, Paris : Dalloz, 7e éd. 2006, n° 880, p. 759

fin, des servitudes de hauteur, dites *non altius tollendi*, d'emprise au sol, ou bien encore d'interdiction de subdiviser peuvent être conclues.

Nous avons évoqué précédemment une catégorie particulière de servitudes, unique dans son genre du fait de son caractère hybride, à la fois administratif et civil : la servitude de cours communes. Son caractère civil pourrait l'assimiler à une servitude conventionnelle dans la mesure où il s'agit de permettre à deux propriétaires voisins de s'entendre sur une distance d'implantation de leurs bâtiments qui soit différente de celle prévue par les règles d'urbanisme. La servitude de cours communes participe ainsi de la même philosophie que la servitude *non altius tollendi*, à ceci près qu'elle permet de véritablement déroger aux règles d'urbanisme, et non seulement de limiter leur application.

Lorsqu'elles ont pour effet pour réduire la constructibilité, les servitudes conventionnelles ne sont toutefois que rarement le résultat d'un accord entre deux voisins, aux termes duquel l'un accepte de renoncer à une partie des droits attachés à sa propriété pour ne pas dévaloriser la propriété de l'autre. Le renoncement au droit de construire supposerait alors, en cas d'acceptation de principe, une transaction financière dont le montant n'est pas toujours à la portée de celui qui voudrait être le bénéficiaire de cette servitude. Généralement, lorsque de telles servitudes existent, c'est que les terrains qui en sont grevés ont une origine commune. C'est-à-dire qu'une opération de division entre ces parcelles s'est opérée à un certain moment dans le passé, ayant donné lieu à l'établissement de servitudes par adhésion de l'acquéreur du terrain détaché.

A cet égard, le Code civil prévoit expressément la servitude évoquée ci-dessus établie par « destination du père de famille », celle-ci valant titre à l'égard des servitudes continues et apparentes lorsque, aux termes de l'article 693 du Code civil, « *il est prouvé que les deux fonds actuellement divisés ont appartenu au même propriétaire, et que c'est par lui que les choses ont été mises dans l'état duquel résulte la servitude.* ». Cette disposition, dont la rédaction remonte aux origines du code civil en 1804, confère un véritable avantage au propriétaire diviseur, une sorte de prime à l'ancienneté, en qualifiant de servitude les choses qu'il a lui-même mises en l'état. Il s'agit là sans doute du fondement historique du développement, à partir semble-t-il de la seconde moitié du XIX^{ème} siècle, de la pratique de joindre aux actes de vente des terrains issus d'une division foncière un document de nature contractuelle édicté par le vendeur, que l'on appellera ainsi le cahier des charges du lotissement, cette notion renvoyant à l'époque à une simple opération foncière de division du sol. Toutefois, on peut se demander si les clauses de cahier des charges de lotissement, à l'instar de tout document de portée similaire concernant d'autres opérations de division non-constitutives de lotissement, peuvent être qualifiées de servitudes. Nous évoquerons ces questions dans le cadre d'une première section.

Dans une seconde section, nous nous pencherons sur le cas particulier de la gestion des droits à bâtir résiduels dans les copropriétés horizontales, non pas sur la question de l'assiette foncière des demandes de permis que nous avons pu traiter dans la partie précédente, mais sur la nature des clauses limitant les possibilités de densification. En dépit de certaines prises de positions jurisprudentielles contraires portant sur des cas particuliers, les clauses du règlement de copropriété ne peuvent être assimilées à des servitudes. Nous évoquerons également la question de savoir dans quelle mesure il peut être refusé par l'assemblée d'accorder à un copropriétaire la possibilité d'entreprendre des travaux d'extension de la partie privative de son lot.

Section 1 – Le cahier des charges

(136.) Nous avons pu souligner que les propriétaires souhaitant limiter les droits à bâtir attachés aux terrains de leurs voisins sont libres de conclure ensemble des conventions par lesquelles ils établissent des servitudes grevant les terrains de ces derniers. Mais de telles servitudes sont rares du fait qu'il est peu aisé d'obtenir le consentement du propriétaire du fonds qu'il s'agit d'assujettir, sauf versement d'une indemnité conséquente. Ainsi, il semblerait que la plupart des limitations civiles du droit de construire résultent en fait de l'adhésion des acquéreurs de parcelles détachées aux conditions fixées par le vendeur, c'est-à-dire celui qui a divisé le terrain d'origine. Ces conditions sont insérées dans ce que l'on appelle un cahier des charges, joint à l'acte de vente du premier terrain détaché, et sont reproduites à l'identique lorsqu'intervient la vente du second terrain détaché, et ainsi de suite.

Peut-on dès lors considérer que les clauses d'un cahier des charges, auxquelles les acquéreurs adhèrent, constituent juridiquement des servitudes prédiales ? C'est ce que semble penser un certain nombre d'auteurs au premier rang desquels l'éminent Professeur Bergel, dont l'intitulé de la thèse ne laisse aucune équivoque : « *Les servitudes de lotissement à usage d'habitation* »³⁰⁰. Il faut dire que la Cour de cassation a pu assimiler depuis les années 1930 les clauses de cahiers des charges à des servitudes, de sorte que l'ensemble de la doctrine est acquise à cette thèse, comme nous le rappelle encore un article récent de Rozen Noguellou, qui se demande toutefois si les servitudes de lotissement sont amenées à disparaître³⁰¹.

Pourtant, il y a à notre avis matière à débat. Le cahier des charges est certes bien un document de nature contractuelle, mais dont le contenu est opposable, par adhésion, à une communauté de propriétaires, dont les terrains sont à la fois fonds dominants et fonds servants les uns des autres. De même, pour ce qui concerne le lotissement en particulier, le cahier des charges est réglementé. Il ne peut être par exemple modifié selon les formes prévues en matière de servitudes conventionnelles, mais selon des dispositions impératives du Code de l'urbanisme. Pour tenter de rouvrir le débat, il convient d'analyser d'abord la nature juridique du cahier des charges, puis les caractéristiques propres aux différents types de cahier des charges dont le régime est encadré par les dispositions législatives du Code de l'urbanisme ou précisé par la jurisprudence.

Paragraphe préliminaire. - L'historique du cahier des charges

(137.) Contrairement à la servitude, la notion de cahier des charges proprement dite ne trouve pas son origine dans le Code civil, mais dans la loi du 19 juillet 1924, dite seconde loi Cornudet, soit l'un des textes fondateurs du droit de l'urbanisme, et plus particulièrement dans les dispositions relatives au lotissement. En réalité, c'est la première fois que les termes de « cahier des charges » sont mentionnés dans un texte relatif à l'urbanisme, mais la pratique d'y recourir dans le cadre d'une opération de

³⁰⁰ *Op. cit.* Jean-Louis Bergel, *Les servitudes de lotissement à usage d'habitation*, Thèse, Aix-en-Provence, LGDJ, 1973

³⁰¹ Rozen Noguellou, « *Les servitudes de lotissement vont-elles vraiment disparaître ?* » - RDI 2015, p. 234

lotissement est bien plus ancienne³⁰². Il est important de revenir ici brièvement sur les origines du lotissement pour mieux comprendre de quoi il s'agit. Historiquement, le lotissement était une opération exclusivement foncière qui puisait son fondement dans les dispositions de l'article 544 du Code civil, le droit de diviser étant un attribut du droit de propriété. On parle aujourd'hui rétroactivement de lotissement bien que la notion n'était pas à l'époque définie juridiquement. Autrement dit, constituait autrefois un lotissement toute division foncière. Les articles 637 et 1134 du Code civil constituaient alors le cadre juridique de l'organisation de l'ensemble ainsi divisé. Si le cahier des charges d'un ensemble immobilier résultant d'une opération de division foncière n'a jamais été évoqué dans le Code civil, les dispositions relatives à la servitude et au contrat en ont toutefois constitué le fondement juridique.

Jusqu'en 1924, les règles du lotissement étaient donc exclusivement des stipulations contractuelles figurant dans un document unique, le cahier des charges. Celui-ci pouvait contenir d'une part des clauses relatives à la vente des lots, et d'autre part des clauses relatives à la mise en place de charges et obligations réelles réciproques, dont l'objet était de régir la vie collective au sein du périmètre du lotissement. Il convient toutefois de replacer ces éléments dans leur contexte. A cette époque, les territoires n'étaient pas couverts, comme c'est le cas aujourd'hui, par des documents d'urbanisme comprenant un règlement opposable à toute demande de permis de construire – le contrôle par l'administration des projets de construction était au demeurant balbutiant. La loi du 19 juillet 1924 a donc évoqué pour la première fois la notion de cahier des charges dans un texte de nature législative, mais l'a en plus soumis à approbation administrative, devenant ainsi un acte administratif unilatéral, en plus d'être un document de nature contractuelle. C'est ainsi que le cahier des charges devint une pièce de nature hybride, opposable tant aux colotis entre eux que dans leurs relations avec l'administration. Une loi du 15 juin 1943 relative au lotissement est revenue sur le précédent texte en réduisant le champ de l'autorisation administrative aux seules divisions opérées en vue de bâtir. Le texte confère donc, pour la première fois, une définition légale au lotissement, mais n'apporte aucune modification aux dispositions relatives au cahier des charges. Or, le caractère hybride du cahier des charges va commencer, avec le développement de l'urbanisme réglementaire, à créer des confusions entre ce qui relève d'une part des stipulations contractuelles, dont les effets sont relatifs, et d'autre part des règles d'urbanisme. De même, le contentieux des lotissements a commencé à se partager entre les deux ordres de juridiction, le juge civil restant naturellement compétent pour ce qui relève du contentieux contractuel, et le juge administratif s'étant vu investi du contrôle de la légalité du cahier des charges en tant qu'acte réglementaire.

Une refonte du cadre juridique du lotissement est alors portée par un décret du 31 décembre 1958, aux termes duquel celui-ci est désormais conçu non plus comme une simple opération de division foncière soumise à un contrôle de la puissance publique, mais comme une véritable opération d'urbanisme. Le nouveau texte prévoit notamment que l'arrêté, pris par le préfet après avis du maire, fixe les règles et servitudes d'intérêt général instituées dans le lotissement. C'est la naissance formelle du règlement du lotissement, que nous avons largement évoqué dans la deuxième partie, et sur lequel nous n'allons pas nous attarder ici.

³⁰² V. à ce sujet : Philippe Benoit-Cattin, *Lotissements – Règlement et cahier des charges*, JCP Construction - Urbanisme, Fasc. 32-14, 2008, comm. 4 et s.

Pour ce qui concerne le cahier des charges, celui-ci redevient le document purement contractuel qu'il était jusqu'en 1924. Le nouveau texte prévoit néanmoins que l'administration peut, à l'occasion, imposer « *la suppression ou la modification des clauses des cahiers des charges qui seraient contraires au caractère du règlement* ». Il dispose également que les cahiers des charges de lotissement créés antérieurement à l'approbation d'un plan d'urbanisme peuvent, en vue de permettre d'édifier des constructions conformes à ce plan, être modifiés par arrêté du préfet pris après enquête publique et avis de la commission départementale d'urbanisme et du conseil municipal. La frontière tracée entre règlement et cahier des charges n'était donc pas parfaite. L'interférence de l'administration dans un document de droit privé pour procéder à sa suppression, à sa modification ou bien à sa mise en conformité avec un plan d'urbanisme intervenu postérieurement constitue en effet une atteinte tant à la loi des parties qu'au droit de propriété si l'on considère que les clauses du cahier des charges revêtent un caractère de servitudes. Or, il ressort que les lotissements autorisés sous l'empire du décret de 1958 ont maintenu la pratique des cahiers des charges approuvés qui avait cours antérieurement. Dans la pratique, les lotisseurs ont en effet continué de soumettre un document unique de lotissement à l'approbation de l'administration qui en réalité, consistait en un règlement contenant des règles d'urbanisme, mais également en un cahier des charges contenant des clauses relatives à la gestion du lotissement et aux rapports entre les colotis. Il a même pu arriver que ce document porte l'intitulé de « règlement et cahier des charges ».

La loi d'orientation foncière du 30 décembre 1967 vient de nouveau réformer le régime du lotissement. Des règles de double majorité sont instituées pour que le préfet puisse prononcer, soit à la demande des colotis, soit de sa propre initiative, la modification des documents du lotissement, amalgamant là encore règlement et cahier des charges. Ces derniers s'appellent désormais « cahier des charges approuvé » contrairement à la lettre du décret de 1958 sur lequel il s'appuyait pourtant.

C'est alors que le décret n° 77-860 du 26 juillet 1977, pris pour l'application de la loi du 31 décembre 1976, vint finalement séparer formellement et matériellement les relations entre les colotis, qui s'expriment dans le cahier des charges, des règles d'urbanisme en complément de celles en vigueur, qui s'expriment dans le règlement. Le nouveau dispositif ajoute que le cahier des charges cesse d'être approuvé par l'administration à compter du 1^{er} janvier 1978. Seules sont désormais opposables à une demande de permis de construire les règles d'urbanisme définies dans le plan d'occupation des sols et dans le règlement, la violation des clauses du cahier des charges relevant désormais exclusivement des juridictions civiles.

Les textes issus du décret du 26 juillet 1977, clarifiant la différence entre le règlement et le cahier des charges, sont demeurés en vigueur jusqu'au 1^{er} octobre 2007. L'ancien article R. 315-9 du Code de l'urbanisme disposait ainsi que le cahier des charges était un document contractuel non soumis à l'approbation de l'autorité compétente tandis que l'ancien article R. 315-5 disposait que le règlement avait pour objet d'apporter des compléments aux règles d'urbanisme en vigueur. Quant aux dispositions issues de la loi d'orientation foncière du 30 décembre 1967, aux termes desquelles la modification de tout ou partie « *des documents du lotissement et, notamment, du cahier des charges* » est prononcée par l'autorité compétente sur demande ou après accord d'une majorité qualifiée des colotis, l'ordonnance du 8 décembre 2005 s'est juste contenté d'ajouter expressément que le règlement figurait parmi les documents du lotissement, ce qui ne faisait jusque-là l'objet d'aucune contestation.

Alors même que le décret de 1977 avait mis fin à la possibilité d'approuver le cahier des charges, l'administration pouvait toujours s'ingérer dans ce qui était pourtant devenu un document purement contractuel. En dépit de la clarification opérée, la pratique sembla continuer à maintenir une certaine confusion entre les deux documents. Ainsi qu'a pu le relever Philippe Benoît-Cattin :

« Si la réforme de 1977 a eu pour effet de mettre fin à ces errements, en imposant la distinction formelle entre le règlement et le cahier des charges, l'adéquation entre le contenant et le contenu à laquelle tendaient les décrets de 1958 et de 1977 a continué d'être méconnue. Personne ne doute que l'intention commune des auteurs de ces décrets était de réserver au règlement l'édition des normes d'urbanisme et au cahier des charges l'organisation de la vie collective au sein du lotissement. Pourtant, faute de sanction, bien des cahiers des charges ont persisté à contenir des clauses qui, par nature, s'analysent comme des normes d'urbanisme. Tel est le cas, par exemple des clauses relatives à la destination des lots, à l'implantation des constructions, à leur hauteur ou à leur aspect extérieur. »³⁰³

Cette précieuse analyse historique du maintien de la confusion entre règlement et cahier des charges met le doigt sur une question capitale que l'auteur traite de manière sous-jacente : quel type de prescription relève de la règle d'urbanisme ? Et *a contrario*, qu'est-ce qui n'en relève pas ? Ce sont des questions auxquelles la loi ALUR a tenté d'apporter des éléments de réponse. Au sein des cahiers des charges non-approuvés d'une part, le législateur a établi (ou reconnu) une différence entre les clauses de nature réglementaire et celles de nature non-réglementaire. D'autre part, on peut comprendre que parmi ces clauses de nature réglementaire, certaines consistent en des règles d'urbanisme, et d'autres non. Enfin, parmi les clauses de nature non-réglementaire, il apparaît, selon le législateur, que certaines peuvent avoir pour objet ou pour effet d'interdire ou de restreindre le droit de construire.

Le cahier des charges est indissociable du lotissement puisque l'histoire de l'un est intimement liée à celle de l'autre. Nous l'avons vu, le lotissement est pour la première fois mentionné dans les lois Cornudet de 1919 et 1924, puis défini par la loi de 1943. Le cahier des charges devient pour sa part une pièce du dossier de lotissement soumis à approbation à partir de 1924 et jusqu'en 1977. Mais même avant 1924, la plupart des lotissements étaient dans la pratique pourvus d'un cahier des charges. Par conséquent, jusqu'à la seconde moitié du XX^{ème} siècle, toutes les opérations de division foncière étaient constitutives de lotissement et tous les cahiers des charges portaient donc nécessairement sur des opérations de lotissement. A partir des années 1960, vont se développer les alternatives au lotissement, que nous avons pu d'ailleurs passer en revue dans la deuxième partie, telles que la ZAC, le remembrement réalisé par une AFU, le PCVD, etc. Se développera à la même époque la pratique de la division en volumes, qui n'a jamais été encadrée par des textes, et qui ne constitue certes pas précisément une alternative au lotissement. Toujours est-il qu'il est assez courant que les ensembles réalisés selon ces procédures soient pourvus également d'un cahier des charges.

Les cahiers des charges établis dans les ensembles immobiliers n'ayant pas pour origine une opération de lotissement vont toutefois se voir conférer la même nature juridique que ceux établis dans le cadre d'un lotissement pour ce qui concerne leur

³⁰³ *Idem*, comm. 10

dimension contractuelle et le caractère réel des droits et obligations qu'il contient. En revanche, une scission va s'opérer dans le Code de l'urbanisme, puisque le cahier des charges du lotissement va progressivement faire l'objet de dispositions lui étant propres, relatifs à ses règles de péremption, de modification et de mise en concordance aujourd'hui codifiées aux articles L. 442-9, L. 442-10 et L. 442-11. Ces dispositions ne sont pas opposables aux autres cahiers des charges. Seul le cahier des charges de la ZAC fait également l'objet de dispositions qui lui sont propres. Ceux qui ont pu être édictés dans le cadre d'un remembrement réalisé par une AFU, d'un PCVD ou d'une division volumétrique ne sont donc aucunement encadrés par la loi.

Le cahier des charges de la ZAC, que nous avons d'ailleurs pu évoquer dans la deuxième partie, fait l'objet de dispositions insérées dans le Code de l'urbanisme, pour rappel à l'article L. 311-6. Mais les premières dispositions relatives à la ZAC, créée par la loi d'orientation foncière de 1967, tout comme l'AFU d'ailleurs, n'évoquaient aucunement le cahier des charges. La pratique de joindre aux actes de vente de terrains situés dans le périmètre d'une ZAC des conditions spéciales fixant une densité constructible et des prescriptions techniques et architecturales s'est néanmoins développée. Une dispositions réglementaire, l'ancien article R. 311-19 créée par le décret n° 86-517 du 14 mars 1986, a pour la première fois évoqué, indirectement, le « *cahier des charges de cession, de location ou de concession d'usage des terrains* » à l'intérieur d'une ZAC, en tant qu'alternative au certificat d'urbanisme de division de terrain bâti. L'ancien article R. 311-19 du Code de l'urbanisme avait aussi posé deux obligations pour le cahier des charges :

« - indiquer le nombre de mètres carrés de surface hors œuvre nette dont la construction est autorisée (...) et fixer les prescriptions techniques, urbanistiques et architecturales imposées aux constructeurs pendant la durée de la réalisation de la zone ;

- être approuvé (...). »

Le cahier des charges de cession de terrain allait donc devenir une pièce reconnue par les textes, tout en étant optionnel. L'approbation à laquelle il était désormais soumis allait en faire un document de nature mixte, à la fois réglementaire et contractuel, alors que le cahier des charges du lotissement ne l'était plus depuis 1978.

Avec la loi SRU en 2000, les textes relatifs au cahier des charges de cession de terrain en ZAC ont été élevés au grade de dispositions législatives. L'article L. 311-6 a ainsi repris le contenu de l'ancien article R. 311-19, en le complétant de dispositions relatives à la caducité. Mais le plus important sans doute dans cette évolution est que le cahier des charges est devenu obligatoire. La rédaction de l'article L. 311-6 allait tout de même susciter une nouvelle interrogation, en particulier s'agissant de la procédure d'approbation, faisant l'objet d'un deuxième alinéa, qui dispose que : « *Le cahier des charges est approuvé lors de chaque cession ou concession d'usage (...)* ». Auparavant, l'ancien article R. 311-19 laissait entendre qu'un seul cahier des charges était approuvé, alors que le nouveau texte parle certes toujours d'un seul cahier des charges, mais qui devrait être approuvé plusieurs fois. Est-ce que cela signifie pour autant qu'il y a autant de cahier des charges que de cessions ? On a pu s'interroger dans la deuxième partie sur la question de savoir si l'approbation du cahier des charges à l'occasion d'une cession ne constituait pas un acte administratif individuel, ou si chaque approbation est la déclinaison d'un document administratif à portée réglementaire. En tout état de cause, dès lors qu'il est joint à l'acte de vente, il revête également une nature contractuelle dans les conditions que nous étudierons ci-après.

C'est ainsi qu'aujourd'hui, nous avons des dispositions du Code de l'urbanisme relatives à la caducité et la modification du cahier des charges de lotissement, et d'autres relatives à celui de la ZAC dont la caducité intervient au moment de la suppression de l'opération. Aucune de ces dispositions n'est opposable par conséquent aux cahiers des charges couvrant des ensembles immobiliers résultant d'un remembrement, d'un PCVD ou bien d'une division volumétrique. Nous étudierons donc ci-après le cahier des charges principalement s'agissant du lotissement, puis dans une moindre mesure ceux relatifs aux autres opérations. Une vision transversale des différents types de cahiers des charges s'impose, en particulier lorsque ceux-ci ont pour objet de limiter la densité constructible.

§ 1 – La nature juridique du cahier des charges

(138.) Le cahier des charges peut être défini comme un document contractuel de droit privé limitant, dans un périmètre défini, l'exercice du droit de propriété de l'ensemble des propriétaires de terrains qui y sont inclus. Selon l'époque à laquelle ils furent édictés, certains d'entre eux ont pu constituer des documents de nature hybride, de droit privé pour ce qui concerne les relations entre les contractants, mais revêtant une portée réglementaire du fait de leur approbation par une autorité publique, si bien qu'une distinction fut établie entre ceux dits approuvés et ceux dits non-approuvés. Ainsi, tous les cahiers des charges de lotissement dont l'autorisation a été délivrée entre le 23 juillet 1924, date d'entrée en vigueur de la seconde loi *Cornudet*, et le 1^{er} janvier 1978, date d'entrée en vigueur du décret du 26 juillet 1977 ont en principe fait l'objet d'une approbation. Ils doivent alors être considérés comme des cahiers des charges approuvés. Cela dit, tous les cahiers des charges approuvés sont aujourd'hui nécessairement dépourvus de portée réglementaire de sorte qu'il n'y a en principe plus de différence avec ceux non-approuvés pour ce qui est de leur nature juridique, en dépit de la distinction formelle qu'entretient encore aujourd'hui le Code de l'urbanisme et qui contribue à nourrir une certaine confusion.

Pour les raisons indiquées dans le paragraphe préliminaire, le cahier des charges est souvent associé à la procédure de lotissement. Pourtant, il a pu être envisagé plus tard sur d'autres types d'opérations. Dans tous les cas, il s'agit d'un contrat d'un type tout à fait singulier en ce qu'il cumule deux rares caractéristiques : d'une part, il s'agit d'un acte juridique collectif et d'autre part, ses clauses présentent un caractère réel. Il pose alors, à ce titre, la question de la publicité foncière. Enfin, l'étude de sa nature juridique nous conduira à nous interroger sur la notion de servitude collective.

A – Un acte juridique collectif

(139.) Le cahier des charges est un document de nature nécessairement contractuelle qui a pour objet de définir, sur un périmètre donné, des charges et obligations entre des propriétaires fonciers. Ce document peut éventuellement, en vertu de dispositions législatives, revêtir un caractère réglementaire du fait de son approbation par l'administration. Ce caractère réglementaire n'a jamais pour effet de le dépourvoir de sa nature contractuelle. Un document de nature exclusivement réglementaire, opposable sur un périmètre donné, ne saurait en aucun cas être qualifié de cahier des charges. C'est donc toujours son caractère contractuel qui prédomine.

On pourrait alors se demander si, dans la mesure où des acquéreurs de terrains souscrivent des clauses fixées par le vendeur, le cahier de charges peut être défini comme un contrat d'adhésion, que des auteurs ont défini comme :

*« celui dont le contenu est préétabli et imposé par la partie la plus puissante économiquement, le cocontractant n'ayant d'autre choix que d'adhérer à ces stipulations ou de renoncer à contracter – ce qui, du reste, lui est souvent impossible, certains contrats étant en fait nécessaires. »*³⁰⁴

Cette définition pourrait correspondre au cahier des charges dans la mesure où les clauses que contient ce dernier constituent un élément non-négociable de la vente. Le vendeur est libre d'acquérir le bien, mais s'il l'acquiert, il ne peut être en mesure de refuser ou de modifier le contenu des conditions insérées dans le cahier des charges joint à l'acte. Nous pouvons même affirmer que les stipulations du cahier des charges constituent des conditions de la vente. Pour qu'un acquéreur soit enclin à y souscrire, il doit y trouver un intérêt. De ce point de vue, le cahier des charges peut constituer un argument de vente de nature à rassurer l'acquéreur sur l'homogénéité de la morphologie architecturale de l'ensemble immobilier qu'il a l'intention d'intégrer et la pérennité des équipements collectifs. Des conditions particulièrement restrictives seront alors, à ses yeux, un gage de qualité et de tranquillité. Toutefois, le contrat d'adhésion suppose un rapport de dominant à dominé, de fort à faible. L'autonomie de la volonté est atteinte du fait de l'impossibilité d'agir face au proposant. Il suppose des rapports bilatéraux multiples. C'est un type de contrat qui peut lier un consommateur à une compagnie d'assurance ou bien à un opérateur téléphonique, mais dont les clauses n'ont pas pour effet de lier les clients entre eux. Or, le cahier des charges n'a pas pour vocation de lier dans la durée les parties au contrat, à savoir le vendeur et les acquéreurs dans des relations bilatérales, mais il a pour objet de constituer, selon un auteur que nous avons déjà cité en introduction, « la charte qui, s'imposant aux propriétaires successifs des parcelles bâties ou à bâtir, doit assurer la pérennité de l'harmonie de l'ensemble »³⁰⁵. Il s'agit donc d'organiser l'ensemble immobilier, soumis généralement au régime du lotissement mais pas uniquement, en créant des relations contractuelles entre les acquéreurs eux-mêmes, par la constitution de charges réelles, grevant leurs fonds respectifs, mais également, nous le verrons, d'obligations réelles, d'où l'idée d'une « charte ».

Par conséquent, il s'agirait juridiquement plutôt d'un acte juridique collectif, que la doctrine a pu définir comme celui dont la formation est collective³⁰⁶, qui ne repose pas sur un accord de volontés mais sur une conjonction de volontés émises séparément par les membres d'un groupement³⁰⁷. D'autres auteurs ont pu parler de « faisceau de manifestations de volontés exprimées sur un même objet »³⁰⁸. Cette conjonction ou faisceau de manifestations de volontés repose sur l'acceptation des conditions de la vente du terrain. On peut alors considérer que l'expression de la volonté d'adhérer à l'acte collectif n'est pas autonome, mais accessoire au consentement principal portant sur la vente. Cette notion de conjonction des volontés, distincte de l'accord des volontés, pourrait d'ailleurs constituer un terrain

³⁰⁴ Bruno Petit et Sylvie Rouxel, *Contrats et obligations – Définition et classification des contrats*, JCP Civil Code Fasc. unique : Art. 1101 à 1108-2, 2013, comm. 50

³⁰⁵ *Op. cit.* Jean-Marie Rivalland, *Les charges d'urbanisme*, Paris, LGDJ, 1969

³⁰⁶ Gabriel Roujou de Boubée, *Essai sur l'acte juridique collectif* : LGDJ, 1961

³⁰⁷ Rémy Cabrillac, *L'acte juridique conjonctif en droit privé français* : LGDJ, 1990

³⁰⁸ François Terré, Philippe Simler et Yves Lequette, *Les obligations* : Précis Dalloz, 10e éd. 2009, n°6

d'argumentation quant à la relativité de la portée de force de loi que les parties ont entendu conférer au contrat.

Cela étant posé, c'est sur le fondement de la stipulation pour autrui, telle que prévue à l'article 1121 du Code civil, que le vendeur engage les acquéreurs entre eux. Cet article dispose que :

« On peut pareillement stipuler au profit d'un tiers lorsque telle est la condition d'une stipulation que l'on fait pour soi-même ou d'une donation que l'on fait à un autre. Celui qui a fait cette stipulation ne peut plus la révoquer si le tiers a déclaré vouloir en profiter. »

La première jurisprudence de la Cour de cassation à faire allusion, à notre connaissance, à la stipulation pour autrui en matière de cahier des charges sans toutefois s'y référer expressément, est un arrêt du 30 juin 1936, dans l'affaire d'un lotissement situé dans le quartier des Champs-Élysées dont la création remonte à l'année 1861. C'est dire si la pratique est ancienne. En l'espèce, le cahier des charges contenait une clause d'habitation bourgeoise. Le lotisseur, un certain M. Pereire, avait reproduit une stipulation identique dans tous les actes de ventes, pour la cession de chaque parcelle de l'opération. Un jour, l'un des propriétaires exprima le souhait de construire un bâtiment non conforme, au goût des voisins, à la destination bourgeoise du lotissement. Certains des voisins saisirent alors la justice arguant que ce propriétaire était tenu, vis-à-vis des colotis, de respecter les stipulations de son acte de vente, identiques à tous les lots du lotissement. Le défendeur prétendit au contraire qu'il ne s'agissait que d'une obligation personnelle, et qu'il n'était tenu d'aucune obligation vis-à-vis de ses voisins. L'arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris, déféré en cassation, avait souverainement recherché l'intention des parties et s'était appuyé sur la répétition de la clause litigieuse dans tous les actes pour en déduire que, *« par une stipulation aussi généralement faite »*, les parties avaient entendu affecter leurs fonds d'une servitude opposable à tous les colotis. La Cour de cassation rejeta ensuite le pourvoi. Le commentateur de l'arrêt de la Cour de cassation avait relevé que :

*« Si, normalement une servitude est créée par le propriétaire du fonds dominant et à son propre profit, elle peut l'être aussi bien par un tiers agissant au nom du bénéficiaire ou pour son compte, spécialement en vertu d'une stipulation pour autrui »*³⁰⁹.

La stipulation pour autrui va alors constituer le fondement même de ce que la doctrine va plus tard qualifier de « servitude réciproque ». Des auteurs avaient déjà pu écrire que la servitude *« ne peut être acquise que par le propriétaire du fonds auquel elle doit profiter ou par un tiers agissant en son nom et pour son compte en vertu (...) d'une stipulation pour autrui »*³¹⁰, ou *« qu'une servitude peut être acquise, pour le compte du propriétaire de l'héritage dominant, soit par un mandataire, soit par un tiers stipulant en son nom en vertu de l'article 1121 »*³¹¹. Mais c'est le Professeur Bergel qui théorisa véritablement, dans sa thèse, la stipulation pour autrui en matière de cahier des charges de lotissement, situation qui présente la particularité de constituer des servitudes sur des fonds non encore existants. Il a ainsi pu écrire que :

³⁰⁹ Cass. Civ. 30 juin 1936, note A. Besson, D.P. 1938.I.65

³¹⁰ Marcel Planiol et Georges Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, T. III, « Les biens » par Maurice Picard, 2^e éd., 1952, n° 951, p. 928

³¹¹ Charles Aubry et Charles Rau, *Droit civil français*, T. III par Paul Esmein, 7^e éd., 1968, § 250, n°51

*« Le stipulant doit avoir intérêt à la stipulation pour autrui. Tel est le cas du lotisseur qui a pour but d'imposer, dans le lotissement, les charges prévues au dossier approuvé qu'il doit lui-même observer et qui a également, nous le verrons, intérêt à garantir à tous les lotis le maintien du caractère de l'ensemble considéré. »*³¹²

M. Bergel rapporte également un important arrêt de la Cour de cassation, en date du 31 janvier 1969, qui consacra véritablement la stipulation pour autrui, au visa de l'article 1121 du code civil, pour fonder la réciprocité des servitudes de lotissement. Dans cette affaire, la Cour d'appel d'Aix-en-Provence avait refusé de faire droit à la demande en démolition formulée par le propriétaire d'un lot contre un autre propriétaire du même lotissement qui avait construit en violation d'une servitude réciproque *non altius tollendi*, insérée dans tous les actes de vente. Elle avait rejeté la théorie de la stipulation pour autrui. La troisième chambre de la Cour de cassation cassa cet arrêt, en considérant que :

*« alors que le vendeur d'origine, qui était le stipulant, avait fait accepter par les divers acquéreurs, les promettants, l'observation des clauses concernant les constructions à édifier sur les parcelles vendues, et ce à leur charge et dans leur propre intérêt comme dans celui des autres acquéreurs de terrains, qui devenaient ainsi, outre les promettants, les bénéficiaires de ces stipulations »*³¹³.

La réciprocité des servitudes, ou du moins des engagements contractuels de tous les colotis, suppose donc une reproduction rigoureuse de termes identiques dans chaque acte de vente. Si les conditions du lotissement sont fixées « à la carte », c'est-à-dire qu'elles varient d'une vente à l'autre, il y aura certes bien stipulation pour autrui, mais pas de réciprocité. Pour être opposable à tous au sein du périmètre du lotissement, il faut que chaque acquéreur souscrive exactement le même contenu, afin que tous aient scrupuleusement les mêmes droits et obligations les uns vis-à-vis des autres. De ce point de vue, le cahier des charges présente des similitudes avec le règlement de copropriété, en ce que les parties sont liées par une série de droits et d'obligations réciproques stipulées par un tiers, en l'occurrence celui qui a mis l'immeuble ou l'ensemble immobilier en copropriété. Dans les deux cas, ces obligations ne sont pas simplement personnelles, elles sont également réelles. La seule différence est que les stipulations du règlement de copropriété ne sauraient, sauf exceptions reconnues par la jurisprudence, être assimilées à des servitudes pour la simple et bonne raison que des lots de copropriété ne constituent pas en principe des fonds distincts au sens du Code civil en raison du régime d'indivision dans les parties communes. *A contrario*, le cahier des charges grève les fonds de charges réelles que l'on a communément pour habitude de désigner par « servitudes », voire « servitudes de lotissement ».

Cas du cahier des charges de ZAC.

(140.) Lorsque le mode opérationnel de l'aménagement en ZAC fut créé par la loi d'orientation foncière, s'est développée la pratique de joindre aux actes de vente de terrains des prescriptions grevant ces terrains, voire de lui annexer un document unique identiquement reproduit. Même si le cahier des charges est désormais régi par

³¹² *Op. cit.* Jean-Louis Bergel, *Les servitudes de lotissement à usage d'habitation*, Thèse, Aix-en-Provence, LGDJ, 1973, p. 205

³¹³ Cass. 3^{ème} civ., 31 janvier 1969, Dame Sombstay c/S.O.B.A.R.L.O., J.C.P. 1969.II.15982

les dispositions de l'article L. 311-6 du Code de l'urbanisme, la pratique de joindre à chaque acte des prescriptions propres au terrain cédé et des prescriptions d'ordre général a été maintenue. Parfois, toutes ces prescriptions sont même insérées dans un document unique appelé « cahier des charges de cession de terrain ». La raison est alors la même qu'en matière de lotissement. S'il est reproduit dans chaque acte des stipulations identiques, le principe de stipulation pour autrui pourra fonder la réciprocité des droits et obligations entre les propriétaires. Cette réciprocité vaut naturellement *a fortiori* s'il est fait référence dans les actes à un cahier des charges général.

Si en revanche les clauses d'ordre général de chaque cahier des charges de cession de terrain ne sont pas identiques dans tous les actes de cession, elles ne peuvent être constitutives de servitudes réciproques. Or, c'est historiquement au PAZ (Plan d'aménagement de zone), aujourd'hui disparu, de définir une réglementation d'ensemble du périmètre. Le cahier des charges de cession de terrain n'a jamais revêtu cette fonction, et ne peut donc conférer aucun lien juridique entre les acquéreurs³¹⁴. Le premier alinéa de l'article L. 311-6, issu de la loi SRU, dispose à cet effet que :

« Les cessions ou concessions d'usage de terrains à l'intérieur des zones d'aménagement concerté font l'objet d'un cahier des charges qui indique le nombre de mètres carrés de surface de plancher dont la construction est autorisée sur la parcelle cédée. Le cahier des charges peut en outre fixer des prescriptions techniques, urbanistiques et architecturales imposées pour la durée de la réalisation de la zone. »

Il y a sans doute lieu de distinguer les deux phrases du premier alinéa de l'article L. 311-6. La première phrase vise les clauses contractuelles fixant la densité constructible cédée avec le terrain par l'aménageur. Ce type de clause n'a rien du contrat d'adhésion ni de l'acte juridique collectif, puisque chaque acquéreur peut être en mesure de négocier la densité constructible que l'aménageur peut attacher au terrain. Cette cession de droits à bâtir est assimilable au certificat du lotisseur et donc au mécanisme de report de droits à bâtir. Il ne peut y avoir ici d'intention de stipuler pour autrui. La seconde phrase peut en revanche donner matière à débat. Il est indiqué que le cahier des charges peut également fixer des « *prescriptions techniques, urbanistiques et architecturales* ». Faut-il y voir des règles communes à tous les terrains de la ZAC ou bien des simplement des prescriptions particulières au terrain cédé, qui peuvent varier d'un terrain à l'autre en fonction du projet qui y est envisagé ? La question se pose, puisque la philosophie de l'aménagement en ZAC est fondée sur la notion d'urbanisme d'îlot. Contrairement au lotissement, généralement envisagé pour de l'habitation individuelle, la ZAC a généralement pour vocation d'aménager des quartiers destinés à accueillir une forte densité de construction de même qu'une mixité fonctionnelle. Il ne s'agit donc pas nécessairement de produire une forme urbaine homogène, et on imagine mal par exemple une clause d'habitation bourgeoise se glisser parmi les prescriptions d'un cahier des charges de ZAC. Pour autant, identiques ou non, est-ce que la théorie de la stipulation pour autrui pourrait être soutenue pour ce type de prescriptions ?

³¹⁴ V. sur ce point : Soazic Marie, *Zone d'aménagement concerté*, JCP Administratif, fasc. 549, 2013, n° 70

Il est important de noter en premier lieu que la nature réglementaire des clauses du cahier des charges de la ZAC, du fait de leur approbation, a été reconnue tant par le Conseil d'État³¹⁵ que par la Cour de cassation³¹⁶. Toutefois, comme en matière de cahier des charges approuvé du lotissement, la nature également contractuelle du cahier des charges de cession de terrain n'est pas remise en cause. Ainsi, la Cour de cassation a-t-elle jugé que ceux-ci peuvent aussi contenir des clauses réciproques liant entre eux les acquéreurs de terrains dans la ZAC. Dans un arrêt du 24 avril 2003, la troisième chambre civile a considéré que les prescriptions urbanistiques et architecturales ne prennent pas la qualité de servitudes si le vendeur a expressément « *exclu toute stipulation pour autrui dans le cahier des charges de cession de terrains* » et « *entendu que les règles de construction n'aient de valeur contractuelle qu'entre lui-même et chaque acquéreur, mais pas entre les acquéreurs entre eux* »³¹⁷. Interprété *a contrario*, cet arrêt peut être compris comme laissant la possibilité à l'aménageur de stipuler pour autrui un ensemble de prescriptions réciproquement opposables aux propriétaires s'il le décide. La recherche de l'intention des propriétaires a été retenue dans un arrêt du 23 octobre 2012 pour caractériser le caractère contractuel des clauses du cahiers des charges de ZAC, par lequel la Cour de cassation a jugé que :

« *c'est par une appréciation souveraine de la commune intention des parties que la cour d'appel (...) a retenu qu'il appartenait à l'aménageur de prévoir dans les contrats de vente une clause par laquelle les acquéreurs s'engageaient à verser une "indemnité" à M. X... s'ils ne le prenaient pas comme architecte pour la conception et la réalisation de leur projet ;* »³¹⁸.

Un autre arrêt du 21 novembre 2012 a admis que du seul fait qu'un terrain situé dans une ZAC soumise à un cahier des charges « *disposant qu'il ferait la loi entre l'aménageur et ses acquéreurs, ainsi qu'entre ces derniers eux-mêmes* », des propriétaires étaient en droit d'opposer à d'autres les non-conformités aux règles édictées par ledit cahier des charges³¹⁹. Un autre arrêt en date du 26 juin 2013, rendu au visa de l'article 1165 du Code civil, a validé la théorie de la stipulation pour autrui en considérant que « *l'obligation d'adhérer à une société d'exploitation de services communs inter-entreprises prévue par le cahier des charges d'une zone d'aménagement concerté déroge au principe de l'effet relatif des conventions* »³²⁰.

Nous avons pu relever, dans la première partie, qu'une ZAC pouvait faire l'objet d'un contrat-type, duquel chaque cahier des charges est la déclinaison. Mais quelle qu'en soit la nature, un cahier des charges-type ne pourrait constituer un document à valeur contractuelle liant réciproquement tous les propriétaires de ZAC. Le cœur de la problématique se situe donc ailleurs, autour de la recherche, au cas par cas, de l'intention de stipuler pour autrui. Contrairement au lotissement, la réciprocité des charges et obligations réelles entre propriétaires résultant des documents contractuels de la ZAC n'est pas systématique, mais dépend de la formulation du contenu des actes pour chaque cas d'espèce.

³¹⁵ CE, 20 sept. 1991, Min. Urbanisme, n° 75157

³¹⁶ Cass. 3^{ème} civ., 30 juin 1993, n° 90-18.906, P, Blanchard ; Bull. civ. 1993, n° 106 ; Defrénois 1994, art. 35803, note S. Pérignon

³¹⁷ Cass. 3^{ème} civ., 24 avr. 2003, n° 01-13.393 ; Constr.-Urb. 2003, comm. 187, par Ph. Benoit-Cattin

³¹⁸ Cass. 3^{ème} civ., 23 oct. 2012, n° 11-17.601

³¹⁹ Cass. 3^{ème} civ., 21 nov. 2012, n° 11-25668

³²⁰ Cass. 3^{ème} civ., 26 juin 2013, n° 12-19.698

Cas des cahiers des charges régissant les autres types d'ensemble immobilier.

(141.) Aucune disposition législative ou réglementaire n'évoque la possibilité qu'un cahier des charges puisse être édicté dans le cadre d'un remembrement réalisé par une AFU. Mais rien ne l'interdit. Il faut dire que la théorie de la stipulation pour autrui pourrait difficilement prospérer, dans la mesure où l'opération n'a pas pour objet de créer des terrains à bâtir en vue d'être cédé à des tiers. S'il n'y pas d'acquéreur, il ne peut y avoir de promettant. Un cahier des charges édicté dans le cadre d'une opération de remembrement, pour organiser la vie collective de l'ensemble ainsi créé devrait plutôt relever des statuts de l'AFU qui a réalisé le remembrement, à qui il revient généralement de gérer et d'entretenir les espaces et équipements collectifs. Et si les propriétaires consentent à grever leurs terrains de charges réelles, réciproques ou non, ce devrait être en principe sur le fondement de la libre négociation. Dans le cas toutefois d'une AFU forcée ou constituée d'office, la question de la nature du cahier des charges qui pourrait être édicté est sans doute plus problématique, à tel point que l'on peut se demander si l'on peut vraiment parler de consentement des propriétaires quant aux conditions qui leurs seraient imposées. Il n'est donc pas certain que le document prescrivant les obligations réelles découlant d'un remembrement réalisé par une AFU autorisée ou constituée d'office puisse être qualifié de cahier des charges, au sens d'un document contractuel.

Concernant l'ensemble volumétrique, rappelons en tout premier lieu qu'il est obligatoire qu'il soit pourvu d'un cahier des charges, faute de quoi il s'expose à une requalification en copropriété en vertu des dispositions du second alinéa de l'article 1^{er} de la loi n° 65-557 du 10 juillet 1965. Le cahier des charges édicté dans le cadre d'un ensemble volumétrique partage sans doute une caractéristique commune avec celui du remembrement réalisé par une AFU libre dans le sens où la division en volumes n'a pas pour objet en principe de créer des lots (en l'occurrence volumétriques) à bâtir. Les clauses du cahier des charges résultent plutôt généralement d'une négociation entre les différents volumiers. Dans ces conditions, la théorie de la stipulation pour autrui ne saurait prospérer. Soulignons également qu'à l'instar de la ZAC, les charges et obligations susceptibles de grever les volumes ne sauraient être identiques pour chacun d'eux compte tenu de la nature complexe de l'opération sous-tendant nécessairement une division volumétrique. Cela dit, il semble exister des ensembles volumétriques qui ont pu consister dans leur montage à de la création de lots volumétriques à bâtir. Ce peut être le cas par exemple d'un propriétaire qui construit un parking ou des locaux en tréfonds, et commercialise des volumes à bâtir sur la dalle ainsi constituée. Si dans ce cas, le propriétaire initial prévoit des clauses identiques pour tous les volumes, alors il pourra être soutenu que le cahier des charges est un contrat qui lie réciproquement tous les volumiers par l'effet de la stipulation pour autrui.

En revanche, le cahier des charges d'un groupement de bâtiments réalisé en vertu d'un permis de construire valant division présente exactement les mêmes caractéristiques que celui du lotissement, même si aucun texte ne le prévoit expressément. C'est ce qu'a pu confirmer une jurisprudence récente de la Cour de cassation. Par un arrêt du 10 mars 2015, la troisième chambre civile a en effet jugé, s'agissant d'un ensemble immobilier dont le PCVD avait été obtenu en 1979, que le cahier des charges portant mention de sa publication au bureau des hypothèques était de ce fait opposable à tout détenteur ou occupant du groupe d'immeubles. En l'espèce,

il y était stipulé que tout propriétaire pouvait en demander directement l'application à l'encontre du propriétaire défaillant, en conséquence de quoi il avait reconnu au propriétaire requérant la qualité pour agir à l'encontre d'un autre propriétaire en respect des règles fixées par ce cahier des charges³²¹. La clause litigieuse portait en l'occurrence sur une charge grevant les terrains ayant pour objet de limiter le droit de construire.

Il convient toutefois de relever une légère différence de nature entre le cahier des charges de lotissement et celui d'un groupement d'habitations résultant d'un PCVD. Dans le second cas, l'acquéreur fait nécessairement l'acquisition d'un bien soit déjà bâti, soit en cours de construction, selon un projet architectural d'ensemble prédéfini. L'acquéreur n'étant pas le pétitionnaire initial du permis d'origine, il s'agit donc de maintenir la morphologie bâtie préconçue. Cela dit, si l'opération réalisée au moyen d'un PCVD n'a pas pour objet de commercialiser des lots bâtis, la thèse de la stipulation pour autrui ne saurait à notre avis être soutenue. Ce peut être le cas de plusieurs propriétaires qui s'entendent pour réaliser, dans le cadre d'une co-maîtrise d'ouvrage, un projet d'ensemble qui aura pour objet d'être divisé, chaque fraction de l'ensemble étant destinée à revenir à chacun d'eux. Les limitations susceptibles de grever chaque lot relèveront alors de la liberté contractuelle entre ces propriétaires.

Tous les cahiers des charges ne sont donc pas nécessairement des actes juridiques collectifs, contenant des servitudes réciproques, et auxquels on adhère par l'effet de la stipulation pour autrui à l'occasion de l'acquisition d'un terrain. En revanche, tous ont en commun d'avoir des clauses présentant un caractère réel.

B – Le caractère réel des clauses du cahier des charges

(142.) Il est indéniable que le cahier des charges présente un caractère réel dans la mesure où ce sont les fonds des propriétaires qui sont grevés. C'est en cette qualité que ces derniers contractent, et les charges réelles pesant sur les lots seront transmises aux propriétaires successifs. Pour autant, peut-on considérer que les clauses du cahier des charges constituent des servitudes prédiales ? Il est vrai que l'on assimile communément, comme indiqué précédemment, les clauses d'un cahier des charges à des servitudes de lotissement, du moins lorsqu'il s'agit d'un lotissement au sens où on l'entend aujourd'hui. Mais faut-il entendre par là que le cahier des charges est une servitude prédale au sens de l'article 637 du code civil, et plus précisément une servitude du fait de l'homme (établie par convention) au sens de l'article 686 du code Civil ?

M. Bergel avait répondu à cette question par l'affirmative au terme d'une longue démonstration. Pour lui, les clauses du cahier des charges sont des servitudes prédiales mais il relève les réserves qu'avait pu émettre une partie de la doctrine sur cette question pour en conclure que :

« Ainsi, sous réserve des obligations, réelles, selon nous, ou qui, du moins, devraient être considérées comme telles en raison de leur utilité à la conservation du lotissement lui-même et de ses caractères, les charges instaurées dans les lotissements par les actes de vente auxquels sont intégrées les pièces du projet approuvé constituent de véritables servitudes prédiales. »

³²¹ Cass. 3^{ème} civ., 10 mars 2015, n° 13-21539

*Elles sont, certes originales par leur mode de création, leur caractère réciproque et leur utilité collective en même temps que privée. »*³²²

Il apparaît toutefois important de s'attarder sur les réserves auxquelles M. Bergel fait allusion. D'éminents auteurs comme Michel de Juglart³²³ et Hassen Aberkane³²⁴ avaient pu soutenir en effet, dans leurs thèses respectives, que les clauses des cahiers des charges constituaient des obligations *propter rem*, ou autrement dit des obligations réelles qui ne sont pas à proprement parler des servitudes prédiales. L'obligation *propter rem* est une notion doctrinale qui a été définie comme étant une :

*« obligation liée à une chose (et dite propter rem) qui pèse, non sur un débiteur personnellement, mais sur le propriétaire de cette chose en tant que tel, de telle sorte que celui-ci peut s'en affranchir en aliénant la chose (l'obligation passe à l'acquéreur même à titre particulier) ou en délaissant sa propriété (abandon, déguerpissement) »*³²⁵.

En fait, l'obligation réelle se compose de deux critères, le premier se rapportant à la nature personnelle de l'obligation, et le second à son caractère accessoire à un droit réel principal. Ainsi, il ressort que toutes les obligations pesant sur les colotis en leur qualité de propriétaires portent sur ce qui a trait à l'organisation collective et à la conservation de l'ensemble immobilier, comme l'entretien des voies, espaces et équipements communs. L'obligation réelle peut également tout à fait correspondre à l'obligation pour l'acquéreur d'adhérer à une association syndicale. Cette obligation n'est du reste pas l'apanage du lotissement puisque l'adhésion forcée à un groupement existe avec l'AFU ou bien encore le syndicat des copropriétaires. Les ensembles immobiliers réalisés dans le cadre d'un PCVD, ou bien résultant d'une division volumétrique font également généralement l'objet d'une association syndicale à laquelle les acquéreurs ont l'obligation d'adhérer. Le Professeur Liet-Veaux a pu quant à lui qualifier les obligations réelles dans les ensembles immobiliers de « *règles civiles de police collective* »³²⁶, déplorant que cette notion ait du mal à être assimilée par la jurisprudence alors même qu'en matière de copropriété, « *elle ne semble pas s'être sentie condamnée à choisir entre servitudes réelles et obligations personnelles* ».

Il semblerait donc que les clauses du cahier de charges puissent être distinguées en deux catégories : d'une part les obligations réelles pour ce qui concerne les parties communes ou bien les espaces et équipements d'intérêt collectif, et d'autre part des servitudes, que M. Bergel qualifie de « prédiales » pour ce qui concerne les charges grevant les lots. Il reconnaît toutefois que la question peut se poser de savoir si une servitude peut consister tout à la fois en des obligations actives et passives. Car si l'on s'en tient à la définition classique de la servitude en tant que droit réel, qui consiste en un pouvoir exercé directement sur la chose, elle ne saurait entraîner une obligation positive qui pèserait non pas sur la chose, mais sur la personne du propriétaire du fonds servant. Or, l'article 686 du Code civil précise bien que la servitude ne peut être

³²² *Op. cit.* Jean-Louis Bergel, *Les servitudes de lotissement à usage d'habitation*, Thèse, Aix-en-Provence, LGDJ, 1973, p. 253

³²³ Michel de Juglart, *Obligation réelle et servitudes en droit privé français*, Thèse, Bordeaux, 1937

³²⁴ Hassen Aberkane, *Essai d'une théorie générale de l'obligation propter rem en droit positif français*, Thèse, Alger, 1957

³²⁵ Gérard Cornu, (ss dir.), *Vocabulaire juridique* : PUF, 8e éd. 2007

³²⁶ Georges Liet-Veaux, « *Réflexion sur les règles civiles de police collective dans les ensembles immobiliers* », La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 40, 3 Octobre 1997, 4134, p. 1204

imposée à la personne, ce que plusieurs auteurs ont critiqué. Un auteur écrivait déjà au XIX^{ème} siècle que :

*« Rien ne s'opposerait donc à ce que la loi appelât servitude toute obligation positive ou négative quand elle est attachée à la chose (...) tandis qu'on réserverait l'expression obligation proprement dite aux engagements attachés à des individus déterminés »*³²⁷

Dans le même sens, Georges Ripert soutint dans sa thèse que les servitudes pouvaient consister en des services actifs, ce que le Code civil suggère déjà en rangeant dans la catégorie des servitudes des prestations personnelles comme l'obligation de procéder au bornage ou d'entretenir un mur mitoyen. C'est ce qui s'appelle un droit réel *in faciendo*³²⁸. Une controverse doctrinale a ainsi pu exister sur cette question tout au long du XX^{ème} siècle, mais elle a été tranchée, selon M. Bergel, par la jurisprudence :

*« On ne trouve quasiment plus de décisions déniaient la qualité de servitude à de telles clauses d'esthétique ou d'architecture instaurées dans les lotissements qui se fondent expressément sur le fait qu'elles impliqueraient des services actifs. »*³²⁹

S'il en est ainsi, les servitudes prévues par les cahiers des charges peuvent tout à la fois limiter l'exercice du droit de propriété de chacun des propriétaires, mais également organiser des relations de voisinage, dans des rapports réels, ce qui n'est pas anecdotique quand on sait que les dispositions du Code de l'urbanisme ont prévu plus tard que les droits et obligations régissant les rapports entre colotis définis dans le cahier des charges du lotissement ne pouvaient être remis en cause. Il nous semble toutefois que, au-delà de la problématique de servitudes actives ou passives, l'affirmation selon laquelle les charges grevant les lots d'un lotissement sont des servitudes au sens de l'article 637 du Code civil peut être discutée, car cette dernière suppose la présence d'un fonds dominant et d'un fonds servant. Or, dans le cas du cahier des charges grevant les lots de charges réelles, tous les fonds sont réciproquement des fonds dominants et servants les uns à l'égard des autres, ce qui nous conduira à nous interroger sur la notion de servitude collective, que nous étudierons après la question de la publicité foncière du cahier des charges.

C – La question de la publicité foncière du cahier des charges

(143.) La question de la publicité foncière du cahier des charges est directement liée à celle de l'opposabilité de ses clauses, dès lors qu'on les considère comme un ensemble de servitudes. Celles constituées ou réaffirmées depuis la loi du 23 mars 1855 ne le sont plus que par la publication de l'acte dont elles émanent ou qui les ont rappelées, puisque ce texte a prescrit la transcription de tous les actes entre vifs constitutifs de servitudes à titre onéreux ou à titre gratuit³³⁰. Cela doit également

³²⁷ Naquet, *Revue de la législation française et étrangère*, 1874, p. 200

³²⁸ Georges Ripert, *De l'exercice du droit de propriété dans ses rapports avec les propriétés voisines*, Aix, thèse, 1902

³²⁹ *Op. cit.* Jean-Louis Bergel, *Les servitudes de lotissement à usage d'habitation*, Thèse, Aix-en-Provence, LGDJ, 1973, p. 251

³³⁰ V. à ce sujet : Frédéric Rouvière, *Servitudes. – Servitudes du fait de l'homme. – Exercice*, JCP Géomètre expert – foncier, fasc. 30, 2013, n° 20

valoir pour les jugements constatant l'existence d'une servitude. Le décret-loi du 10 octobre 1935 a étendu la transcription aux transmissions à cause de mort. Le régime actuel, issu du décret-loi du 4 janvier 1955, impose donc la publication de toutes les mutations ou constitutions de droits réels immobiliers entre vifs ou par décès. La sanction des servitudes conventionnelles non publiées est l'inopposabilité. La Cour de cassation a ainsi jugé en 1991 que dès lors qu'un cahier des charges était constitutif de servitudes, aussi bien son édicition que ses modifications devaient être publiées pour être opposable aux tiers³³¹. La Cour suprême a confirmé sa position en 2000 dans un arrêt dont il nous apparaît utile de reproduire un extrait :

*« Mais attendu qu'ayant relevé (...), et ayant constaté que le cahier des charges avait été publié à la conservation des hypothèques, la cour d'appel a pu en déduire que le cahier des charges était opposable à l'ensemble des colotis, de même que le plan parcellaire auquel il renvoyait, et que l'objet de la convention était déterminé et a, par ces seuls motifs, légalement justifié sa décision ; »*³³²

Là encore, par le biais de la publicité foncière, la jurisprudence assimile le contenu du cahier des charges à une servitude et reconnaît donc à ces clauses la qualité de charge réelle. On pourrait alors en déduire que l'absence de publication du cahier des charges (ou de ses modifications) pourrait le rendre inopposable. Cela dit, au même titre que pour les servitudes dites classiques, le juge fait preuve d'une certaine latitude pour reconnaître l'opposabilité du cahier des charges en dépit de sa non-publication. Il suffit en effet que le tiers acquéreur ait une connaissance directe de la servitude pour que celle-ci demeure opposable. C'est ce qu'a considéré la Cour de cassation dans un arrêt du 27 octobre 1993, en jugeant que :

*« les servitudes établies par le fait de l'homme ne sont opposables aux acquéreurs que si elles sont mentionnées dans leur titre de propriété ou si elles font l'objet de la publicité foncière (...) »*³³³.

La servitude mentionnée dans le titre de propriété ou dans tout autre document soumis à l'approbation de l'acquéreur est donc opposable même si celle-ci n'est pas publiée. Cette jurisprudence est constante, la même solution ayant été donnée dans un arrêt plus récent³³⁴. La Cour de cassation a aussi confirmé l'inopposabilité d'un cahier des charges non-publié et qui n'a fait l'objet d'aucune mention dans les actes, comme l'indique un arrêt du 7 octobre 2014. L'attendu unique de cet arrêt est ainsi formulé :

*« Attendu qu'ayant relevé que l'acte d'acquisition par Mme X... d'un lot du lotissement Domaine de Longiret ne mentionnait pas le document litigieux, invoqué par les époux Y..., colotis, comme constituant un cahier des charges et qu'il n'était établi ni que ce document aurait fait l'objet d'une publication ni que Mme X... en aurait eu connaissance lors de son acquisition et y aurait consenti, la cour d'appel, (...) a pu retenir que ce document n'était pas opposable à Mme X... et a justement déduit de ces seuls motifs, que la demande des époux Y... ne pouvait être accueillie ; »*³³⁵

³³¹ Cass. 3^{ème} civ., 23 mai 1991, n° 89-19.363 : Bull. civ. 1991, III, n° 151 ; Defrénois 1991, art. 35151, n° 120, obs. L. Aynès

³³² Cass. 3^{ème} civ., 20 déc. 2000, n° 99-14372 et 99-14373 : Bull. civ. 2000, III, n° 199

³³³ Cass. 3^{ème} civ., 27 oct. 1993, n° 91-19.874 : JCP G 1993, IV, 2747 ; Bull. civ. 1993, III, n° 132

³³⁴ Cass. 3^{ème} civ., 16 mars 2011, n° 10-13.771

³³⁵ Cass. 3^{ème} civ., 7 oct. 2014, n° 13-21.475

On voit bien là le risque qu'induit la non-publication du cahier des charges pour les colotis qui s'en prévalent. Il suffit que le cahier des charges ne soit pas mentionné dans l'acte de vente d'un seul des colotis pour que ce dernier ne soit pas lié par les clauses qu'il contient. Lorsqu'un pareil cas de figure se produit, il y a généralement un manquement aux obligations professionnelles du notaire, à moins qu'il y ait eu une omission du lotisseur dès la première vente. En revanche, tout porte à croire que le cahier des charges reste opposable à l'égard des colotis qui ont pu en avoir connaissance. Cela produirait donc l'hypothèse de cahiers des charges dont l'opposabilité est partielle alors même que celui-ci stipule que tous les lots inclus dans le périmètre de l'opération d'origine sont soumis aux mêmes charges. Cela ne manque pas d'interpeller quant à la qualification de servitudes de certaines clauses du cahier des charges. Imaginons un lotissement de trois lots, A, B et C ; que les lots A et C sont séparés par le lot B ; que par l'effet d'une vente, les clauses du cahier des charges deviennent inopposables au lot B. Il en résulterait que les lots A et C restent soumis à des obligations réciproques alors même que l'unité d'ensemble, qui pouvait les justifier, est rompue. Là demeure sans doute toute l'ambiguïté de la « servitude collective » que nous allons aborder ci-après.

Il n'est toutefois jamais fait de distinction entre les clauses du cahier des charges quant à la question de leur opposabilité. Est-ce que les clauses relatives aux obligations *propter rem*, comme celles stipulant que le propriétaire de tel lot est membre de plein-droit d'une association syndicale, doivent également être publiées ? Auquel cas toutes les modifications du mode de gestion du lotissement devraient faire l'objet d'une publicité ? Et si un vendeur omet de mentionner un cahier des charges non-publié dans l'acte de vente, est-ce que l'acquéreur est *de facto* exclu de l'association syndicale, et par conséquent non redevable des charges communes ? Une clarification de ces questions apparaît donc à notre avis nécessaire.

D – La notion de servitude collective

(144.) Si l'idée, selon laquelle les clauses de cahiers des charges grevant des fonds sont des servitudes, est largement acquise dès lors qu'il y a une réciprocité des droits et des obligations contractés entre tous les propriétaires, il ne faut pas nécessairement les considérer comme des servitudes classiques telles que celles prévues dans le Code civil que le législateur adopta en 1804. Le cahier des charges étant un acte juridique collectif, il faut donc en déduire que toutes les servitudes qu'il comporte sont également collectives. Or, les servitudes collectives présentent la particularité de constituer des servitudes conventionnelles grevant l'ensemble des terrains, mais que les acquéreurs initiaux n'ont jamais contracté entre eux. C'est par le biais d'un engagement avec le vendeur qu'ils se sont liés entre eux, par l'effet de la stipulation pour autrui. Le Professeur Bergel lui-même reconnaît « *une extrême curiosité juridique que de trouver des servitudes conventionnelles créées sans convention entre leurs propriétaires* »³³⁶. Avant même que la loi du 19 juillet 1924 n'incorpore le cahier des charges comme document soumis à l'approbation de l'administration, la jurisprudence avait déjà admis l'idée qu'une servitude pouvait résulter, sur le périmètre d'un « hameau » ayant fait l'objet d'une division, des stipulations de la

³³⁶ *Op. cit.* Jean-Louis Bergel, *Les servitudes de lotissement à usage d'habitation*, Thèse, Aix-en-Provence, LGDJ, 1973, p. 208

vente³³⁷. La vente ayant été consentie en l'espèce le 24 juin 1843, on ne parlait même pas encore de cahier des charges. Mais la répétition à l'identique de stipulations dans les actes a témoigné de la volonté de l'opérateur d'établir à perpétuité un statut commun des lots cédés. La Cour de cassation a pour sa part reconnu pour la première fois, dans un arrêt du 12 juin 1934, le caractère de servitude à une stipulation de la vente d'un lot. Le litige portait sur une clause figurant uniformément dans tous les actes d'acquisition, qui avait pour objet une interdiction de construire au-delà d'une certaine hauteur. Cette clause a été qualifiée de servitude réciproque, la Cour suprême considérant que le terrain ne pouvait être acquis « *que grevé de la servitude de droit civil créée lors de la vente primitive* »³³⁸.

Une servitude collective puise alors son origine dans les actes passés à l'origine par le lotisseur, ou plus généralement le diviseur-vendeur, avec les acquéreurs initiaux. Or, la théorie générale des servitudes suppose que les fonds qui en sont bénéficiaires ou assujettis soient distincts. Tel semble être le sens de la lettre de l'article 686 du Code civil relatif à l'établissement des servitudes conventionnelles. Mais des auteurs ont néanmoins considéré que l'on pouvait « *admettre la constitution d'une servitude en prévision de la division ultérieure du fonds en plusieurs parcelles, la naissance de cette servitude étant conditionnée par cette division ; c'est le cas dans l'hypothèse d'un lotissement* »³³⁹. Seulement, les dispositions du Code civil définissent la servitude comme un rapport de fonds dominant, qui pourrait être alors le reliquat dans le cas d'un lotissement, ou le résidu dans celui d'une division primaire ou d'un permis de construire valant division, avec un fonds servant, qui serait le terrain détaché. Il s'agirait par exemple en droit positif du cas de figure d'une division primaire ou bien d'un lotissement dont le lotisseur demeure propriétaire du résidu ou du reliquat. La servitude établie ne présente alors pas un caractère collectif, mais consiste en des liens juridiques bilatéraux entre les acquéreurs et le vendeur dont la propriété demeure à n'en point douter le fonds dominant. Dans le cas d'un cahier des charges ou d'une stipulation reproduite à l'identique dans les actes, établissant progressivement la servitude collective au gré de la vente des lots en vertu de la stipulation pour autrui, qu'en est-il de son caractère fondamental d'utilité ? A qui profite une servitude réciproque si elle pèse sur tous les fonds ?

Pour qualifier une clause de servitude au sens des articles 637 et 686 du Code civil, il faut qu'un rapport puisse être établi entre l'objet de la charge et l'usage du fonds dominant. Mais il est peu aisé d'établir un tel rapport dans la mesure où les avantages et les charges se neutralisent dans un ensemble normatif commun. Le Professeur Bergel au contraire, n'y voit pas de contradiction car pour lui l'utilité est à la fois individuelle – chaque propriétaire de lot est assuré de « *la permanence du cadre dans lequel ils ont choisi de s'installer et les garantissent contre les fantaisies de leurs voisins* », mais il voit également en ces servitudes « *une utilité collective* »³⁴⁰. Il évoque même la notion de la servitude d'agrément, création doctrinale s'inscrivant dans la continuité des critères d'usage et d'utilité, que des auteurs ont théorisé sous les termes de « *clause d'habitation bourgeoise* »³⁴¹.

³³⁷ Trib. Paris, 27 mars 1924, D.H. 1924, p. 398

³³⁸ Cass. Civ., 12 juin 1934, D.H. 1934, p. 411 ; Gaz. Pal. 1934.II.367

³³⁹ Gabriel Marty et Pierre Raynaud, *Droit civil*, T. II, *Les biens*, 1967

³⁴⁰ *Op. cit.* Jean-Louis Bergel, *Les servitudes de lotissement à usage d'habitation*, Thèse, Aix-en-Provence, LGDJ, 1973, pp. 236 et 237

³⁴¹ Michel Dagot, *La clause d'habitation bourgeoise*, J.C.P. 1967.I2108

Pour notre part, nous sommes d'avis que la réciprocité des charges et des obligations grevant chaque terrain a plutôt tendance à dénaturer le caractère fondamental de la servitude. Et se référer à la clause d'habitation bourgeoise sonne comme un aveu de faiblesse du raisonnement puisque ce même type de clause peut très bien exister en copropriété et n'est alors pas susceptible de renvoyer à la notion de servitude. Dès lors que l'on généralise les avantages et les charges sur un périmètre donné, selon une formulation impersonnelle et impérative, se dessine alors l'esquisse d'un règlement, et donc de clauses de nature réglementaire. La dénaturation du caractère fondamental de la servitude se confirme d'autant plus si l'on se réfère aux dispositions du Code civil relatives à son mode d'extinction. L'idée est en effet acquise aujourd'hui dans la jurisprudence judiciaire que seule une décision de modification des colotis pouvait remettre en cause les clauses d'un cahier des charges. Tandis que pour le législateur et les juridictions administratives, ces clauses font l'objet d'une caducité automatique, ce qui implique qu'il ne s'agit pas selon eux de servitudes. Si l'on s'en tient à l'aspect purement civil de la problématique, l'article 706 du Code civil dispose que « *La servitude est éteinte par le non-usage pendant trente ans* ». C'est ce que l'on appelle la prescription extinctive par non-usage. Dans des relations bilatérales de fonds dominant à fonds servant, il est déjà assez difficile de déterminer avec précision à quel moment une servitude s'éteint par le non-usage. Mais dans le cas d'un lotissement, où les servitudes sont supposées être réciproques, c'est-à-dire collectives, on peut se demander quelle peut être la portée de la prescription extinctive par non-usage ? Est-ce le non-usage généralisé qui pourrait éteindre la servitude collective ? Ou bien suffit-il que le non-usage par un coloti soit établi pour que la servitude collective s'abatte comme un château de carte ?

Dans sa thèse, M. Bergel s'était prononcé en faveur de l'imprescriptibilité des servitudes du cahier des charges, tout en reconnaissant que la jurisprudence était contraire à cette conception³⁴². Il avait tout de même relevé une solution inverse de la Cour d'appel de Paris sans toutefois lui reconnaître un caractère significatif³⁴³. Comment en est-il donc arrivé à cette conclusion en dépit de la jurisprudence dominante ? Selon lui, les servitudes de lotissement ne sont pas que d'intérêt privatif, elles sont aussi d'intérêt collectif. Il déduit de cet intérêt collectif que « *la jouissance de l'un des lotis suffit donc à conserver la servitude à l'égard de tous et met obstacle à toute prescription* »³⁴⁴. C'est un point que nous contestons car le caractère collectif du fonds dominant dénature à notre avis la servitude. Il ajoute en outre que ces servitudes de lotissement ont également une destination publique, et qu'en vertu du principe d'imprescriptibilité du domaine et de l'utilité publics, elles ne sauraient s'éteindre par le simple effet du silence de l'administration pendant trente ans. Sa synthèse est ainsi exprimée :

« *Il faut par conséquent conclure que toute prescription des servitudes de lotissement est impossible, même si tous les lotis ont renoncé par trente ans de non-usage, en l'absence d'une modification préfectorale des documents qui les ont instituées.* »³⁴⁵

³⁴² Cass. civ. I, 27 février 1963, Gaz. Pal. 1963.II.161 ; CA Paris, 28 février 1962, Dame Denis c./ Sté Cie Centrale Rousselot

³⁴³ CA Paris, 23 février 1971, Gaz. Pal. 1971.I.225, concl. Barnicaud

³⁴⁴ *Op. cit.* Jean-Louis Bergel, *Les servitudes de lotissement à usage d'habitation*, Thèse, Aix-en-Provence, LGDJ, 1973, p. 321

³⁴⁵ *Idem.* p. 322

Un tel raisonnement ne peut plus tenir aujourd'hui, avec l'évolution des textes intervenue depuis. Nous verrons par la suite que les juridictions civiles s'arc-boutent sur la position consistant à soutenir que même déchues de leur nature réglementaire par l'effet de la caducité, elles continuaient à produire leurs effets dans les relations entre colotis. Le Professeur Bergel remarque lui-même que toutes les jurisprudences admettant l'extinction de servitudes par l'effet de la prescription trentenaire avaient statué sur des cahiers des charges anciens, lesquels n'avaient donc pas été approuvés. Il envisageait alors que les tribunaux saisis d'un tel litige concernant un cahier des charges approuvé auraient tranché en faveur de l'imprescriptibilité des servitudes qu'ils contiennent. En allant au bout de l'argumentation, cela signifierait que rien ne s'opposerait alors à admettre la prescription extinctive des servitudes que contiennent l'ensemble des cahiers des charges, puisqu'ils ont aujourd'hui tous une nature purement contractuelle.

D'autres auteurs ont pu soutenir au contraire que, en dehors du non-usage pendant trente ans, seule une modification régulière peut faire disparaître une servitude de lotissement, sans toutefois préciser si ce non-usage devait présenter un caractère commun ou individuel³⁴⁶. Peut-être faut-il en conclure une inadaptation du régime légal des servitudes au cahier des charges du lotissement, et y voir la confirmation supplémentaire qu'une servitude prédiale ne peut avoir comme caractéristique d'être collective et réciproque. La question ne fut alors, à notre connaissance, plus soulevée devant les tribunaux jusqu'à une jurisprudence très récente de la Cour de cassation, sur laquelle nous reviendrons par ailleurs. L'argument de la prescription extinctive avait été soulevé, mais il n'y a pas été, hélas, apporté de réponse. En effet, la troisième branche du second moyen de l'arrêt énonce :

« qu'en matière de lotissement, l'extinction par non-usage trentenaire de la servitude de ne pas bâtir au-delà d'une certaine densité, stipulée au cahier des charges, résulte de la preuve de l'édification d'une seule construction en contravention à ladite servitude sans action d'un coloti en vue d'en assurer le respect ; »³⁴⁷.

En l'espèce, l'argument consistait à soutenir que la servitude prévue dans le cahier des charges n'était plus opposable aux colotis dans la mesure où d'autres constructions avaient été entre-temps édifiées en méconnaissance de ladite servitude, sans susciter de recours de la part des colotis. Mais pour rejeter le pourvoi, la Cour de cassation s'en est tenue au fondement de la violation d'une stipulation contractuelle, rappelant au passage implicitement que les clauses des cahiers des charges sont perpétuelles. Il est regrettable qu'elle n'ait pas saisi l'occasion de se prononcer sur la notion de prescription extinctive des stipulations du cahier des charges.

En commentant cet arrêt, un auteur a écrit que la circonstance par laquelle la clause litigieuse aurait été méconnue depuis plus de trente ans par certains colotis sans qu'aucune action ne soit engagée à leur égard par d'autres colotis n'a pas pu avoir pour effet, selon la troisième chambre civile, de prescrire l'action. Il en déduit que :

³⁴⁶ Jean Cathelineau, Jean-Léon Viguier et Patrice Cornille, *Technique du droit de l'urbanisme*, 4e éd., Litec, p. 577, n° 747, In Durand, Stéphane, *Le contentieux du lotissement. - La violation des documents du lotissement*, La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 15, 11 Avril 2003, 1267, n° 60

³⁴⁷ Cass. 3ème civ., 21 janv. 2016, n° 15-10566

« Il en serait toutefois allé différemment si le contrevenant avait établi que tous les colotis sans exception n'avaient pas usé pendant trente ans de la servitude créée par la stipulation du cahier des charges en cause. »³⁴⁸

Comment ne pas conclure à une renonciation de chaque coloti dès lors que pendant trente années, aucun d'entre eux n'a fait valoir l'usage qu'il pouvait tirer de la servitude en engageant une action civile contre ceux qui l'avait violée ? Il ne faut pas être plus royaliste que le roi dans cette affaire. Si la prescription trentenaire a été prévue par le législateur, c'est justement pour éviter des situations dans lesquelles des limitations du droit de propriété perdurent dans le temps sans réelle utilité. C'est bien par un non-usage passif qu'il a voulu que s'éteignent les servitudes. Il ne faudrait pas alors, sous prétexte de servitude collective, en déduire que l'extinction par prescription trentenaire requiert l'unanimité active de tous les colotis, exprimée par une décision. Nous verrons par ailleurs que le législateur a également introduit dans le Code de l'urbanisme des règles de majorité pour faciliter la modification des cahiers des charges, ces majorités ayant d'ailleurs été abaissées par la loi ALUR. Dans ces conditions, se positionner aujourd'hui en faveur de l'unanimité active du non-usage pour admettre l'extinction de la servitude relève *a fortiori* de la rigidité la plus extrême.

Il convient d'être clair sur cette question. Soit l'on admet que certaines clauses du cahier des charges sont des servitudes prédiales, auquel cas on leur reconnaît la possibilité de s'éteindre par voie de prescription par un non-usage passif. Dès lors qu'une construction contraire aux clauses du cahier des charges ne rencontre l'opposition d'aucun coloti pendant trente ans, alors la prescription extinctive par le non-usage devrait être avérée. Soit l'on n'admet pas qu'elles puissent constituer des servitudes au sens du Code civil, auquel cas effectivement la prescription extinctive ne peut être opposée. C'est cette deuxième possibilité que la Cour suprême semble avoir implicitement retenue, ne traitant ce litige que sous l'angle du contrat et non de la servitude.

A l'époque où les cahiers des charges approuvés présentaient encore une mixité dans la nature des clauses qu'ils contenaient, réglementaires dans les rapports de chaque coloti avec l'administration, et contractuelles pour les rapports entre les colotis, s'était posée la question d'une éventuelle distinction de nature entre les clauses. Mais la doctrine s'était montrée unanime pour affirmer que c'était l'ensemble des clauses qui présentaient un caractère mixte. Ainsi que l'écrivit le Professeur Liet-Veaux :

« la distinction entre servitudes réglementaires et servitudes contractuelles ne repose nullement sur le contenu de celles-ci, mais seulement sur leur source, leur origine juridique. Une servitude non aedificandi ou non altius tollendi, une affectation à espace boisé ou à la construction collective, tout cela peut être soit réglementaire soit contractuel selon le siège de la charge considérée »³⁴⁹.

Mais dans un arrêt du 10 mars 1989, dit *Commune de Reichstett*, sur lequel nous reviendrons, le Conseil d'Etat a, pour la première fois, laissé entendre que certaines clauses du cahier des charges pouvaient revêtir une nature uniquement

³⁴⁸ David Gillig, « Violation des stipulations du cahier des charges d'un lotissement : quelles conséquences ? », La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 9, 4 Mars 2016, 1091

³⁴⁹ Georges Liet-Veaux, note sous CE, 7 octobre 1964 et 8 janvier 1965, JCP 1965.II.14090

règlementaire³⁵⁰. Il s'agissait en l'espèce d'un cahier des charges, qui plus est non-approuvé, pour lequel la Haute-assemblée avait reconnu le droit pour l'autorité préfectorale de procéder à une modification d'une clause de nature réglementaire, avec l'accord naturellement des colotis selon les majorités requises. La consécration de la nature réglementaire des clauses du cahier des charges grevant les terrains d'un ensemble immobilier tendrait à écarter leur qualité de servitude prédiiale. En introduction de la présente thèse, nous avons émis de fortes réserves sur la qualification de servitudes s'agissant des prescriptions du règlement d'un document d'urbanisme. Nous aurions tendance à reproduire ce raisonnement pour des prescriptions contractuelles définissant ce que le publiciste pourrait considérer comme des règles d'urbanisme privatisées. Il ne s'agit pas là de nier la volonté des parties de préserver leur environnement, mais d'écarter la qualification de servitude prédiiale dont les juridictions civiles sont les gardiennes.

Toutefois, les privatistes ont nettement rejeté la prise de position audacieuse du Conseil d'Etat, et balayé d'un revers de la main toute allusion à une distinction possible des clauses du cahier des charges. En commentaire d'un arrêt du 30 juin 1993 de la troisième chambre civile de la Cour de cassation qui avait refusé de procéder à l'analyse du caractère réglementaire ou non de la stipulation violée, le Professeur Charles avait relevé que :

*« la distinction des règles d'urbanisme et de celles des autres catégories est malaisée ; mais surtout rien ne paraît faire obstacle à ce qu'une même disposition ait une double qualification »*³⁵¹.

Le conseiller Capoulade avait pour sa part noté dans un article que :

*« les parties peuvent toujours convenir d'édicter, à titre contractuel, une servitude relevant de l'urbanisme et inversement de nombreuses servitudes d'intérêt public sont issues d'une création civiliste »*³⁵².

Autant la doctrine civiliste que les juridictions de l'ordre judiciaire ont marqué leur opposition à l'idée de remettre en cause la reconnaissance du caractère de servitude aux clauses des cahiers des charges grevant les terrains d'un ensemble immobilier. Il faut dire que le Conseil d'Etat n'a pas confirmé sa prise de position dans les années qui suivirent alors que la jurisprudence de la Cour de cassation fut constante. Il existerait donc bien des servitudes collectives de droit privé, présentant tous les attributs d'un règlement privé d'urbanisme, tant sur la forme que matériellement, quand bien même ses caractéristiques ne répondent pas strictement à celles des servitudes prédiiales. Il est courant de considérer qu'aux termes de servitudes réciproques, tous les fonds sont assujettis aux mêmes charges et bénéficient tous des mêmes avantages. Mais il n'est pas fait de différenciation entre la charge et l'avantage, les deux notions se confondent puisque ce sont les mêmes prescriptions qui pèsent sur tous les fonds. La même règle privative deviendra dans de possibles litiges tantôt une charge pour les uns, tantôt un avantage pour les autres, et inversement. Une clause de cahier des charges limitative de l'exercice du droit de propriété ne présentera alors plus l'objectivité qu'elle peut avoir dans le cas d'une servitude conventionnelle classique.

³⁵⁰ CE, 10 mars 1989, Commune de Reichstett, n° 70070

³⁵¹ Hubert Charles, note sous Cass. civ. 3^{ème}, 30 juin 1993, n° 90-19672 : DS, 1994, p. 173

³⁵² Pierre Capoulade, « Aspects récents de la jurisprudence judiciaire en matière d'urbanisme », RDI 1994, p. 185

L'évolution du droit de l'urbanisme à partir de la fin des années 1960 va pourtant progressivement renforcer les doutes que l'on peut émettre quant à la qualification de servitudes des clauses de cahier des charges. En introduisant dans le Code de l'urbanisme des dispositions relatives aux règles d'évolution des documents du lotissement, de nouvelles interrogations vont progressivement se poser quant à la portée du cahier des charges, éloignant encore davantage la nature de ses clauses du régime des servitudes. On pourra d'ailleurs observer une tendance croissante du contentieux civil à ne pas appréhender les stipulations du cahier des charges grevant les lots sous l'angle de la théorie générale des servitudes, mais seulement du strict point de vue du contrat, bien que la servitude du fait de l'homme constitue le fondement sur lequel a été bâti, nous l'avons vu, le régime juridique du cahier des charges dès le début du XX^{ème} siècle. Certes, il s'agit d'un contrat, mais d'un contrat très particulier en ce qu'il grève le droit de propriété. On a souvent lu et entendu dans les débats que la loi ALUR a cherché à porter une atteinte disproportionnée au contrat légalement formé par la volonté des parties, mais l'on a beaucoup moins entendu l'argument d'une prétendue atteinte au droit de propriété, la servitude constituant l'un des droits réels y étant attachés. Ecarter la notion de servitude des débats revient à retirer la pièce du puzzle qui relie le tout lorsque l'on évoque la possibilité de contractualiser des règles d'urbanisme. Ou bien peut-être s'agit-il d'une manière implicite de reconnaître qu'une règle d'urbanisme contractualisée ne saurait constituer une servitude prédiale au sens du comme nous avons pu l'avancer précédemment. Sans doute que l'argument d'une atteinte à une servitude prospérerait plus difficilement que celui d'une atteinte à la loi des parties.

§ 2 – Les règles d'évolution du cahier des charges

(145.) Le législateur interviendra à plusieurs reprises pour définir des modalités particulières de péremption, de modification et de mise en concordance du contenu des documents du lotissement, en y incluant le cahier des charges, sans préciser dans un premier temps si tous étaient visés ou seulement ceux approuvés. L'intention a semble-t-il toujours été la même : affirmer la primauté de la règle d'urbanisme sur les prescriptions spéciales du lotissement. Il est important là encore de souligner le souci de ne pas faire perdurer des prescriptions spéciales alors même que le territoire sur lequel se situe le lotissement est couvert par un POS jadis ou un PLU, donc d'une réglementation d'urbanisme générale. Sans doute que le législateur a commis un péché originel en prévoyant, dans les mêmes dispositions, des règles communes au règlement, document de nature administrative, et au cahier des charges, document de nature contractuelle, qu'il soit approuvé ou non, en les amalgamant par l'appellation générique et imprécise de « documents du lotissement ». En ajoutant d'une manière évasive que ces dispositions ne remettent pas en cause les droits et obligations régissant les rapports entre colotis, le législateur n'a jamais véritablement pris ses responsabilités, laissant le soin aux juridictions de considérer quelle type de clause était concernée ou non par la péremption, la modification ou la mise en concordance. Or, nous avons vu que pour les juridictions judiciaires, toutes les clauses de cahiers des charges étaient nécessairement des droits et obligations régissant les rapports entre colotis.

Désormais, les choses sont claires pour le règlement du lotissement. Nous avons vu dans la deuxième partie que celui-ci avait été soumis à un régime de caducité décennale aujourd'hui généralisé, avec la suppression depuis 2014 de la possibilité

d'en maintenir le contenu. Mais c'est en matière de cahier des charges que de lourdes incertitudes perdurent quant à la question de la péremption des règles, ou bien de leur modification ou mise en concordance. Pour tenter de mettre fin aux tergiversations jurisprudentielles, le législateur a voulu apporter une distinction entre les clauses de nature réglementaire et celles de nature non-réglementaire, et parmi ces dernières une autre sous-distinction entre les clauses « *ayant pour objet ou pour effet d'interdire ou de restreindre le droit de construire ou encore d'affecter l'usage ou la destination de l'immeuble* » et les autres. Mais cette supposée clarification s'est avérée ne pas vraiment en être une dans le sens où la loi ALUR n'a pas précisé ce qu'il convenait d'entendre par clause de nature réglementaire ou par clause susceptible d'interdire ou de restreindre le droit de construire. Avant de proposer une définition précise de ces types de clause, nous allons d'abord évoquer dans les détails les modifications apportées par la loi ALUR aux articles L. 442-9, L. 442-10 et L. 442-11 du Code de l'urbanisme, soit respectivement la péremption des règles d'urbanisme propres au lotissement, la modification des documents du lotissement et la mise en concordance de ces documents avec les règles prévues par les documents d'urbanisme.

Seul le cahier des charges de lotissement est visé par ces évolutions législatives, mais la question de la pérennité des clauses d'un cahier des charges s'est également posée en matière de ZAC, même si rappelons-le, ces deux types de cahier des charges n'ont pas tout à fait la même nature juridique, le cahier des charges de cession de terrain n'étant pas nécessairement un contrat liant les différents propriétaires entre eux, mais constitue d'abord un outil permettant le report de constructibilité. En revanche, il peut présenter un caractère de réciprocité, du moins pour certaines de ses clauses, entre les propriétaires. La question de la caducité a donc pu se poser. Nous évoquerons donc cette question dans les développements ci-dessous.

Nous avons pu voir en revanche que le cahier des charges de lotissement présentait les mêmes caractéristiques que celui du groupement d'habitations résultant d'un PCVD. Cependant, les dispositions des articles L. 442-9, L. 442-10 et L. 442-11 ne sont pas opposables à ce dernier qui reste donc un contrat de droit privé non-réglementé. Les cahiers des charges organisant les ensembles volumétriques peuvent aussi être susceptibles de comporter des clauses relatives aux droits à bâtir. Comme nous l'avons vu dans la deuxième partie, cela s'explique en raison du fait qu'en application du droit des sols, le droit de construire est détenu par le volumier du sol. Il n'est pas prévu de dispositifs légaux de caducité ou de modification pour ces cahiers des charges, et cela est sans doute une bonne chose compte tenu généralement de la complexité de ces ensembles. Si toutefois l'idée de reconnaître une assiette volumétrique était reconnue par le législateur, la question de règles génériques de caducité ou d'évolution, pouvant s'appliquer à défaut de stipulation contraire, pourra se poser.

Quant au cahier des charges d'un ensemble immobilier résultant d'un remembrement réalisé par une AFU, qui est également par définition de nature différente de celui du lotissement, il n'est pas non plus prévu de dispositions particulières quant à son éventuelle péremption ou évolution. Pourtant, de tels cahiers des charges peuvent très bien contenir des règles d'urbanisme ou bien des stipulations limitant le droit de construire des propriétaires. Ce n'est donc pas par l'effet de la stipulation pour autrui que de telles clauses seraient opposables entre co-remembrés, mais par l'effet simplement de la liberté contractuelle. Les ensembles immobiliers remembrés étant relativement rares par rapport aux lotissements, cela explique sans doute pourquoi le législateur n'y a pas prêté attention.

A – La péremption du cahier des charges

(146.) Nous étudierons la question de la péremption – ou caducité – du cahier des charges, ou plutôt de certaines de ses clauses, d’abord en matière de lotissement et ensuite en matière de ZAC et de remembrement.

- Le cas du lotissement

(147.) Une loi du 6 janvier 1986 a posé une règle de caducité des règles d’urbanisme contenues dans les documents approuvés du lotissement dès lors qu’un plan d’occupation des sols ou un document d’urbanisme en tenant lieu était applicable sur le territoire dans lequel se situe le lotissement. Ce délai a été fixé à dix ans à compter de la délivrance de l’autorisation de lotir. Le texte a également prévu une disposition aux termes de laquelle une majorité de colotis pouvait demander le maintien de ces règles, avec l’accord de l’autorité administrative. Cette possibilité de maintien des règles du lotissement sera par la suite supprimée par la loi ALUR comme il a été indiqué dans la première partie.

L’ensemble des dispositions de la loi du 6 janvier 1986 fut alors inséré dans un premier temps à l’article L. 315-2-1 du Code de l’urbanisme, puis à l’article L. 442-9 depuis le 1^{er} octobre 2007. Ainsi, le premier alinéa de l’article L. 442-9 disposa jusqu’à l’entrée en vigueur de la loi ALUR que :

« Les règles d'urbanisme contenues dans les documents approuvés d'un lotissement deviennent caduques au terme de dix années à compter de la délivrance de l'autorisation de lotir si, à cette date, le lotissement est couvert par un plan local d'urbanisme ou un document d'urbanisme en tenant lieu. »

Il est bien clair que seuls les documents approuvés du lotissement sont visés par la caducité décennale, ce qui signifie que les cahiers des charges non-approuvés perdurent dans le temps. D’ailleurs, c’est également la loi du 6 janvier 1986 qui a inséré un alinéa à cet article disposant que :

« Les dispositions du présent article ne remettent pas en cause les droits et obligations régissant les rapports entre colotis définis dans le cahier des charges du lotissement, ni le mode de gestion des parties communes. »

L’intention du législateur de 1986 va alors logiquement connaître des désillusions lorsque les juridictions de l’ordre judiciaire auront à interpréter les dispositions de ces nouvelles dispositions. Dès l’entrée en vigueur de la loi, au 8 juillet 1988, des premières difficultés se sont présentées. Plus précisément, des divergences sont apparues entre la première et la troisième chambre de la Cour de cassation. Assez rapidement, la troisième chambre de la Cour de cassation s’est attachée au seul critère formel, en examinant le régime juridique du document en cause dans lequel ces clauses sont insérées pour déterminer leur caractère contractuel ou réglementaire. Dans un arrêt du 27 mars 1991, elle va alors considérer, au visa des articles 1134 et 1143 du Code civil, que :

« le cahier des charges du lotissement constitue le titre commun des parties et autorise le coloti en cas d'infraction commise par un autre coloti, à requérir le

respect de ce titre contractuel et à exiger la destruction de ce qui a été réalisé en contravention (...); »³⁵³

Quelques mois plus tard un nouvel arrêt de la même chambre allait poser le principe suivant :

« quelle que soit sa date, approuvé ou non, constitue un document contractuel dont les clauses engagent les colotis entre eux pour toutes les stipulations qui y sont contenues »³⁵⁴

Prenant le contrepied de la jurisprudence de la troisième chambre dans un arrêt du 13 octobre 1992, la première chambre avait fait prévaloir la nature de la clause, donc le critère matériel, en considérant que la circonstance que certaines dispositions du règlement soient insérées dans le cahier des charges ne les dépourvoyait de leur caractère réglementaire :

« Attendu, qu'en statuant ainsi, alors qu'il ressortait de ses propres constatations que la disposition en cause du cahier des charges du lotissement, dont les prescriptions présentent un caractère réglementaire du fait de son approbation préfectorale, était une règle d'urbanisme (...); »³⁵⁵

En l'espèce, il s'agissait certes d'un cahier des charges approuvé, mais une distinction est pour la première fois établie par la Cour de cassation entre la clause de nature purement contractuelle, et celle pouvant également revêtir une nature réglementaire, en l'occurrence pour fixer une règle d'urbanisme.

Finalement, ce sera la position de la troisième chambre qui s'imposera, selon une jurisprudence devenue constante au terme de laquelle la caducité n'affecte pas les clauses du cahier des charges, peu importe leur caractère réglementaire ou non, car c'est le document dans son ensemble qui doit être considéré comme étant de nature contractuelle³⁵⁶. Un arrêt du 22 mai 1996 allait en revanche considérer s'agissant d'un document intitulé « règlement applicable dans le lotissement », que :

« l'intitulé du document, la définition et la portée du règlement et les rubriques sous lesquelles figuraient ces prescriptions démontraient qu'il s'agissait de règles d'urbanisme, la cour d'appel en a déduit, à bon droit, que ce document avait un caractère réglementaire ; »³⁵⁷

La Cour de cassation s'est donc attachée, pour qualifier le document mis en cause de règlement ou de cahier des charges, au seul critère formel, et rejette implicitement l'idée qu'un règlement puisse contenir des dispositions de nature contractuelle, et inversement qu'un cahier des charges contienne des clauses de nature réglementaire.

La troisième chambre de la Cour de cassation maintiendra sa position au-delà de la réforme de 2007, un arrêt du 1^{er} décembre 2010 confirmant encore que :

« Le cahier des charges d'un lotissement peut être approuvé par arrêté préfectoral et cette approbation ne fait perdre aucune de ses stipulations, y

³⁵³ Cass. 3^{ème} Civ., 27 mars 1991, n° 89-19667

³⁵⁴ Cass. 3^{ème} Civ., 18 déc. 1991, n° 89-21046

³⁵⁵ Cass. 1^{ère} civ., 13 octobre 1992, n° 89-19667

³⁵⁶ En ce sens : Cass. 3^{ème} civ., 30 juin 1994, n° 90-19672 ; Cass. 3^{ème} civ., 11 janvier 1995, n° 92-15732 ;

³⁵⁷ Cass. 3^{ème} civ., 22 mai 1996, n° 94-12146

*compris celles qui édictent des règles d'urbanisme, leur caractère contractuel entre colotis »*³⁵⁸

En définitive, il ne faisait plus aucun doute que les règles d'urbanisme contenues dans le cahier des charges approuvé étaient bel et bien frappées de caducité à l'égard de l'autorité administrative pour l'instruction des demandes de permis de construire, mais que toutes ses clauses, quelle qu'en soit la nature juridique, demeuraient valables dans les rapports entre colotis, sans limitation dans le temps. Cette solution vaudrait donc *a fortiori* pour les cahiers des charges non-approuvés.

- Le cas de la ZAC

(148.) Pour la ZAC, là encore la confusion est entretenue entre les clauses de cahier des charges de cession de terrain de portée générale, et celles attribuant à chaque terrain un nombre prédéfini de mètres carrés constructibles. Cette ambiguïté se retrouve dans la rédaction des nouvelles dispositions relatives au cahier des charges de ZAC en 2000 par la loi SRU, insérant à l'article L. 311-6 un troisième alinéa qui dispose que :

« Le cahier des charges devient caduc à la date de la suppression de la zone. Les dispositions du présent alinéa ne sont pas applicables aux cahiers des charges signés avant l'entrée en vigueur de la loi n° 2000-1208 du 13 décembre 2000 relative à la solidarité et au renouvellement urbains. »

Le législateur a ainsi créé deux catégories de cahiers des charges : d'une part ceux signés avant l'entrée en vigueur de la loi SRU, qui étaient pour rappel facultatifs, et qui ne sont pas frappés de caducité à la date de la suppression de la zone, et d'autre part ceux signés après l'entrée en vigueur de la loi SRU, qui sont désormais obligatoires, et qui sont frappés d'une caducité automatique dès lors que la ZAC est supprimée.

Il convient d'abord de s'intéresser au sort des cahiers des charges signés avant l'entrée en vigueur de la loi SRU. Selon les dispositions en vigueur antérieurement, à savoir l'ancien article R. 311-19, la seule référence faite au temps ne concernait, comme c'est également le cas aujourd'hui dans l'article L. 311-6, que les prescriptions techniques, urbanistiques et architecturales *« imposées aux constructeurs pendant la durée de la réalisation de la zone »*. Aujourd'hui comme auparavant, les prescriptions techniques, urbanistiques et architecturales sont donc caduques à la suppression de la ZAC. Mais quelle règle du cahier des charges peut devenir caduque si ce n'est une prescription technique, urbanistique et architecturale ? Cela voudrait peut-être signifier que le report de constructibilité exprimé en nombre de mètres carrés de surface (en l'occurrence de SHON à l'époque) constructibles en vertu du cahier des charges n'est jamais frappé de caducité, quand bien même la ZAC est supprimée. Il faut admettre que cela serait une curiosité juridique.

On peut alors se demander si la nouvelle rédaction des textes issus de la loi SRU a véritablement apporté une innovation. Toute la difficulté est de savoir quelles clauses du cahier des charges deviennent caduques : celles ne liant l'acquéreur qu'à l'aménageur ? Celles réciproquement opposables aux propriétaires ? Les deux ? Une réponse ministérielle n'est intervenue que très tardivement, pour tenter d'apporter quelques éclaircissements :

³⁵⁸ Cass, 3^{ème} civ., 1^{er} déc. 2010, n° 09-17117

*« Il en résulte que les cahiers des charges annexés aux actes de vente signés avant l'entrée en vigueur de la loi SRU restent soumis aux dispositions antérieures. La plupart de ces cahiers des charges prévoyaient d'eux-mêmes que leurs règles étaient applicables pour la durée de la zone. Dans ce cas, il y a lieu de considérer qu'elles deviennent caduques lors de la suppression de la zone. D'autres, au contraire, avaient un caractère pérenne. Dans ce cas, les cahiers des charges continuent à s'appliquer, y compris après la suppression de la zone, comme des contrats de droit privé. Ils ne prévalent pas sur le plan local d'urbanisme, mais doivent être combinés avec celui-ci, comme toutes les servitudes privées. »*³⁵⁹

Cette réponse ministérielle a été critiquée par une partie de la doctrine³⁶⁰, et c'est à plus d'un titre que nous nous joignons à ces critiques. D'abord, elle établit une distinction parmi les cahiers des charges anciens (avant 2000) entre ceux qui prévoyait d'eux-mêmes des règles de caducité et ceux qui n'en prévoyaient pas. En réalité, le point de césure entre les cahiers des charges anciens ne se trouve pas dans leur contenu, mais s'explique par le décret précité du 14 mars 1986 créant l'ancien article R. 311-19 du Code de l'urbanisme, qui avait implicitement prononcé la caducité des prescriptions techniques, urbanistiques et architecturales à la suppression de la ZAC. Par conséquent, les cahiers des charges très anciens (avant 1986) ne deviendraient jamais caducs, à moins effectivement qu'ils ne contiennent des dispositions contraires, et ceux moins anciens (entre 1986 et 2000), dont les prescriptions deviennent automatiquement caduques à la suppression de la zone. Dans tous les cas où le cahier des charges ancien devient caduc, l'interprétation de l'administration aurait alors tendance à considérer que ses clauses n'expirent qu'en tant que dispositions réglementaires mais continuent à s'appliquer en tant que clauses contractuelles, et va même jusqu'à les qualifier de servitudes privées. Nous objecterons à cela que de telles clauses revêtent une nature contractuelle seulement s'il est établi que l'aménageur les a stipulées pour autrui au sens de l'article 1121 du Code civil. Quant à la qualification de servitudes, nous avons déjà émis des réserves, s'agissant du cahier des charges de lotissement, pour considérer des clauses générales et impersonnelles comme telles.

Cette réponse ministérielle signifierait également *a contrario* que les nouveaux cahiers des charges de cession de terrain (après 2000) sont frappés d'une caducité totale, y compris s'agissant du caractère contractuel de ses clauses. Un auteur s'est rallié à cette position, en affirmant que : *« Cette caducité est de portée générale, à notre sens : le cahier des charges ne subsiste pas, même pour les relations de droit privé entre intéressés »*³⁶¹. Pourtant, on connaît les réticences qu'ont les juridictions judiciaires à reconnaître la péremption de clauses de nature contractuelle d'un document de nature réglementaire devenu caduc dès lors que l'intention des parties à contracter est non-équivoque et que celles-ci n'ont pas manifesté le souhait de remettre en cause leurs engagements réciproques. Ce qui est sûr, c'est que cette caducité ne concerne que la dimension réglementaire du cahier des charges, quelque soit la date de sa signature (hors éventuellement les cahiers des charges très anciens ne contenant pas de clauses en ce sens), c'est-à-dire son opposabilité à une demande

³⁵⁹ Rép. min. n° 61682 : JOAN Q 20 avr. 2010, p. 4494

³⁶⁰ Gilles Godfrin, « Pérennité des servitudes d'anciens cahiers des charges de cession de terrain », Constr.-Urb. n° 7, 2010, comm. 97

³⁶¹ *Op. cit.* Soazic Marie, *Zone d'aménagement concerté*, JCP Administratif, fasc. 549, 2013, comm.

de permis de construire. Mais ses dispositions subsistent en tant que clause contractuelle comme a pu le soutenir la doctrine. Un auteur a pu écrire en 2003 que « du point de vue civil, dès lors qu'il est annexé à l'acte de vente et que ce dernier y renvoie expressément, le cahier des charges a une valeur contractuelle »³⁶². Nous avons également relevé que la Cour de cassation n'hésitait pas à reconnaître la nature contractuelle de clauses de cahiers des charges de ZAC, même si tous les arrêts que nous avons pu relever en la matière ne concernent que des cahiers des charges anciens³⁶³.

Aucune jurisprudence de la Cour de cassation n'a, à notre connaissance, eu à trancher sur la question de la contractualisation des règles du cahier des charges de ZAC devenu caduc. En revanche, plusieurs juridictions du second degré ont admis cette contractualisation. C'est le cas par exemple d'un arrêt de la Cour d'appel de Pau qui a jugé que :

*« A défaut d'indication des parties sur la durée de validité du règlement d'urbanisme applicable à cette zone d'aménagement concerté, il y a lieu de considérer, dès lors que les règles fixées dans ces documents d'urbanisme ont un caractère pérenne, que les cahiers de charges continuent de s'appliquer, y compris après la suppression de la zone, comme des contrats de droit privé »*³⁶⁴.

Sauf qu'une fois encore, il s'agit d'une ZAC dont le cahier des charges est ancien. D'autres cours d'appel ont également reconnu la pérennité des cahiers des charges en tant que document de nature contractuelle malgré la suppression de la ZAC³⁶⁵, mais il n'a pas encore été présenté, à notre connaissance, de contentieux sur la caducité de cahiers des charges post-SRU.

- Le cas du remembrement réalisé par une AFU

(149.) On pourrait évoquer également la possibilité donnée par le législateur, pour des opérations de remembrement réalisées par une AFU, de fixer des prescriptions d'urbanisme. L'article L. 322-6 du Code de l'urbanisme dispose en effet, en son cinquième alinéa, que « L'acte de l'autorité administrative impose, en tant que de besoin, des prescriptions propres à l'opération, en complément de la réglementation d'urbanisme applicable à la zone considérée ». Nous l'avons souligné dans la première partie, le législateur ne fixe aucune règle de caducité de ces prescriptions. Nous sommes d'avis néanmoins qu'elles deviennent caduques une fois dissoute l'association dans les conditions prévues par les dispositions de l'ordonnance n° 2004-632 du 1^{er} juillet 2004 relative aux associations syndicales de propriétaires. Cette caducité pourrait également jouer dans l'hypothèse de la distraction d'un terrain prévue à l'article L. 322-16 du Code de l'urbanisme, étant précisé que cette caducité ne concernerait que le terrain distrait. Il y a toutes les raisons de penser que, à l'instar de la ZAC, ces prescriptions demeurent opposables dans les relations contractuelles entre les co-remembrés dès lors qu'elles ont été insérées dans les actes de vente.

³⁶² Michèle Raunet, « Zone d'aménagement concerté et plan local d'urbanisme », AJDA 2003, p. 1557

³⁶³ *Op. cit.* Cass. 3^{ème} civ., 23 oct. 2012, n° 11-17.601 ; Cass. 3^e civ., 21 nov. 2012, n° 11-25668 et Cass. 3^e civ., 26 juin 2013, n° 12-19.698

³⁶⁴ CA Pau, 28 mai 2015, n° 15/2138, 13/04442

³⁶⁵ CA Paris, 1^{er} octobre 2015, n° 13/09882 ; CA Aix-en-Pce, 6 mars 2014, n° 2014/100

Toutefois, les transferts de propriété de terrains remembrés ne résultant généralement pas d'une vente, mais d'une réattribution, la stipulation pour autrui ne saurait opérer. Il faudrait alors que l'intention de contracter s'opère directement entre les parties elles-mêmes. Ces interrogations n'ont toutefois qu'un intérêt théorique car, à notre connaissance, il n'existe pas de jurisprudence sur ce point, ni de prises de position doctrinale.

La contractualisation fortuite.

(150.) Pour revenir au lotissement, s'était rapidement posée la question de savoir ce qu'il adviendrait du cahier des charges mentionnant ou reproduisant les dispositions des documents de nature réglementaire devenues caduques. Malgré la réforme de 1977, il était resté d'usage de reproduire les prescriptions d'un arrêté de lotissement, y compris celles du règlement, dans le cahier des charges ou dans les actes de vente. Alors que les règles d'urbanisme contenues dans les documents de nature réglementaire étaient désormais frappées de caducité, la troisième chambre civile de la Cour de cassation avait commencé par considérer, dans les années 1980, que les prescriptions de l'arrêté de lotissement pouvaient être contractualisées par leur simple mention ou reproduction dans le cahier des charges et restaient donc opposables dans les relations entre colotis³⁶⁶. Dans les années 1990, la même chambre confirma sa position s'agissant cette fois-ci plus spécifiquement de la reproduction du règlement dans les actes de vente³⁶⁷.

Pourtant, la première chambre civile de la Cour de cassation avait eu une interprétation contraire, en considérant pour sa part que la reproduction des articles du règlement de lotissement dans les actes de vente n'avait pu avoir pour effet de lui conférer un caractère contractuel³⁶⁸. Dans un arrêt très commenté du 15 décembre 1999, la troisième chambre s'aligna sur la position de la première chambre, en mettant fin à la reconnaissance d'une contractualisation automatique des prescriptions du règlement par simple reproduction du règlement dans les actes. Pour que le contenu du règlement puisse désormais revêtir une portée contractuelle, la volonté des parties doit être manifeste³⁶⁹. Le législateur profita alors de la loi SRU pour intégrer la position désormais unanime de la première et de la troisième chambre de la Cour de cassation dans le Code de l'urbanisme. Une disposition fut alors intégrée, codifiée aujourd'hui à l'article L. 115-1 (ex. art. L.111-5), aux termes duquel :

« La seule reproduction ou mention d'un document d'urbanisme ou d'un règlement de lotissement dans un cahier des charges, un acte ou une promesse de vente ne confère pas à ce document ou règlement un caractère contractuel. »

Il s'agissait alors principalement de lutter contre la « contractualisation fortuite » des règles du lotissement, pour reprendre les termes de la circulaire d'application de la loi SRU³⁷⁰. Cette nouvelle disposition a alors donné lieu à une abondante jurisprudence

³⁶⁶ Cass. 3^{ème} civ., 18 mai 1983 : Bull. civ. 1983, III, n° 117

³⁶⁷ Cass. 3^{ème} civ., 4 nov. 1998 : Bull. civ. 1998, III, n° 207

³⁶⁸ Cass. 1^{ère} civ., 25 juin 1991 : Bull. civ. 1991, I, n° 215

³⁶⁹ Cass. 3^{ème} civ., 15 déc. 1999 : Constr.-urb. 2000, comm. 77, obs. Ph. Benoit Cattin ; BJD 6/1999, obs. C. Masson-Daum ; Defrénois 2000, p. 453, obs. S. Pérignon

³⁷⁰ Circ. n° 2001-3, 18 janv. 2001 portant présentation de la loi SRU et premières directives d'application

tout au long des années qui suivirent, les juridictions civiles ayant désormais à rechercher l'intention des parties de contracter des obligations réglementaires. Nous n'allons pas en établir un relevé exhaustif ici, mais pouvons néanmoins citer un auteur pour lequel les différentes solutions dégagées ne permettent pas de déterminer avec précision « *si la reproduction d'un règlement dans un acte ou dans un cahier des charges est faite à titre informatif ou de contractualisation* »³⁷¹. Plutôt que de s'en remettre à l'aléa judiciaire pour caractériser ou non la portée contractuelle d'une prescription d'urbanisme, les notaires ont appelé de leurs vœux, lors de leur congrès de 2007 à Lyon, à une évolution législative dont l'objet serait d'imposer la publication au bureau des hypothèques du cahier des charges pour le rendre opposable à l'ensemble des colotis³⁷². Plusieurs années après, la loi ALUR a finalement repris cette proposition dans la loi, mais seulement s'agissant des clauses de nature non-réglementaire. Nous y reviendrons.

La question de la qualification de clauses de cahier des charges assimilables à des règles d'urbanisme est revenue dans une affaire ayant fait l'objet d'un arrêt du 22 mai 2012 par lequel la Cour de cassation a considéré qu'en dépit de l'ambiguïté du vocabulaire utilisé, un document intitulé « règlement », qui fixait les servitudes réciproques et perpétuelles établies au profit et à la charge des différents lots « *avait la nature d'un cahier des charges, contrat de droit privé à caractère perpétuel* »³⁷³. Un commentateur avait souligné que la troisième chambre restait « *attachée à la recherche d'un aspect intentionnel puisqu'elle prend soin de relever qu'il n'était pas soutenu que l'acte litigieux 'reproduisait ou faisait mention d'un document d'urbanisme ou d'un règlement extérieur'* »³⁷⁴. La troisième chambre a donc fini par prendre le contrepied du critère formel auquel elle s'était attachée auparavant pour qualifier un document de règlement ou de cahier des charges.

Tout juste quelques semaines après, la Cour administrative d'appel de Marseille avait adopté une position similaire au sujet d'un lotissement datant de 1923, dont le cahier des charges n'avait pu en aucun cas être approuvé, puisqu'antérieur à la loi du 19 juillet 1924. Quand bien même les actes de vente des différents lots du lotissement faisaient référence à un « règlement », qui ne leur était au demeurant pas annexé, celui-ci ne pouvait en aucun cas revêtir une portée réglementaire³⁷⁵. Le Professeur Trémeau avait observé à cet égard que :

« En réalité, la nature juridique de l'acte dépend des conditions de sa formation. Si sa force obligatoire découle d'un accord de volonté entre tous les colotis, il s'agit d'un acte contractuel ; si elle procède de la volonté unilatérale de l'administration, en tant qu'expression d'une prérogative de puissance publique, indépendamment du consentement des acquéreurs de lots, on est alors en présence d'un acte réglementaire. Dans ces conditions, on

³⁷¹ Jean-Marie Delpérier, « *Les règles d'urbanisme applicables à la revente d'un bien dépendant d'un lotissement* », Defrénois n° 10/03, p. 655

³⁷² 103e congrès des notaires de France, *Division de l'immeuble bâti. Le sol – l'espace – le bâti*, Lyon, 23-26 septembre 2007, p. 904

³⁷³ Cass. 3ème civ., 22 mai 2012, n° 10-25227

³⁷⁴ Nicolas Le Rudulier, « *Lotissement : conditions de la contractualisation des règles d'urbanisme* », AJDI, 2012, p. 602

³⁷⁵ CAA Marseille, 28 juin 2012, Commune de Villefranche-sur-Mer, n° 10MA03013

comprend que l'appellation retenue par le document lui-même soit seulement un élément d'appréciation, sans être déterminante, (...) »³⁷⁶.

C'est donc bien dans la volonté des parties que les juridictions civiles et administratives s'accordent pour reconnaître la contractualisation de règles communes de lotissement. On peut y voir là une prépondérance du critère matériel sur le critère formel quant à la qualification ou non du document en contrat. Alors que pour lui reconnaître une valeur réglementaire, seul compte le critère formel de l'approbation.

Selon la méthode de la recherche de la volonté des parties, il peut arriver également que la Cour de cassation ne reconnaisse pas la valeur contractuelle d'un règlement, alors même que celui-ci énonçait que le document en question « *s'impose à tout acquéreur ou occupant d'un lot à quelque titre que ce soit* ». La Cour suprême a ainsi pu censurer l'arrêt d'une cour d'appel qui avait déduit de ce simple énoncé une volonté des colotis de contracter le contenu du règlement, y voyant une formulation classique de règlement qui ne suffisait pas à caractériser la contractualisation³⁷⁷.

La réaffirmation de la primauté de la règle administrative par la loi ALUR.

(151.) Avec la loi ALUR, le législateur a voulu réaffirmer la primauté de la règle prévue dans les documents d'urbanisme sur celle fixée dans les cahiers des charges qui est, par hypothèse, plus restrictive. Pour ce faire, il a explicitement élargi la caducité décennale au cahier des charges du lotissement, en établissant toutefois une distinction entre ceux qui sont approuvés et ceux qui ne le sont pas. Il apparaît utile de reproduire ci-après le premier alinéa de l'article L. 442-9 dans sa rédaction désormais en vigueur :

« Les règles d'urbanisme contenues dans les documents du lotissement, notamment le règlement, le cahier des charges s'il a été approuvé ou les clauses de nature réglementaire du cahier des charges s'il n'a pas été approuvé, deviennent caduques au terme de dix années à compter de la délivrance de l'autorisation de lotir si, à cette date, le lotissement est couvert par un plan local d'urbanisme ou un document d'urbanisme en tenant lieu. »

Pour les cahiers des charges approuvés, le principe de péremption est identique à ce qu'il est pour le règlement, son régime lui étant assimilé de par sa nature administrative. Pour les cahiers des charges non approuvés, seules les stipulations de nature réglementaire deviennent caduques passé un délai de dix ans. Il s'agit là d'un coup fatal porté à la pratique de la contractualisation fortuite ou non des règles d'urbanisme. Le nouveau texte est donc censé mettre fin aux actions civiles à l'encontre de constructions légalement autorisées en vertu des règles d'urbanisme en vigueur. À cet égard, on peut se demander si l'ancien article L. 111-5, introduit par la loi SRU et qui a pour objet d'écarter toute hypothèse de contractualisation fortuite par la simple reproduction ou mention d'un document d'urbanisme ou d'un règlement d'urbanisme dans un cahier des charges, a encore lieu d'être. En effet, comment des règles d'urbanisme pourraient être contractualisées dans la mesure où la caducité touche désormais également les clauses de nature réglementaire du cahier des charges ? Bien que la question du bien-fondé du maintien de cette disposition eu

³⁷⁶ Jérôme Trémeau, « *Comment distinguer un cahier des charges d'un règlement ?* », BJDU, 2/13, p.

117

³⁷⁷ Cass. 3^{ème} civ., 15 janv. 2013, n° 10-28641

égard aux changements apportés par la loi ALUR, l'ordonnance n° 2015-1174 du 23 septembre 2015 dont l'objet a été de réécrire la partie législative du Livre I^{er} du code de l'urbanisme, l'a maintenue en le codifiant désormais à l'article L.115-1, inséré dans un Chapitre V intitulé « Règles applicables à certaines cessions et locations ». Dès lors, sans doute s'agit-il du cas spécifique où la mention ou bien la reproduction des règles d'urbanisme figurerait sur l'acte ou la promesse de vente. Si tel est le cas, il serait alors judicieux de supprimer de cette disposition la référence au cahier des charges.

Quoiqu'il en soit, la Cour de cassation continue de rechercher l'intention des contractants pour déterminer si des clauses initialement de nature réglementaire sont devenues contractuelles. Dans un arrêt, non-publié au bulletin, en date du 7 avril 2015, la Cour de cassation a considéré qu'un cahier des charges autorisé, dont la date d'approbation n'est pas précisée mais dont on sait qu'il a fait l'objet d'une modification par un arrêté préfectoral du 30 août 1954, avait cessé de produire ses effets puisqu'il « *qu'il n'était pas justifié de la volonté non équivoque des colotis de donner un caractère contractuel à cette disposition dont ils n'avaient pas sollicité le maintien* »³⁷⁸. Il faut souligner toutefois que la loi ALUR n'était pas susceptible de produire une quelconque incidence quant aux circonstances de droit dont il était question, à savoir un cahier des charges approuvé dont les colotis n'ont pas demandé le maintien comme il pouvait être d'usage autrefois.

A contrario, mais toujours selon le même raisonnement, la Cour suprême a reconnu, dans un arrêt intervenu quelques mois plus tard, l'intention des colotis de contractualiser les prescriptions d'un document intitulé « document du lotissement », et ce en dépit des évolutions apportées par la loi ALUR³⁷⁹.

La notion de règle d'urbanisme contenue dans un cahier des charges.

(152.) La nouvelle rédaction de l'article L. 442-9 dispose que ce sont bien les règles d'urbanisme qui deviennent caduques aux termes de dix années. Et d'ajouter que ces règles d'urbanisme peuvent se trouver soit dans un règlement, soit dans un cahier des charges approuvé, ou bien soit dans une clause de nature réglementaire d'un cahier des charges non-approuvé. Faut-il en déduire que les cahiers des charges approuvés et les clauses de nature réglementaire des cahiers des charges non approuvés constituent un ensemble large dont les règles d'urbanisme ne seraient qu'une composante ? Ou bien faut-il plutôt comprendre que toute clause de cahier des charges approuvé ou bien toute clause de nature réglementaire de cahier des charges non approuvé est une règle d'urbanisme ? Dans un premier commentaire paru quelques semaines après la promulgation de la loi ALUR, Patrice Cornille note une ambiguïté, qui a été voulue selon lui pour couvrir des hypothèses de règles ne figurant pas traditionnellement dans les règlements d'urbanisme de PLU, mais bien dans les cahiers des charges, comme par exemple l'interdiction de subdiviser³⁸⁰.

Une note du ministère de l'égalité des territoires et du logement datant du mois de mai 2014 précise pour sa part que les stipulations de nature réglementaire sont celles qui complètent les règles du document d'urbanisme ou qui relèvent des dispositions

³⁷⁸ Cass. 3^{ème} civ., 7 avril 2015, n° 14-11.683

³⁷⁹ Cass. 3^{ème} civ., 7 janv. 2016, n° 14-24.445

³⁸⁰ Patrice Cornille, « *De l'impact sans précédent de la loi ALUR sur le dossier du lotissement* », Constr.-Urb, mai 2014, dossier 7, n° 5

d'urbanisme au sens de l'article L. 421-6 du Code de l'urbanisme, soulignant au passage que de telles stipulations n'ont pas leur place dans des documents de nature contractuelle³⁸¹. En l'occurrence, l'article L. 421-6 du Code de l'urbanisme vise les dispositions opposables à la délivrance d'un permis de construire ou d'aménager, c'est-à-dire celles relatives « *à l'utilisation des sols, à l'implantation, la destination, la nature, l'architecture, les dimensions, l'assainissement des constructions et à l'aménagement de leurs abords* ». Une telle clarification par les services du ministère est pertinente, mais lorsque des cas d'espèce seront portés à l'appréciation d'un juge pour établir s'il s'agit de stipulation de nature réglementaire ou non, les choses seront sans doute moins évidentes. Il est par exemple intéressant de relever qu'un arrêt de Conseil d'Etat en date du 17 octobre 2014, portant certes sur les clauses d'un cahier des charges approuvé, a pu poser la question de savoir ce qu'était règle d'urbanisme au sens de l'article L. 442-9. Dans cette affaire, il a été considéré qu'une clause d'un cahier des charges stipulant que « *L'ensemble du terrain restera sans clôture de quelque nature que ce soit* » et que « *Les voies, passages et chemins créés sur le terrain devront permettre au profit des copropriétaires et à perpétuité la libre circulation tant pour les véhicules de toute sorte que pour les piétons* » ne pouvait être regardée comme une règle d'urbanisme et n'était donc pas à ce titre frappée de la caducité prévue à l'article L. 442-9. Par ailleurs, comme le cahier des charges était approuvé en l'espèce, cette clause demeurerait opposable aux demandes d'autorisation d'urbanisme, en l'occurrence une déclaration préalable³⁸². Autrement dit, le Conseil d'Etat entérine le fait que ce ne sont pas les cahiers des charges approuvés ou bien les clauses de nature réglementaire des cahiers des charges non-approuvés qui deviennent caducs, mais seulement les règles d'urbanisme qu'ils contiennent, en retenant une définition restrictive de la règles d'urbanisme.

On a là toutefois une contradiction avec la position du ministère selon laquelle une règle d'urbanisme est une des dispositions opposables aux demandes des permis de construire et d'aménager telles que citées exhaustivement à l'article L. 421-6 du Code de l'urbanisme. Ce que le Conseil d'Etat semble laisser entendre au contraire, c'est qu'une règle d'urbanisme se démarque par le fait qu'elle pourrait prendre sa place dans le règlement d'un document d'urbanisme. Tel n'est pas le cas d'une clause interdisant la pose d'une clôture ne permettant pas l'accès de la voirie du lotissement aux personnes qui lui sont étrangères. Il réintroduit alors un critère matériel, celui-là même qu'il avait déjà retenu dans la jurisprudence *Commune de Reichstett* précitée, qui invite à l'examen de rechercher, clause par clause, ce qui relève effectivement de la règle d'urbanisme et qui par conséquent tombe sous le coup de la péremption.

Il est peu probable en revanche qu'une telle solution soit transposable au cahier des charges non-approuvé, peu importe qu'il s'agisse d'une clause de nature réglementaire ou non-réglementaire. N'ayant jamais revêtu de portée réglementaire, on imagine mal comment une clause de cahier des charges non-approuvés, fût-elle de nature réglementaire, pourrait être opposable à l'administration. Nous avons en revanche souligné que la Cour de cassation n'établit pas de distinction entre un cahier des charges approuvé et non-approuvé en ce qui concerne la portée contractuelle des clauses du document. La loi ALUR n'a donc pas vraiment simplifié les choses. Contrairement à ce que l'on aurait pu croire, ce ne sont pas les cahiers des charges

³⁸¹ Ministère du logement et de l'égalité des territoires, *La mobilisation des terrains issus du lotissement suite à la loi ALUR*, note administrative, juin 2014

³⁸² CE, 17 octobre 2014, *Association syndicale libre des propriétaires du lotissement de la Baie du Gaou Benat*, n° 359459, BJDU n° 2, 2015, p. 102, Concl. Suzanne von Coester, Obs. J. Trémeau

approuvés qui deviennent caducs passés un délai de dix ans, mais seulement les règles d'urbanisme qu'ils contiennent. Et comme les clauses de nature réglementaire d'un cahier des charges non-approuvé n'ont jamais pu être opposables à l'administration, il est difficile de distinguer la portée d'une caducité.

Par conséquent, ce n'est pas le cahier des charges approuvé dans son intégralité qui est frappé de caducité pour ce qui concerne son opposabilité aux demandes d'autorisation d'urbanisme, mais seulement les règles d'urbanisme qu'il pourrait contenir. Cela signifie que toutes les clauses n'étant pas des règles d'urbanisme insérées dans des cahiers des charges approuvés demeurent parfaitement opposables aux demandes d'autorisation d'urbanisme. Toute la question reste de savoir ce qu'est une règle d'urbanisme au sens de l'article L. 442-9 du Code de l'urbanisme. Si l'on suit le raisonnement de la jurisprudence, selon lequel une règle d'urbanisme est une prescription que l'on pourrait trouver dans le règlement d'un PLU, il serait alors assez aisé de tracer une frontière précise entre les clauses qui en relèvent et celles qui n'en relèvent pas. Cela dit, il pourrait y en avoir une interprétation extensive : des clauses relatives par exemple à la couleur des volets pourraient être assimilées à des règles d'urbanisme, puisqu'il existe des règlements de PLU prévoyant des prescriptions de ce type. Or, la couleur des volets relève aussi de ce que l'on pourrait qualifier de clauses relatives à la conservation de l'ensemble immobilier, et donc d'obligations réelles, et pas tout à fait de charges. C'est pourquoi nous serions davantage d'avis de ne limiter la qualification de règles d'urbanisme qu'aux prescriptions minimales que l'on trouve dans tous les règlements de PLU, à savoir celles qui dessinent l'enveloppe bâtie.

La dernière réforme de la partie réglementaire du Code opérée par le décret du 28 décembre 2015, que nous avons évoquée précédemment, a sans doute eu pour effet de compliquer les choses. Auparavant, le formalisme des règlements d'urbanisme était clair. Celui-ci consistait en 14 articles, chacun des articles correspondant à une thématique prévue à l'ancien article R. 123-9 du Code de l'urbanisme. Désormais, il a été mis fin à un tel formalisme. Mais le nouvel article R. 151-9 du Code de l'urbanisme précise toutefois que :

« Le règlement contient exclusivement les règles générales et servitudes d'utilisation des sols destinées à la mise en œuvre du projet d'aménagement et de développement durables, dans le respect de l'article L. 151-8 (...) ».

Et l'article L.151-8 dispose pour sa part que :

« Le règlement fixe, en cohérence avec le projet d'aménagement et de développement durables, les règles générales et les servitudes d'utilisation des sols permettant d'atteindre les objectifs mentionnés aux articles L. 101-1 à L. 101-3. »

En définitive, les textes d'application de la loi ALUR ont rendu la définition d'une règle d'urbanisme encore plus floue qu'elle ne l'était auparavant, puisqu'on ne peut plus savoir précisément quel type de prescription a sa place ou non dans un règlement de PLU. Toutefois, ceux édictés sous l'empire de l'ancien article R. 123-9 vont certainement perdurer encore de nombreuses années, et pourront à ce titre toujours servir de référence lorsqu'il sera recherché si une clause de cahier des charges est une règle d'urbanisme.

Dans la première partie de la présente thèse, à défaut de tenter de définir ce qu'était une règle d'urbanisme, nous nous sommes attachés à en donner une typologie. Les

règles d'urbanisme se distinguent entre celles dites qualitatives et celles dites quantitatives. Pour ce qui concerne les règles quantitatives, c'est-à-dire celles dont la combinaison détermine la densité constructible, il ne fait peu de doute qu'une stipulation du cahier des charges fixant des chiffres correspondant à une hauteur, à une emprise, à une implantation ou encore au gabarit, pourra être regardée comme étant une règle d'urbanisme. *A fortiori*, si un cahier des charges fixe un COS, en dépit de sa disparition des règlements des documents d'urbanisme, celui-ci devra être regardé comme une règle d'urbanisme contenue dans une clause de nature réglementaire. Pour ce qui concerne les règles qualitatives, portant par exemple sur la couleur des volets, il est sans doute plus délicat de savoir s'il peut s'agir de règles d'urbanisme ou non.

Les juridictions civiles gardiennes du contrat.

(153.) Toute cette réflexion sur la question de savoir ce qu'est une règle d'urbanisme au sens de l'article L. 442-9 n'a finalement qu'un intérêt limité si les juridictions judiciaires, et en particulier la Cour de cassation, n'infléchissent pas la position qui était la leur avant la promulgation de la loi ALUR. On savait déjà que la Cour de cassation avait posé en 1991 un principe, sur lequel elle n'est jamais revenue, et aux termes duquel le cahier des charges :

*« quelle que soit sa date, approuvé ou non, constitue un document contractuel dont les clauses engagent les colotis entre eux pour toutes les stipulations qui y sont contenues »*³⁸³

Et d'ajouter par la suite, comme indiqué dans le paragraphe précédent, qu'il n'y avait pas lieu de distinguer selon que ces clauses doivent être regardées ou non comme des règles d'urbanisme. Or, il apparaît que la Cour de cassation n'est pas encline à intégrer la distinction opérée par la loi ALUR entre les clauses d'un cahier des charges, selon leur nature réglementaire ou non, et donne toute sa valeur contractuelle à une clause que le Conseil d'Etat pourrait probablement considérer comme étant une règle d'urbanisme. En effet, dans un arrêt du 8 juillet 2014, soit plusieurs mois après l'entrée en vigueur de ladite loi, les magistrats de la troisième chambre civile de la Cour de cassation ont jugé que dès lors que l'intention de contracter des restrictions au droit de construire était non-équivoque, cela valait force de loi entre les parties. Ci-après l'attendu de principe de l'arrêt :

« Attendu qu'ayant exactement retenu que la caducité des règles d'urbanisme contenues dans les documents approuvés d'un lotissement au terme de dix années à compter de la délivrance de l'autorisation de lotir ne remettait pas en cause les droits et les obligations régissant les rapports entre colotis définis dans le cahier des charges du lotissement et relevé que les dispositions de celui-ci relatives à la hauteur de la toiture et la densité de construction contenaient des prescriptions spécifiques ne se référant à aucun document d'urbanisme et, par motifs adoptés, que l'acquéreur ne contestait pas avoir eu connaissance du cahier des charges et qu'il s'était obligé, dans l'acte de vente, à en respecter les charges et conditions, la cour d'appel, qui n'était pas tenue de procéder à des recherches que ses constatations rendaient inopérantes et qui a répondu aux conclusions sur les imprécisions alléguées du cahier des

³⁸³ *Op. cit.*, Cass. 3^{ème} civ., 18 déc. 1991, n° 89-21046

charges, a légalement justifié sa décision en accueillant la demande de mise en conformité de la construction au cahier des charges du lotissement ; »³⁸⁴.

Cet arrêt nous semble important en dépit du fait qu'il n'ait pas été publié au bulletin ni commenté par la doctrine. Il indique que la caducité ne remet pas en cause les droits et obligations régissant les rapports entre les colotis, en recherchant l'intention des parties. Les clauses contractées consistaient bien à fixer une hauteur maximale et une densité de construction, constituant pourtant par excellence des règles d'urbanisme. En l'espèce, une règle de COS était même contractualisée, alors même que les règles de COS fixées dans les règlements de PLU étaient, à la date de l'arrêt, déjà devenues inopposables. Mais à la question de savoir si un contrat peut valablement stipuler des règles d'urbanisme, la Cour suprême continue de répondre par l'affirmative en dépit des nouvelles dispositions de la loi ALUR. Dans une étude intitulée « *En finir avec le cahier des charges ?* » parue la même année, un auteur a pu relever que l'histoire avait tendance à se répéter :

« Mais parier sur l'évolution de la jurisprudence est aventureux, l'expérience de la loi de 1986 a démontré que le juge suprême pouvait s'attacher à contrecarrer l'intention du législateur en se posant en gardien du contrat »³⁸⁵.

La troisième chambre civile de la Cour de cassation a maintenu sa position dans un arrêt du 21 janvier 2016 cette fois-ci publié au bulletin. Elle confirme que toutes les clauses des cahiers des charges ont une valeur contractuelle, y compris les clauses assimilables à des règles d'urbanisme puisque formulées dans des termes que l'on pourrait déduire d'un règlement d'un PLU. En l'espèce, la clause litigieuse excluait toute construction au sol d'une superficie dépassant 250 m², ce qui constitue une règle d'emprise au sol, certes non sous forme de coefficient comme il est habituel d'en trouver, mais sous forme de plafond indifférencié. Soulignons d'ailleurs qu'une règle d'emprise indifférenciée est encore plus rigide qu'une règle d'emprise définie par un coefficient, en raison du fait que la superficie ou la configuration du terrain, élément contextuel, importe peu dans son application. Il faut dire que le cahier des charges en l'espèce date de 1926, et qu'à l'époque la définition de règles par des coefficients n'était sans doute pas encore devenue une pratique courante. Il est intéressant de relever également qu'en raison de sa date d'édiction, le cahier des charges était probablement approuvé même si l'arrêt ne le mentionne pas explicitement. Cette omission interpelle d'ailleurs un commentateur dans la mesure où elle ne permet pas de rechercher si la clause litigieuse est de nature non-règlementaire au cas où il se serait agi d'un cahier des charges non-approuvé³⁸⁶. Mais à notre avis, l'indifférence de la Cour suprême quant au caractère approuvé ou non du cahier des charges constitue une preuve supplémentaire qu'à ses yeux, cette question est anecdotique quant à la qualification de la nature juridique de ses clauses, en l'occurrence toutes contractuelles. Pour le reste, l'attendu de principe de l'arrêt reste dans la lignée la position qu'elle exprime constamment :

« Mais attendu qu'ayant exactement retenu que le cahier des charges, quelle que soit sa date, constitue un document contractuel dont les clauses engagent les colotis entre eux pour toutes les stipulations qui y sont contenues, la cour

³⁸⁴ Cass. 3^{ème} civ., 8 juillet 2014, n° 13-20031

³⁸⁵ Claire-Lise Coupinot, « *En finir avec les cahiers des charges ?* », BJD 6/2014, p. 429 et s.

³⁸⁶ Patrice Cornille, « *Cahier des charges en référé : Cour de cassation versus loi ALUR ?* », Constr. – Urb. n° 3, 2016, p. 30

d'appel a décidé à bon droit qu'il n'y avait pas lieu à question préjudicielle devant la juridiction administrative et que ces dispositions continuaient à s'appliquer entre colotis »³⁸⁷.

Cet arrêt a été très largement commenté par la doctrine qui a été, sans surprise, divisée. Nous retiendrons ici la contribution du Professeur Bergel qui l'a accueillie très favorablement, en indiquant que si le contenu des cahiers des charges peut sembler analogue à celui de règles d'urbanisme, leur finalité en est radicalement différente, comme leur source, leur nature et leur portée. Il martèle également que des règles d'urbanisme définies dans des cahiers des charges « *procèdent de volontés privées et constituent généralement des servitudes de droit civil* », alors même que le terme justement de « servitude » n'est pas une seule fois mentionnée dans cet arrêt. Ce n'est que sur le terrain contractuel que la Cour de cassation a appuyé sa décision, et ceci nous paraît être un point fondamental sur lequel nous reviendrons. Pour lui, il est antinomique de qualifier les clauses d'un cahier des charges de « clauses de nature réglementaire », dès lors qu'il s'agit d'un document purement contractuel. D'autre part, il développe une argumentation sur la force obligatoire du contrat entre les parties, que vient de réaffirmer l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 dans les nouveaux articles 1102 et 1103 du Code civil³⁸⁸. Raisonner ainsi revient à nier que le cahier des charges n'est pas un contrat comme les autres. Du fait de formation collective, il repose non pas sur un accord de volontés mais sur une conjonction de volontés émises séparément par les membres d'un groupement. C'est ce que nous avons relevé précédemment comme étant un « faisceau de manifestations de volontés exprimées sur un même objet ».

Il faut souligner aussi que le législateur, par prudence ou par faiblesse, n'a pas voulu pleinement assumer la rupture qu'il voulait marquer avec la caducité de toutes les clauses des cahiers des charges qui pourraient être contraires aux objectifs de densification. En dépit de la nouvelle rédaction du premier alinéa de l'article L. 442-9 du Code de l'urbanisme, il a maintenu une disposition préexistante qui constitue désormais l'alinéa 3 dudit article :

« Les dispositions du présent article ne remettent pas en cause les droits et obligations régissant les rapports entre colotis définis dans le cahier des charges du lotissement, ni le mode de gestion des parties communes ».

Or, c'est notamment sur ce fondement que la Cour de cassation a appuyé sa décision dans les deux arrêts précités. Une réponse ministérielle est intervenue récemment sur la portée justement de cette disposition, et plus précisément sur la valeur juridique des droits et obligations régissant les rapports entre colotis. Pour le parlementaire auteur de la question, le maintien de cet alinéa « *tend à laisser penser que la situation antérieure reste inchangée, et contredit par là-même l'alinéa précédent de l'article* ». Dans sa réponse, la ministre questionnée se contente dans un premier temps de paraphraser le premier alinéa de l'article L. 442-9 en indiquant que les règles de caducité des documents du lotissement portent uniquement sur les règles d'urbanisme, « *mais qu'elles ne sauraient remettre en cause les stipulations de cahier des charges de lotissement régissant les rapports entre colotis. De telles stipulations sont en effet de nature conventionnelle. Elles relèvent ainsi de la liberté contractuelle dont*

³⁸⁷ *Op. cit.* Cass. 3ème civ., 21 janv. 2016, n° 15-10566

³⁸⁸ Jean-Louis Bergel, « *Les clauses du cahier des charges régissant les constructions ont un caractère contractuel et échappent à la caducité des règles d'urbanisme des lotissements* », RDI 2016, p. 223

jouissent les colotis. ». Puis elle adopte dans un second temps une position plus audacieuse, en affirmant que de telles stipulations « *ne peuvent par définition pas entrer en contradiction avec les règles édictées dans un PLU* », tout en relevant que ces documents (les cahiers des charges) avaient « *en effet pour objet d'édicter des règles d'urbanisme, par essence de portée générale, dans les conditions fixées par le code de l'urbanisme* »³⁸⁹.

Cette réponse ministérielle dit donc tout haut ce que le législateur exprime maladroitement, et ce que la Cour de cassation, par une application rigide et littérale des textes, refuse d'entendre. Tant que le législateur n'opérera pas une distinction claire dans ce qu'il appelle les « documents du lotissement », entre les documents de nature administrative et ceux de nature contractuelle et que parmi ces derniers, il n'affirmera pas explicitement ce qui peut y être valablement inséré de ce qui ne peut l'être, il est clair que le juge judiciaire ne changera pas de braquet. Bien qu'apportant quelques éclairages, la ministre ne répond donc pas à la question posée, qui est celle de la combinaison de l'alinéa 3 de l'article L. 442-9 avec les autres dispositions de cet article prévoyant l'inopposabilité de certaines clauses du cahier des charges³⁹⁰. L'amalgame opéré dans la même phrase entre le règlement, le cahier des charges approuvé et celui non-approuvé, auxquels on confère des règles communes de péremption, lorsque l'on sait qu'historiquement tous ces documents ont à l'origine une nature mixte, et que des règles de nature purement réglementaire peuvent être valablement contractualisées lorsque l'intention des parties est non-équivoque, ne peut qu'entretenir la confusion.

Pourtant, à y regarder de près, l'alinéa 3 de l'article L. 442-9 pourrait donner lieu à interprétation. En effet, le texte insiste bien sur le fait que « *les droits et obligations régissant les rapports entre colotis* » ne sont pas remis en cause, mais il ne fait aucune allusion au caractère réel de ces droits et obligations. De même, la Cour de cassation ne fonde pas son raisonnement, dans les deux arrêts précités, sur la méconnaissance d'une servitude, mais simplement sur la violation d'une stipulation contractuelle. Ainsi le contrat primerait sur le droit réel alors que c'est, semble-t-il, sur le fondement de la servitude qu'une limitation de l'exercice du droit de propriété serait justifiée. Tout juste est soulevé, dans l'arrêt du 21 janvier 2016, le moyen de l'extinction de la servitude établie par le cahier des charges par son non-usage trentenaire, argument laissé sans réponse.

Pour aborder à présent la ZAC, nous avons pu relever précédemment les difficultés liées à l'application des dispositions du troisième alinéa de l'article L. 311-6 du Code de l'urbanisme, qui établit une distinction entre les cahiers des charges antérieurs à l'entrée en vigueur de la loi SRU et ceux signés après. Il ne fait aucun doute que les cahiers des charges devenus caducs, quelle qu'en soit la raison, demeurent applicables en tant que document contractuel. La jurisprudence est claire sur ce point et une réponse ministérielle de 2010 l'avait également souligné³⁹¹. Pour autant, celle-ci a laissé entendre que les cahiers des charges nouveaux étaient frappés d'une caducité totale, c'est-à-dire remettant en cause les relations contractuelles entre les propriétaires. Or, aucune jurisprudence n'a pour l'instant eu, à notre connaissance, l'occasion de se prononcer sur la pérennité ou non des cahiers des charges signés

³⁸⁹ Rép. min. n° 82539, JOAN Q, 10 novembre 2015, p. 8247

³⁹⁰ Rozen Noguellou, « *Qui comprend ce qu'est l'état du droit dans les lotissements ?* », Droit administratif, janvier 2016, n° 1

³⁹¹ Rép. min. n° 33533 : JOAN Q 9 mars 2010, p. 2674

après l'entrée en vigueur de la loi SRU en tant que document de nature contractuelle. Mais lorsque ce cas se présentera, si les juridictions civiles adoptent le même positionnement qu'en matière de lotissement, il est fort peu probable qu'elles admettent la caducité des cahiers des charges de ZAC en tant que clause contractuelle. Et cela d'autant plus que l'article L. 311-6 n'aborde absolument pas la question du caractère réglementaire ou contractuelle des clauses devenant caduques.

Il est d'ailleurs frappant que le législateur n'ait porté son attention que sur le cahier des charges de lotissement. Des clauses de cahiers des charges de ZAC qui sont contractualisées peuvent en effet tout aussi bien constituer des obstacles à la densification urbaine voulue par les pouvoirs publics. Elles peuvent poser également un problème de sécurité juridique dans le cas de propriétaires de terrains situés dans le périmètre d'une ZAC supprimée, réalisant des travaux légalement autorisés par un permis de construire mais contraires à des stipulations contractuelles d'un cahier des charges qu'ils pensaient de bonne foi être devenu totalement caduc, qui s'exposeraient alors à des actions civiles en démolition.

Comment expliquer ce désintérêt du législateur pour le cahier des charges de la ZAC ? Sans doute considère-t-il, à notre avis à tort, que contrairement au lotissement, la ZAC est une opération d'intérêt public, donc par définition vertueuse. Les cahiers des charges étant tous des documents nécessairement approuvés, sans doute également qu'ils sous-estiment leur portée contractuelle. Pourtant, il existe bien, ça et là, des cahiers des charges anciens dont nous avons la certitude qu'ils sont contractualisés, et qui comprennent des clauses limitatives du droit de construire. Aux mêmes problèmes, on n'apporte donc pas les mêmes réponses.

Réflexions sur la règle d'urbanisme contractualisée.

(154.) Nous avons établi, dans le paragraphe précédent, une distinction parmi les clauses des cahiers de charges, entre celles dites obligations réelles ou *propter rem* d'une part, et les charges réelles grevant directement chaque lot d'autre part. Alors que la jurisprudence ancienne et la doctrine avaient pu qualifier les charges réelles de « servitudes », nous avons vu qu'un débat avait pu exister sur la qualification d'obligations actives. Et enfin, nous avons émis des réserves sur la notion-même de servitude collective. Quoiqu'il en soit, on peut se demander si « *le mode de gestion des parties communes* » telle que visée au troisième alinéa de l'article L. 442-9 du Code de l'urbanisme ne consiste pas en des obligations *propter rem*, et si « *les droits et obligations régissant les rapports entre colotis* » ne sont pas justement des obligations actives grevant les lots. Dans ce cas, les stipulations qui pourraient concerner les servitudes collectives, ou bien ce que nous aurions davantage tendance à qualifier de « règles privées d'urbanisme », ne seraient pas visées par cette disposition, et seraient donc concernées par les règles de péremption.

On l'a vu précédemment, par un arrêt du 22 mai 2012, la Cour de cassation n'a pas hésité à reconnaître comme tout à fait valable l'intention des parties de contractualiser des règles insérées dans un règlement de lotissement, devant alors être caractérisées, selon un auteur, comme « *des servitudes réciproques et perpétuelles établies au profit et à la charge des différents lots* »³⁹². Dans une chronique intitulée « *La privatisation des règles d'urbanisme des lotissements* », parue peu de temps avant la promulgation

³⁹² *Op. cit.* Nicolas Le Rudulier, « Lotissement : conditions de la contractualisation des règles d'urbanisme », AJDI, 2012, p. 602

de la loi ALUR, un auteur avait bien relevé que ce type de situation se rencontrait en particulier lorsque les documents du lotissement se composaient d'une seule pièce, avec éventuellement des pièces annexes comme les statuts d'une association syndicale. Il avait conclu qu'en l'absence de cahier des charges, « *c'est bien l'examen de la formulation des pièces et notamment la pluralité des clauses concordantes (...) qui est à même de manifester une intention non équivoque de contractualisation* »³⁹³.

Seulement, avec la loi ALUR, si l'intention d'écarter l'opposabilité des règles privées d'urbanisme dans les rapports entre colotis est claire, la manière de procéder dans la réécriture des textes l'est nettement moins. A notre connaissance, il n'existe pas, en droit des contrats, d'autres exemples de clauses qui deviendraient caduques de plein-droit passé un certain délai. Cela revient d'ailleurs à considérer que de telles clauses sont parfaitement valables durant le délai imparti. A la question de savoir si des colotis peuvent stipuler des règles privées d'urbanisme, le législateur répond donc par l'affirmative, mais pour une durée limitée. Cette posture est tout-à-fait ambiguë, et peut donc justifier les prises de position rendues par les juridictions civiles. Pour être tout à fait précis, la Cour de cassation ne dit pas que l'on peut stipuler des règles d'urbanisme, mais laisse entendre que les clauses limitant, voire tout simplement fixant la densité constructible de chaque lot ne sont pas des règles d'urbanisme. Elle s'est en effet toujours refusée à qualifier comme telles des clauses fixant de manière générale et impersonnelle un ensemble de normes communes. Dans l'arrêt de rejet du 7 janvier 2016 précité par lequel la troisième chambre civile avait confirmé l'intention des colotis de contractualiser un règlement, les juges ont considéré que la prescription litigieuse en l'espèce, à savoir l'article 16 du règlement, fixant un coefficient d'occupation des sols « *ne constituait pas une règle d'urbanisme, mais une disposition destinée à régir les rapports entre les colotis et les modalités de vie en commun* ». Un des attendus de l'arrêt d'appel attaqué est d'ailleurs éloquent :

« *Que cet article 16 ne constitue pas une règle urbanistique ayant trait au coefficient d'occupation des sols comme le laissent entendre les conclusions du notaire (sur la base de textes inapplicables au cas d'espèce), mais d'une obligation ayant trait aux modalités de vie en commun au sein du lotissement, telles que voulues par les co-lotis lors de la création dudit lotissement, ceux-ci ayant voulu créer un environnement dépourvu de villas jumelées et d'immeubles comportant un ensemble de logements, et ayant souhaité donner à leur lotissement, par la voie du contrat, une configuration bien définie dans l'intérêt de tous ;* »³⁹⁴

Il est remarquable de constater à quel point le juge judiciaire peut déduire d'une règle de densité une intention commune de vivre dans un environnement bâti qu'il va lui-même jusqu'à décrire. On retrouve ici, sans la nommer, les traits caractéristiques de la notion de « servitude d'agrément » à laquelle se réfère le Professeur Bergel, avec l'idée que la configuration résultant de l'application du COS est « *définie dans l'intérêt de tous* », comme si le fonds dominant était la communauté des colotis. Or, nous avons pu déjà soutenir que pour qualifier une clause de servitude, il fallait reconnaître à chaque lot la qualité simultanée de fonds dominant et servant, et écarter l'idée d'un bénéfice collectif. Le raisonnement du juge d'appel est à notre avis quelque peu approximatif. Comment un COS peut-il être simplement considéré

³⁹³ Lionel Goutelier, « *La privatisation des règles d'urbanisme des lotissements* », BJD 6/2013, p. 411

³⁹⁴ CA Nouméa, 5 juin 2014, n° 12/00360

comme « *une obligation ayant trait aux modalités de vie en commun* » ? Le COS est au contraire tellement une règle d'urbanisme, dans tout ce qu'elle a de plus rigide et décontextualisée, que le législateur l'a supprimé, comme nous le savons, avec la loi ALUR. Le juge ne semble d'ailleurs pas l'ignorer puisqu'il parle de « *textes inapplicables en l'espèce* », étant souligné que l'arrêt est postérieur à l'entrée en vigueur de la loi. Non seulement il n'en déduit pas que le COS inséré dans ce qui constitue à la base, rappelons-le, un règlement ne pouvait être valablement contractualisé, mais en plus il lui dénie la caractéristique de « *règle d'urbanisme* ». Certes, le COS a pour objet de limiter la densité, ce qui, cumulé à d'autres règles, peut avoir pour effet de créer un certain environnement effectivement souhaité par les colotis. Mais un COS n'a jamais pu avoir en lui-même pour objet de « *créer un environnement dépourvu de villas jumelées et d'immeubles comportant un ensemble de logements* ». Le juge parle ici en plus d'obligation et même pas de charge, comme s'il s'agissait d'une simple stipulation contractuelle pesant sur les personnes et non sur leurs choses.

Nous savons qu'en vertu de l'article 6 du Code civil, seuls les bonnes mœurs et l'ordre public peuvent écarter l'opposabilité des stipulations contractuelles. A supposer que les règles privées d'urbanisme insérées dans les cahiers des charges soient juridiquement des servitudes prédiales, nous savons également que l'article 686 du même code dispose que les propriétaires peuvent établir sur leurs propriétés telles servitudes que bon leur semble « *pourvu que ces services n'aient d'ailleurs rien de contraire à l'ordre public* ». Pourrait-on alors considérer que les règles d'urbanisme fixées par le PLU sont d'ordre public, auquel cas l'inopposabilité de clauses contraires serait justifiée ? Selon une conception élargie de l'ordre public, on pourrait tenter de répondre par l'affirmative dans le sens où les prescriptions du PLU poursuivent l'intérêt général. Cela dit, aucune disposition du Code de l'urbanisme ne le précise expressément, et il n'existe pas de jurisprudence à notre connaissance l'ayant reconnu. Même en admettant que les prescriptions du PLU fussent d'ordre public, des stipulations contractuelles réduisant par exemple la densité constructible autorisée ne pourraient être considérées comme leur étant contraires. Il faudrait pour ce faire que les règles d'urbanisme soient différemment formulées, sous forme par exemple de règles minimales. Si le PLU définit une hauteur maximale, comme c'est le cas aujourd'hui, par exemple de 12 mètres alors que le cahier des charges la limite à 7 mètres, il n'y aura pas de contradiction. Si en revanche la règle d'urbanisme est formulée sous forme de hauteur minimale, par exemple de 9 mètres, alors la clause de 7 mètres lui sera contraire. L'argument de l'ordre public pour affirmer la primauté de la règle sur le contrat n'est donc pas, en l'état, satisfaisant. Le professeur Bergel lui-même rejeta cette idée en écrivant que :

« *Les stipulations des cahiers des charges n'ont ni pour objet ni pour effet d'évincer les prescriptions des documents d'urbanisme dont nul ne conteste qu'elles s'imposent à l'administration et aux colotis, dans leurs rapports avec l'administration, dès lors que les autres règles d'urbanisme propres à un lotissement sont devenues caduques en application de l'article L. 442-9 du code de l'urbanisme.* »³⁹⁵

Il faudrait alors que le législateur prenne ses responsabilités en réputant non-écrites les prescriptions du cahier des charges non pas simplement contraires, mais différentes des règles d'urbanisme en vigueur ; et considérer qu'en raison des

³⁹⁵ Jean-Louis Bergel, « *Évolution ou éviction des règles des lotissements ?* » RDI, 2014, p. 496

objectifs de densification urbaine, ce qui est différent est contraire. Imaginons par exemple un secteur où il a été décidé d'instituer un des dispositifs légaux de majoration, mais sur lequel un cahier des charges empêche toute possibilité de densification, alors la théorie de la clause réputée non-écrite pourrait s'envisager. La loi prévoit déjà un certain nombre de clauses interdites dans des contrats réglementés tels que le bail d'habitation, le contrat de travail ou encore le règlement de copropriété, sur le fondement justement de la contradiction à l'ordre public.

Une décision récente du Conseil constitutionnel apporte d'ailleurs des éléments en ce sens. Le type de contrat auquel le législateur voulait porter atteinte en l'espèce était la convention collective, par la loi relative à la sécurisation de l'emploi. Mais le raisonnement par lequel est rendue la décision pourrait être à notre avis tout à fait transposable à la problématique qui nous intéresse :

« Considérant (...) que, d'autre part, le législateur ne saurait porter aux contrats légalement conclus une atteinte qui ne soit justifiée par un motif d'intérêt général suffisant sans méconnaître les exigences résultant des articles 4 et 16 de la Déclaration de 1789 ; »³⁹⁶

Pour rejeter l'opposabilité de clauses du cahier des charges que le législateur appelle assez maladroitement à notre avis des clauses de nature réglementaire, bien que seules les règles d'urbanisme que ces dernières contiennent soient frappées de caducité, il faudrait donc consacrer un principe de nullité des clauses d'urbanisme, au motif que celles-ci portent atteinte aux objectifs généraux poursuivis par la réglementation d'urbanisme au premier rang desquels figurent la densification et la mixité, et ne réserver la caducité qu'aux documents du lotissement de nature administrative.

Le problème en l'état actuel des textes est que le législateur laisse entendre que la fixation dans un contrat de règles privées d'urbanisme est tout à fait valable car il leur reconnaît une validité de dix années, dans le cas où les règles du PLU s'appliquent, et même un caractère perpétuel en l'absence de PLU. Au contraire, réputer non-écrites des clauses d'urbanisme supposerait alors qu'elles n'aient jamais existé, et consacrerait le principe de nullité des règles d'urbanisme privatisées. Les juridictions civiles ne pourront alors plus, à notre avis, se draper dans leur rôle de gardiennes de la loi des parties si l'intention du législateur est ainsi clarifiée. Il serait alors de bon aloi de distinguer, de manière nette et non-équivoque, entre d'une part les règles de péremption des prescriptions de nature réglementaire du lotissement et d'autre part la nullité des clauses d'urbanisme de nature contractuelle, pourquoi pas dans des articles insérés dans une autre section du Code de l'urbanisme. Le maintien, dans le même article, des termes génériques de « documents du lotissement », comme une réminiscence du caractère jadis mixte des clauses du cahier des charges, ne fait qu'entretenir les confusions actuelles.

Il va sans dire que s'il devait être consacré, un principe de nullité des clauses d'urbanisme devrait être valable pour tous les cahiers des charges, y compris ceux des ZAC ou encore des ensembles résultant d'un PCVD, et pas seulement ceux du lotissement. C'est pourquoi ce type de dispositions devrait à notre avis être générique et ne pas être inséré dans le chapitre du Code de l'urbanisme relatif au lotissement. Seuls devraient y demeurer des dispositions relatives aux documents de nature purement réglementaire.

³⁹⁶ CC, déc. n° 2013-672 DC, 13 juin 2013

La notion de clause de nature non-réglementaire limitant le droit de construire.

(155.) La loi ALUR a créé une nouvelle disposition, insérée à l'alinéa 5 de l'article L. 442-9 du Code de l'urbanisme, aux termes desquels :

« Toute disposition non réglementaire ayant pour objet ou pour effet d'interdire ou de restreindre le droit de construire ou encore d'affecter l'usage ou la destination de l'immeuble, contenue dans un cahier des charges non approuvé d'un lotissement, cesse de produire ses effets dans le délai de cinq ans à compter de la promulgation de la loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 précitée si ce cahier des charges n'a pas fait l'objet, avant l'expiration de ce délai, d'une publication au bureau des hypothèques ou au livre foncier. »

Cette nouvelle disposition, ajoutée au texte du projet de loi initial par un amendement avait fait l'objet dans un premier temps d'une opposition des sénateurs qui y voyaient une atteinte au principe constitutionnel du droit au maintien des situations contractuellement acquises. Celle-ci donnait en effet à une minorité (la décision de publication relevant d'une majorité qualifiée) la possibilité de décider du non-maintien d'engagements légalement contractés. Cette supposée atteinte ne préjuge toutefois en rien d'une inconstitutionnalité. Le texte fut finalement rétabli dans sa rédaction initiale par la commission mixte paritaire.

Bien que ne participant pas à la simplification des textes, cette disposition a le mérite de remettre au centre du jeu la question de la publicité foncière, et donc de la servitude, jusqu'alors trop souvent écartée de la problématique de l'opposabilité des clauses du cahier des charges. Nous avons pu rappeler dans les développements précédents que la publication était une condition impérative de l'opposabilité de tous les droits réels, y compris les servitudes. Les juges en ont fait par la suite une condition alternative, avec une jurisprudence constante de la Cour de cassation selon laquelle *« les servitudes établies par le fait de l'homme ne sont opposables aux acquéreurs que si elles sont mentionnées dans leur titre de propriété ou si elles font l'objet de la publicité foncière »*³⁹⁷.

Ainsi, il était admis qu'une simple reproduction du cahier des charges dans les titres (avec une intention non équivoque de le contractualiser) suffisait à rendre ses clauses opposables aux tiers acquéreurs, et rares sont les cahiers des charges, ou bien leurs modifications, à faire l'objet d'une publication. Le législateur a alors implicitement remis en cause la doxa selon laquelle tous les colotis adhéraient systématiquement à des clauses qu'ils n'avaient sans doute pas eux-mêmes souscrites, mais les propriétaires précédents ou bien leurs ascendants. Il leur est donc donné l'occasion de remettre les compteurs à zéro, avec la possibilité d'exprimer de manière active leur volonté de conserver les clauses d'un contrat conclu dans un passé plus ou moins lointain dans des circonstances foncières, urbaines et territoriales sans doute bien différentes, et selon la majorité de l'article L. 442-10 du Code de l'urbanisme, réduite en l'occurrence par la loi ALUR comme nous le verrons ultérieurement. Au 27 mars 2019, toutes les stipulations visées par le cinquième alinéa de l'article L.442-9, que nous allons analyser, auront donc cessé de produire leurs effets si à cette date les colotis n'ont pas entrepris les démarches nécessaires de publicité foncière, et ce même si ces stipulations sont reproduites dans tous les titres. Le texte ajoute d'ailleurs que

³⁹⁷ *Op. cit.* Cass. 3e civ., 27 oct. 1993, n° 91-19.874 préc. ; Dans le même sens : Cass. 3e civ., 16 mars 2011, n° 10-13.771 préc.

les modalités de la publication feront l'objet d'un décret d'application qui n'est, à ce jour, toujours pas paru.

On avait déjà une distinction entre les clauses de nature réglementaire et celles de nature non réglementaire, donc purement contractuelle. Mais parmi ces dernières, une sous-distinction est à opérer entre celles « *ayant pour objet ou pour effet d'interdire ou de restreindre le droit de construire ou encore d'affecter l'usage ou la destination de l'immeuble* » et les autres. On retrouve ici la différence déjà établie par la doctrine entre les clauses pouvant revêtir un caractère de servitude et celles grevant simplement les lots d'obligations réelles. Il existerait donc des limitations au droit de construire qui résulteraient de clauses de nature réglementaire et d'autres de clauses de nature contractuelle. Il faut donc y voir à notre avis une subtilité qui consisterait à qualifier de règles d'urbanisme ces premières, et de servitudes ces secondes. Au sens de la loi, les règles d'urbanisme, c'est-à-dire les prescriptions rédigées de manière générale et impersonnelle comme dans un règlement n'ont pas leurs places dans un cahier des charges, et le législateur prévoit leur caducité automatique (alors qu'il serait plus cohérent, comme nous l'avons soutenu, que ces clauses soient réputées non-écrites). Les servitudes y ont en revanche toute leur place, pourvu que les colotis expriment le souhait de les maintenir par la démarche active d'une inscription au service de la publicité foncière.

Quel type de prescriptions répond alors à cette catégorie de clause ? La doctrine n'est pas très à l'aise avec cette question. Un auteur a parlé de « *dispositions contractuelles à incidence d'urbanisme, comme les servitudes non aedificandi ou les clauses d'habitation bourgeoise ou encore les interdictions de subdiviser les lots* »³⁹⁸. S'agissant d'ailleurs de cette interdiction de subdiviser les lots, la réponse ministérielle précitée, en date du 10 novembre 2015, a confirmé qu'il s'agissait bien d'une disposition de nature contractuelle et non réglementaire comme avait pu le suggérer d'autres auteurs. Ce court inventaire probablement non-exhaustif semble partir du principe que toute prescription que l'on ne retrouve pas habituellement dans le règlement du PLU est susceptible de constituer une clause contractuelle. Or, la vraie ligne de fracture entre une règle d'urbanisme et une servitude ne devrait pas à notre avis se situer là, mais plutôt dans son mode d'écriture. Une clause *non aedificandi* pourrait revêtir une nature contractuelle que si les terrains concernés par cette charge sont identifiés comme fonds servants. Une clause *non altius tollendi* pourrait également être qualifiée de contractuelle pour autant que les fonds qui en tirent une utilité objective soient énumérés, par exemple un deuxième rideau de front bâti sur un coteau donnant sur des perspectives paysagères. Il en est de même selon nous pour l'interdiction de subdiviser. Une clause d'habitation bourgeoise serait à notre avis contractuelle si elle consiste en une obligation comportementale liant tous les colotis (en dépit des réserves d'une partie de la doctrine sur la qualification de servitudes actives), et non en une restriction passive généralisée, auquel cas elle devrait recevoir la qualification de règle d'urbanisme, et donc de clause de nature réglementaire.

Il ne faut pas perdre de vue que le deuxième alinéa de l'article 686 du Code civil dispose que « *L'usage et l'étendue des servitudes ainsi établies se règlent par le titre qui les constitue* ». La notion d'usage renvoie alors à celle d'utilité, ce qui requiert donc une objectivité de l'avantage tiré pour les fonds dominants et de la charge grevant les fonds servants. Une série de prescriptions édictées de manière

³⁹⁸ Op. cit. Claire-Lise Coupinot, « *En finir avec les cahiers des charges ?* », BJD 6/2014, p. 435

impersonnelle et générale, grevant réciproquement tous les lots, ne sont pas des servitudes mais des règles d'urbanisme. L'intention des colotis de les contractualiser ne saurait les dénaturer pour en faire des règles de cohabitation. Par conséquent, la publication de toutes les règles ainsi édictées ne saurait maintenir leur opposabilité.

On peut toutefois déplorer que les dispositions du cinquième alinéa de l'article L. 442-9 ne visent que les cahiers des charges non-approuvés, comme si ceux approuvés ne pouvaient contenir de stipulations contractuelles ayant pour objet ou pour effet de limiter le droit de construire. Sans doute la législateur a-t-il pensé qu'en énonçant de manière alambiquée dans le premier alinéa du même article que les règles d'urbanisme contenues dans les cahiers des charges approuvés, sans établir de distinction parmi ses clauses, étaient frappés de caducité, la question de leur portée contractuelle était réglée. C'est naïvement oublier que ces documents avaient initialement une nature juridique mixte, et qu'en rendant caduque leur dimension réglementaire, les droits et obligations régissant les rapports entre colotis n'étaient pas pour autant remis en cause. Ainsi, dans le contenu demeurant contractuel, il peut très bien se trouver des clauses de nature contractuelle limitant le droit de construire au même titre que dans les cahiers des charges non-approuvés. Et on ne pourrait assimiler ce type de clauses à des dispositions réglementaires au seul motif que le document fut initialement approuvé par l'administration. En conséquence, ce type de clauses du cahier des charges approuvé ne tombera pas en désuétude quand bien même elles ne seront pas publiées. Le législateur a donc, de manière probablement involontaire, maintenu une distinction de régime juridique entre les cahiers des charges approuvés et ceux non approuvés, alors qu'il ne devrait théoriquement plus y en avoir aujourd'hui.

La date fatidique approchant, la parution du décret d'application est vivement attendue, afin de répondre à un certain nombre de questions, notamment celles de savoir si seuls les cahiers des charges jamais publiés sont concernés, ou bien également ceux qui l'ont été initialement qui devront donc l'être une seconde fois. La réaffirmation de l'opposabilité des clauses de nature contractuelle du cahier des charges en tant que servitude pourrait présenter des perspectives d'avenir. Aux côtés, si nécessaire, d'un document contenant l'ensemble des obligations réelles dites *propter rem*, opposables à tous les colotis de manière générale et impersonnelle, on pourrait envisager un ensemble normatif dont le contenu serait quant à lui dépourvu de réciprocité, mais redonnerait ses lettres de noblesse à la servitude prédiale, avec une utilité objective de la charge grevant le fonds servant. Cet ensemble normatif pourrait s'appeler cahier des servitudes pour bien le distinguer du cahier des charges, lequel pourrait rester un acte juridique collectif dont l'ensemble des clauses est opposable à tous ses contractants. Le cahier des servitudes comprendrait alors non pas des règles générales et impersonnelles, mais un réseau de servitudes, pour chacune desquelles des fonds seraient désignés comme servant et dominant, de manière à cristalliser un projet architectural de départ qui ne soit pas figé et de nature à reproduire des constructions à l'identique sur un périmètre unique déterminé au départ par une autorisation d'urbanisme.

Par exemple, dans le cas d'un lotissement de trois lots, A, B et C, on pourrait imaginer que le lot A puisse être le fonds dominant du lot B et le fonds servant du lot C. Le lot B serait quant à lui dominant du lot C et servant du lot A. Logiquement, le lot C serait le fonds dominant du lot A et le fonds servant du lot B. Ce réseau de servitudes conventionnelles créerait alors un maillon qui pourrait utilement s'articuler avec le projet architectural et urbain du lotisseur, et évolutif en fonction des besoins

objectifs de chacun. Il n'est toutefois pas nécessaire de fermer le maillon pour chaque servitude. Prenons le cas d'un lotissement sur un terrain en pente, avec le lot A en amont, le lot C en aval, puis le B au milieu. Il pourrait être envisagé d'assujettir le lot B à une servitude *non altius tollendi* au profit du lot A, et de même pour le lot C vis-à-vis du lot B. Mais les rapports de dominant à servant pourraient s'inverser s'agissant d'une autre servitude, dès lors qu'une utilité objective le justifie.

Les servitudes instituées, n'ayant pas pour objet de définir un corpus réglementaire, pourraient donc prescrire des hauteurs différenciées selon les lots grevés. Pour reprendre l'exemple précédent, si la pente est irrégulière, et en considération de l'impact paysager, il pourrait être prévu de fixer une servitude de hauteur de 10 mètres grevant le lot C, et de 7 mètres grevant le lot B. Ainsi, ces servitudes qui ne seraient pas frappées de caducité pourraient s'articuler utilement avec un potentiel report de densité du lotisseur qui peut poser, comme nous l'avons vu dans la deuxième partie, des difficultés lors du retour au droit commun. Le cahier des servitudes contenant des prescriptions différenciées pourrait alors constituer le pendant logique d'une ventilation inégale de la densité au moment de la vente des lots. De ce point de vue, le cahier des charges cesserait de faire du lotissement une bulle urbaine figée dans le temps tout en permettant aux propriétaires de prendre des engagements pour se protéger d'une densification qui pourrait être objectivement vécue comme leur étant préjudiciable. L'évolution de telle ou telle prescription ne serait alors l'affaire que de ceux qui y sont liés, dans le voisinage direct, et ne concernerait pas les propriétaires de lots plus lointains. Il s'agit donc de maintenir des limitations civiles du droit de construire, conformément à l'esprit de la servitude prédielle, tout en restreignant l'intérêt à agir.

En revanche, ce cahier des servitudes ne devrait pouvoir prescrire en aucun cas des limitations s'exprimant par un COS quoiqu'en dise la jurisprudence, dont l'édiction peut certes présenter un intérêt collectif, mais ne saurait conférer à un fonds dominant déterminé une quelconque utilité objective. Les seules limitations qui présentent une utilité objective sont celles qui peuvent limiter la hauteur ou l'implantation des constructions sur les fonds servants. Il ne serait d'ailleurs jamais venu à l'esprit aux lotisseurs de la fin du XIX^{ème} siècle ni du début du XX^{ème} siècle de fixer, même réciproquement, des servitudes consistant en des coefficients de densité. Ce n'est qu'avec l'apparition du COS dans les premiers documents d'urbanisme que de telles prescriptions, intrinsèquement réglementaires, ont pu être contractualisées.

Ce type de réseaux de servitudes pourrait alors s'inscrire utilement dans la catégorie des dispositions non-réglementaires ayant pour objet ou pour effet de limiter le droit de construire, en échappant au principe de réciprocité multilatérale contraire à l'idée de servitude, tout en s'accordant avec l'idée de pérenniser la définition du projet architectural et urbain du lotisseur. Ces servitudes ne pourraient alors être frappées de caducité dès lors qu'elles sont publiées à l'instar de tout droit réel, mais seraient toutefois soumises aux dispositions des articles 703 et suivants du Code civil relatives à leur extinction. Des auteurs préconisent également de ne constituer des servitudes qu'au profit du fonds dominant commun et fédérateur du lotissement. Ils suggèrent plus précisément que :

« dans un lotissement, il peut sembler plus opportun de créer une seule servitude au profit de l'association syndicale libre, que de créer une myriade de services fonciers grevant chaque lot au profit de tous les autres. Dans un tel cas, pour éviter tout risque de nullité, ou de requalification en droit

*personnel, il conviendra de s'assurer que l'association syndicale est bien propriétaire d'un immeuble, même de dimension symbolique, qui puisse faire office de fonds dominant. »*³⁹⁹

L'idée peut paraître séduisante car elle simplifierait considérablement la gestion des servitudes du lotissement. De plus, ce serait l'assemblée des colotis, via l'association syndicale, qui serait le seul bénéficiaire des servitudes. Un recours contre une violation par un coloti de cette servitude ne pourrait donc être formé qu'à la majorité des colotis et non pas d'un seul d'entre eux comme c'est le cas actuellement. Il faut aussi préciser que n'étant pas tenu dans ce cas par une règle de stricte réciprocité, les servitudes établies pourraient être différentes d'un lot à l'autre, et s'articulerait là aussi avec une possible répartition de la densité par le lotisseur. Le lotissement aurait alors de très nombreuses similitudes avec la copropriété, où seule le syndicat des copropriétaires est fondé à former un recours contre un copropriétaire pour violation du règlement du règlement. Cela dit, cette possibilité ne serait restreinte qu'aux lotissements dont les espaces et équipements communs sont attribués en propriété à une association syndicale libre. Si ceux-ci sont attribués en indivision à tous les colotis, la constitution de servitudes ne serait naturellement pas possible.

Des solutions existent pour mettre fin aux règles d'urbanisme privées de lotissement tout en reconnaissant la possibilité pour les propriétaires de contracter, dès l'acquisition, des droits et obligations réels de nature à limiter la densité constructible sur le fondement juridique de la servitude, à condition que cette limitation se justifie par une utilité objective et que le mode d'évolution des restrictions imposées soit souple. D'ailleurs, elles seraient tout à fait transposables aux autres montages immobiliers, tels que les remembrements ou les permis de construire valant division, dont il résulterait plusieurs propriétés distinctes, que ce soit en lots ou en volumes.

B – Les procédures d'évolution du cahier des charges de lotissement

(156.) La possibilité de modifier ou de mettre en concordance ce que la loi nomme les « *documents du lotissement* » avec le document d'urbanisme en vigueur a été prévue pour la première fois dans la loi d'orientation foncière du 30 décembre 1967. La création de règles relatives à l'évolution de ces documents est donc bien antérieure à celle relative à leur caducité, et il apparaît donc important de replacer les choses dans le contexte de l'époque.

Un arrêt du Conseil d'Etat en date du 22 octobre 1965 constitue vraisemblablement la cause d'une réforme des textes en faveur de l'assouplissement des règles d'évolution des documents du lotissement. La Haute assemblée avait en effet admis la possibilité d'une modification du cahier des charges par l'autorité administrative, mais à la condition d'avoir obtenu l'accord unanime des colotis⁴⁰⁰. Il s'est alors agi pour le législateur de briser cette jurisprudence extrêmement contraignante en introduisant une règle de double majorité sur la base de laquelle le préfet pourrait désormais prononcer, soit à la demande des colotis, soit de sa propre initiative, la modification des documents du lotissement. Plus précisément, l'article 38 de la loi du 30 décembre 1967 prévoit une telle possibilité « *lorsque cette modification est compatible avec la*

³⁹⁹ Eric Meiller et Fabrice Collard, « *Le droit des servitudes, de la jurisprudence récente à la pratique notariale* », La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 39, 25 Septembre 2015, 1169

⁴⁰⁰ CE, 22 oct. 1965, Giraudon, n° 59886, Lebon 548

réglementation d'urbanisme applicable au secteur où se trouve situé le terrain ». La loi d'orientation foncière est même allée plus loin en permettant au préfet, aux termes de son article 39, de prononcer la mise en concordance des documents du lotissement avec la réglementation d'urbanisme en vigueur, sans que les colotis ne puissent s'y opposer, mais en soumettant tout de même cette procédure à enquête publique⁴⁰¹.

Les articles 38 et 39 de la loi d'orientation foncière disposaient tous deux que sont concernés « *tout ou partie des documents, et notamment le cahier des charges* ». Il convient de préciser qu'en 1967, le règlement s'était déjà formellement distingué du cahier des charges en application de la réforme de 1958, mais la différence entre les deux dans la pratique restait confuse, en raison notamment du fait que le cahier des charges demeurait toujours, aux côtés du règlement, une pièce requise dans le dossier soumis à l'approbation de l'administration. Le cahier des charges continua donc d'être approuvé jusqu'en 1977 comme nous le savons, et il est important de souligner que, dans l'esprit du législateur à l'époque, l'adoption de règles relatives à l'évolution de ces documents nécessitait logiquement une approbation de l'autorité préfectorale, puisqu'il ne pouvait exister encore de pièce purement privative du lotissement.

Coexistent ainsi, encore aujourd'hui, deux modes d'évolution des documents du lotissement : une relative à leur modification, avec l'accord d'une majorité qualifiée des colotis, et dans un rapport de « compatibilité » avec les règles d'urbanisme en vigueur, l'autre relative à leur mise en concordance avec les règles d'urbanisme qui auraient pu intervenir postérieurement et avec lesquelles il pouvait y avoir « contradiction ». La notion de mise en concordance peut paraître importante, car elle consacre implicitement depuis 1967 un principe de prédominance de la règle d'urbanisme sur la règle de lotissement, c'est-à-dire de la règle générale sur la règle spéciale. Mais cette notion peut également interpeler. Si la littérature juridique, en particulier en droit de l'urbanisme, a bien défini ce que l'on pouvait entendre par « mise en conformité » ou encore « mise en compatibilité », la notion de « mise en concordance » est pour le moins floue. Dans le contexte de l'époque, les documents du lotissement étaient soit purement réglementaires, soit mixtes, c'est-à-dire contractuels dans les relations entre les colotis et réglementaires dans les relations des colotis avec l'administration. Les règles de péremption des documents du lotissement, pour ce qui concerne du moins leur dimension réglementaire, ne sont apparues qu'avec une loi de 1986. Par conséquent, le permis de construire était instruit et délivré selon les règles spéciales du lotissement, mais de nature réglementaire. Les règles d'urbanisme fixées dans le document d'urbanisme, en l'occurrence le POS qui venait d'être créé justement par la loi d'orientation foncière, n'étaient donc pas opposables aux terrains situés dans des périmètres d'application de règles de lotissement. Et c'est dans cette perspective que le législateur inséra la procédure de mise en concordance. Mais la notion de contradiction entre les deux corpus de règles n'avait pas beaucoup de sens.

Les deux procédures ont dans un premier temps été codifiées à l'article L. 315-3 du Code de l'urbanisme pour ce qui concerne la modification avec l'accord des colotis, et à l'article L. 315-4 du même code pour ce qui concerne la procédure de mise en concordance. Puis, elles furent reprises, à la faveur de l'ordonnance du 8 décembre 2005 entrée en vigueur au 1^{er} octobre 2007, respectivement aux articles L. 442-10 et L. 442-11 du Code de l'urbanisme pratiquement à l'identique, l'une des seules

⁴⁰¹ V. à ce propos : Sylvain Pérignon, « *Mise en concordance du cahier des charges d'un lotissement avec le plan local d'urbanisme* », AJDA 2012, 2236

évolutions rédactionnelles consistant à citer le règlement comme document du lotissement, en plus du cahier des charges.

Avec la réapparition des cahiers des charges non approuvés à partir de 1978, sachant que ceux édictés avant l'entrée en vigueur de la loi du 19 juillet 1924 n'étaient pas non plus été approuvés, la question s'est alors posée de savoir si leur modification relevait de ces dispositions, et si par conséquent une décision de l'autorité compétente s'imposait. Par l'effet de la loi de 1986 introduisant des règles de péremption, ces interrogations furent renforcées avec l'émergence de règlements et de cahiers des charges approuvés devenus caducs mais dont le contenu avait été contractualisé. Mais ce n'est qu'en 2014, avec la loi ALUR, que les textes ont évolué pour intégrer le cas de figure de l'évolution du cahier des charges de nature purement contractuelle, c'est-à-dire de celui initialement approuvé d'une part, et celui qui n'a jamais été approuvé d'autre part.

Avant de développer le sujet de l'évolution du cahier des charges du lotissement, nous pouvons ouvrir une parenthèse s'agissant du cahier des charges de la ZAC qui, bien qu'étant réglementé par le Code de l'urbanisme notamment en matière de caducité, ne fait l'objet d'aucune disposition relative à sa modification. L'enjeu n'est pas le même puisque le cahier des charges est en principe, du moins depuis 1986, approuvé par l'autorité compétente. Et pour les cahiers des charges antérieurs à 1986, il n'y avait certes pas d'obligation formelle d'approbation, mais dans la pratique ils l'étaient, compte tenu du caractère public de l'opération de ZAC. Par conséquent, la modification des clauses du cahier des charges a toujours été envisagée comme relevant d'une prérogative de l'autorité compétente, sans que les propriétaires ne puissent avoir leur mot à dire. C'est ce qu'avait déjà jugé la Cour de cassation dans un arrêt du 30 juin 1993 :

« dès lors qu'il complète et précise, s'il y a lieu, des règles déterminées par le plan d'aménagement de zone et qu'il ne définit pas de prescriptions architecturales autres que celles fixées par le règlement de ce plan, c'est ce dernier document qui a une place prépondérante et ses modifications s'étendent de plein droit à celles du cahier des charges »⁴⁰².

Il faut toutefois reconnaître que les termes du débat ont pu changer depuis la loi SRU et la suppression en conséquence du plan d'aménagement de zone. Le cahier des charges n'est plus la déclinaison d'une norme qui lui était supérieure, mais il est devenu un document parfaitement autonome. Aussi, un autre élément peut susciter une certaine confusion. L'ancien article R. 311-19 du Code de l'urbanisme disposait que le cahier des charges de cession de terrains devait être approuvé, laissant entendre qu'un seul document devait être approuvé une seule fois. Désormais, le deuxième alinéa de l'article L. 311-6, dont la rédaction résulte de la loi SRU, dispose que *« le cahier des charges est approuvé lors de chaque cession »*. Il n'y a donc pas un cahier des charges de ZAC mais autant de cahiers des charges qu'il y a de cessions. Nous avons pu voir toutefois que si l'intention de l'aménageur de stipuler pour autrui des prescriptions techniques, urbanistiques et architecturales était manifeste, celles-ci pouvaient avoir pour effet de constituer un ensemble contractuel unique. Il n'empêche que cette multiplication des approbations peut poser des difficultés. Si par exemple l'aménageur souhaite modifier les conditions du cahier des charges de cession d'un

⁴⁰² *Op. cit.* Cass. 3^{ème} civ., 30 juin 1993, La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 51, 24 Décembre 1993, 101700

terrain en particulier, ce ne sera formellement qu'un seul cahier des charges qui sera modifié. Mais est-ce que les autres propriétaires, pourtant liés, pourraient manifester leur opposition ? Aucune jurisprudence n'est venue à notre connaissance le préciser. Selon nous, il ne peut y avoir stipulation pour autrui dès lors que les clauses ne sont pas identiques d'une cession à l'autre, en vertu de l'effet relatif des contrats.

Dans le cas de l'opposabilité de clauses identiques entre les propriétaires entre eux, cet accord devrait recueillir l'unanimité du fait qu'aucune règle de majorité n'est fixée pour ce faire. La question se pose également lorsque la ZAC est supprimée et que le cahier des charges est devenu caduc en tant qu'acte réglementaire, mais reste opposable en tant que document contractuel entre les propriétaires. En l'absence de dispositions légales contraires, leur modification devrait alors également recueillir l'unanimité. La loi ALUR n'apporta aucun élément nouveau en matière de cahier des charges de ZAC, donc les interrogations demeurent. Nous n'évoquerons donc que l'évolution du cahier des charges de lotissement dans les développements ci-après.

Les difficultés d'application avant l'entrée en vigueur de la loi ALUR.

(157.) Avant l'entrée en vigueur de la loi ALUR, il n'était fait aucune distinction entre les cahiers des charges approuvés et non-approuvés dans les articles L. 442-10 et L. 442-11 du Code de l'urbanisme. Il était simplement question de « *documents du lotissement, et notamment le règlement et le cahier des charges* ». La question de l'évolution des cahiers des charges non-approuvés, ou bien ceux qui avaient été approuvés, mais dont la péremption leur avait conféré un caractère purement contractuel, a pu alors logiquement susciter des difficultés. Etant un contrat de droit privé, soumis à ce titre au contentieux civil, comment les dispositions du Code de l'urbanisme quant à son évolution pouvaient-elles lui être opposables ?

En l'absence de stipulation expresse prévue dans le cahier des charges non approuvé quant à ses modalités d'évolution (la présence de telles stipulations est rare), ou bien dans le règlement ou cahier des charges approuvé devenu un contrat de droit purement privé (ce qui est tout aussi rare), les clauses de ces documents semblaient devoir être soumises aux dispositions du Code civil concernant d'une part les contrats, et d'autre part les servitudes. Ces clauses étaient alors perpétuelles, sauf modalités particulières d'extinction des servitudes, et leur modification requiert l'unanimité des contractants. C'était le retour à la jurisprudence *Giraudon* de 1965 contre laquelle le législateur était intervenu en 1967. Celui-ci laissera intervenir de nouveau en 2014 pour tenter de mettre fin aux interrogations suscitées. Il apparaît toutefois utile de reproduire ci-après les dispositions de ces deux articles dans leur rédaction antérieure à l'entrée en vigueur de la loi ALUR :

Ancien art. L.442-10 :

« Lorsque les deux tiers des propriétaires détenant ensemble les trois quarts au moins de la superficie d'un lotissement ou les trois quarts des propriétaires détenant au moins les deux tiers de cette superficie le demandent ou l'acceptent, l'autorité compétente peut prononcer la modification de tout ou partie des documents, notamment du règlement et du cahier des charges relatifs à ce lotissement, (...). Cette modification doit être compatible avec la réglementation d'urbanisme applicable. (...) » ;

Ancien art. L.442-11 :

« Lorsque l'approbation d'un plan local d'urbanisme ou d'un document d'urbanisme en tenant lieu intervient postérieurement au permis d'aménager un lotissement ou à la décision de non-opposition à une déclaration préalable, l'autorité compétente peut, après enquête publique réalisée conformément au chapitre III du titre II du livre Ier du code de l'environnement et délibération du conseil municipal, modifier tout ou partie des documents du lotissement, et notamment le règlement et le cahier des charges, pour les mettre en concordance avec le plan local d'urbanisme (...) ».

Comment l'autorité publique pouvait alors procéder, certes avec l'accord de la majorité des colotis, à la modification d'un cahier des charges qu'elle n'avait pas eu à approuver ? C'est à cette question qu'un arrêt du 10 mars 1989, dit *Commune de Reichstett* et que nous avons déjà évoqué, a apporté des premiers éléments de réponse, mais qui ne seront pas suivis d'effet. Dans cette affaire, le Conseil d'Etat avait considéré que la circonstance selon laquelle le cahier des charges, défini comme un document contractuel non soumis à approbation, ne pouvait « *légalement avoir pour effet de priver le préfet du pouvoir d'approuver, selon la procédure définie à l'article L. 315-3, les modifications apportées par la majorité qualifiée, aux clauses de nature réglementaire de ce document* »⁴⁰³. Ainsi est apparue la notion prétorienne de « clause de nature réglementaire » du cahier des charges non approuvé, en opposition donc à des clauses qui seraient de nature non-règlementaire, c'est-à-dire « *les droits et obligations régissant les rapports entre colotis* », qui ne sauraient être remises en cause selon les dispositions de l'article L. 442-9. Nous ne développerons pas ce point qui l'a déjà largement été.

Malgré cette jurisprudence de principe du Conseil d'Etat, l'administration avait eu une position différente sur la question, n'établissant pas de distinction entre la nature juridique des clauses du cahier des charges. Dans une réponse ministérielle intervenue en 2010, l'Administration avait donné son interprétation de l'article L. 442-10 lorsque justement les documents du lotissement étaient devenus caducs :

*« Cette disposition est applicable aux documents approuvés de lotissements encore en vigueur. Dès lors que les règles d'urbanisme contenues dans ces documents sont devenues caduques en application de l'article L.442-9 du même code, il n'y a plus lieu de les modifier et de faire application de l'article L.442-10 »*⁴⁰⁴.

Dans le même sens, un arrêt avait été rendu en 2004 par la Cour administrative d'appel de Marseille, aux termes duquel il avait été jugé qu'un maire était fondé à refuser de délivrer un arrêté modificatif, au motif de son incompétence, en considérant que les colotis ne pouvaient lui demander de modifier des règles qui avaient cessé de s'appliquer sur le plan réglementaire par l'effet de la caducité décennale des documents du lotissement⁴⁰⁵.

S'agissant cette fois-ci de l'application de l'article L. 442-11, la Cour administrative d'appel de Nantes avait adopté une position identique à celle de la doctrine administrative, dans un arrêt du 15 juin 2012, écartant toute possibilité de mise en

⁴⁰³ *Op. cit.* CE, 10 mars 1989, *Commune de Reichstett*, n° 70070

⁴⁰⁴ Rép. min. n°41206, JOAN Q, 13 avril 2010, p. 4245

⁴⁰⁵ CAA Marseille, 21 octobre 2004, *Lasry*, n° 01MA02623

concordance du cahier des charges lorsque les documents du lotissement étaient devenus caducs :

« qu'ainsi, ces règles, en tant qu'elles revêtent un caractère réglementaire, sont devenues caduques à la suite de l'adoption du plan d'occupation des sols de la commune de Saint-Jean-de-Monts, le 16 décembre 1999 ; qu'il suit de là, que le maire de Saint-Jean-de-Monts n'a pu, sans entacher sa décision d'illégalité, modifier les règles d'urbanisme à valeur contractuelle contenues dans les cahiers des charges du lotissement (...) afin de les mettre en concordance avec le plan d'occupation des sols de la commune »⁴⁰⁶.

La doctrine était pour le moins partagée sur la question de l'évolution du cahier des charges non-approuvé. Une partie des observateurs était restée fidèle à la ligne fixée par le Conseil d'Etat en 1989, à savoir que les clauses de nature réglementaire du cahier des charges demeuraient soumises aux procédures de modification et de mise en concordance prévues par les articles L. 442-10 et L. 442-11 du Code de l'urbanisme, et ce au motif que ces dispositions n'établissaient pas de distinction selon la nature du cahier des charges (approuvé ou non), ni selon le statut du lotissement (péremption ou non des règles d'urbanisme)⁴⁰⁷.

La jurisprudence judiciaire n'était pas en reste sur la difficulté à dégager une position claire. La troisième chambre civile de la Cour de cassation avait en effet rendu des arrêts aux termes desquels la modification d'un cahier des charges non-approuvé supposait nécessairement un arrêté modificatif⁴⁰⁸, mais également un arrêt donnant la solution contraire, en admettant la validité d'une modification du cahier des charges sans arrêté modificatif⁴⁰⁹. Dans un arrêt rendu plus récemment, la même chambre avait affiné sa position en retenant que le vote à l'unanimité des colotis ne nécessitait pas un arrêté de l'Administration⁴¹⁰. En bref, du point de vue de la jurisprudence judiciaire, on avait fini par considérer qu'une décision de modification ou de mise en concordance pouvait se passer d'une intervention de l'autorité publique si celle-ci était prise, à défaut de stipulations contraires, à l'unanimité des colotis mais qu'un arrêté modificatif était nécessaire dès lors que qu'une double majorité qualifiée le demandait ou l'acceptait.

Du point de vue de la jurisprudence administrative, les positions restaient partagées sur la question de savoir si les dispositions des articles L. 442-10 et L. 442-11 étaient opposables aux cahiers des charges non-approuvés. La doctrine administrative ainsi que les juges du fond avaient eu tendance à écarter le cahier des charges non-approuvé des documents concernés par ces dispositions en raison de sa nature purement contractuelle, alors que le Conseil d'Etat, suivi dans son raisonnement par plusieurs auteurs, avait apporté une nuance, en reconnaissant que seules des clauses de nature réglementaire du cahier des charges étaient susceptibles de faire l'objet d'une procédure de modification. Encore quelques mois avant l'adoption de la loi ALUR, une nouvelle jurisprudence du Conseil d'Etat, dont la solution n'était pas sans rappeler celle rendue en 1989 dans l'arrêt *Commune de Reichstett*, avait relancé les

⁴⁰⁶ CAA Nantes, 15 juin 2012, *Thibaud*, n° 10NT01321

⁴⁰⁷ Rebecca Ducourau, *La procédure de modification du cahier des charges de lotissement*, JCP N, 25 mai 2007, p. 1180

⁴⁰⁸ Cass. 3^{ème} civ. 20 mai 1998, n° 96-16639 ; 4 février 2004, n° 02-11409

⁴⁰⁹ Cass. 3^{ème} civ. 21 juin 2000, n° 98-21129

⁴¹⁰ Cass. 3^{ème} civ. 16 décembre 2008, n° 07-14307

débats. L'arrêt *Commune de Saint-Jean-des-Monts*, en date du 7 octobre 2013 avait en effet cassé l'arrêt précité de la Cour administrative d'appel de Nantes du 15 juin 2012. Même si le raisonnement du Conseil d'Etat dans l'arrêt *Commune de Saint-Jean-des-Monts* est similaire à celui de l'arrêt *Commune de Reichstett* rendu vingt-quatre ans plus tôt, il faut toutefois distinguer les deux situations. En 1989, la Haute-juridiction administrative avait considéré que l'autorité réglementaire ne pouvait être privée de la faculté de modifier, avec l'accord de la majorité qualifiée des colotis, les clauses de nature réglementaire du cahier des charges. Dans l'arrêt de 2013, il s'agissait d'un litige portant sur une procédure de mise en concordance.

Il est important de souligner la différence de nature juridique entre les deux procédures. La modification est d'intérêt privé, puisqu'il revient aux colotis de l'approuver par une majorité qualifiée. D'ailleurs, en cas d'unanimité, les colotis peuvent même, semble-t-il, se passer d'un arrêté de l'Administration. Il est par ailleurs indiqué que cette modification doit être compatible avec la réglementation d'urbanisme en vigueur – la notion de compatibilité devant sans doute se distinguer de celle de concordance. La mise en concordance est, au contraire, justifiée par l'intérêt public. Il n'est pas demandé aux colotis d'approuver ou non l'initiative de l'administration. Mais la procédure reste toutefois soumise à l'obligation d'ouvrir une enquête publique.

Cette précision étant faite, il convient de se pencher sur la solution de l'arrêt *Commune de Saint-Jean-des-Monts*, au terme duquel la caducité des documents du lotissement ne constitue pas un obstacle à l'opposabilité de l'article L. 442-11 au cahier des charges. Ci-après le considérant de principe :

*« qu'en cas de discordance entre, d'une part, le cahier des charges qui continue à régir les rapports entre colotis et, d'autre part, le plan local d'urbanisme ou le document d'urbanisme en tenant lieu, le maire peut faire usage du pouvoir qu'il tient des dispositions de l'article L. 442-11 de modifier le cahier des charges pour le mettre en concordance avec le plan local d'urbanisme ou le document d'urbanisme en tenant lieu ; (...) »*⁴¹¹

Cette solution a été largement commentée. Pour un auteur, elle est une « *marque d'autorité* » de la règle d'urbanisme sur des stipulations contractuelles. Selon ses termes :

*« la seule et unique justification (...) à ce que soit ainsi brisée la force contractuelle des cahiers des charges, qu'ils aient été approuvés ou non, est que l'article L. 442-11 du Code de l'urbanisme ne prévoit « aucune exception au pouvoir » de la mairie de les mettre en concordance avec son parti pris d'urbanisme. »*⁴¹²

Mais contrairement à l'arrêt *Commune de Reichstett*, le Conseil d'Etat n'établit pas de distinction entre des clauses de nature réglementaire et celles de nature non-réglementaire. Pour infirmer la décision de la Cour administrative d'appel de Nantes, il se borne à relever l'erreur de droit. Pour autant, comme le relève Patrick Durand, il peut y avoir mise en concordance justement lorsqu'il y a « discordance », ce qui suppose que les clauses (ou dispositions) en cause aient le même objet. Et de suggérer que :

⁴¹¹ CE, 7 oct. 2013, *Commune de Saint-Jean-des-Monts*, n° 361934

⁴¹² Patrice Cornille, « *La mairie peut imposer la mise en concordance d'un cahier des charges devenu purement contractuel* », Const.-urb n° 12, 2013, comm. 168

*« si cette procédure peut donc bien viser le cahier des charges, elle n'en semble pas pourtant applicable aux stipulations de pur droit privé, étrangères aux préoccupations d'urbanisme et aux prescriptions réglementaires d'un PLU »*⁴¹³.

Ce raisonnement, que nous approuvons même si la question ne se pose plus dans les mêmes termes compte tenu des évolutions portées par la loi ALUR, laisse donc entendre que la procédure de mise en concordance ne pouvait concerner que les clauses de nature réglementaire du cahier des charges. Ce qui est quasi-certain, c'est qu'à la période où le Conseil d'Etat a rendu cet arrêt, le projet de loi ALUR contenait déjà la version réécrite des articles L. 442-9, L. 442-10 et L. 442-11 qui allait être celle finalement retenue dans le texte final. A cet égard, Jérôme Trémeau a pu relever que :

*« L'arrêt Commune de Saint-Jean-de-Monts s'inscrit dans ce contexte, en préfigurant la nouvelle rédaction de cette disposition, dont le but est d'inclure sans équivoque les cahiers des charges purement contractuels dans le champ de la modification administrative, notamment lorsqu'ils comportent des restrictions de densité de construction. »*⁴¹⁴

Le Conseil d'Etat envoya donc un signal fort, à quelques mois de l'entrée en vigueur de la loi ALUR, comme pour préparer les esprits à une évolution majeure du régime du cahier des charges.

Le régime de modification et de mise en concordance post-ALUR.

(158.) Avant d'entrer dans l'analyse des changements apportés par la loi ALUR quant au régime de modification et de mise en concordance des cahiers des charges, il convient de reproduire ci-après leurs dispositions respectives dans leur nouvelle rédaction :

Nouvel art. L.442-10 :

« Lorsque la moitié des propriétaires détenant ensemble les deux tiers au moins de la superficie d'un lotissement ou les deux tiers des propriétaires détenant au moins la moitié de cette superficie le demandent ou l'acceptent, l'autorité compétente peut prononcer la modification de tout ou partie des documents du lotissement, notamment le règlement, le cahier des charges s'il a été approuvé ou les clauses de nature réglementaire du cahier des charges s'il n'a pas été approuvé. Cette modification doit être compatible avec la réglementation d'urbanisme applicable.

Le premier alinéa ne concerne pas l'affectation des parties communes des lotissements. (...) » ;

Nouvel art. L.442-11 :

« Lorsque l'approbation d'un plan local d'urbanisme ou d'un document d'urbanisme en tenant lieu intervient postérieurement au permis d'aménager

⁴¹³ Patrick Durand « Sur la modification du cahier des charges des lotissements frappés par la caducité décennale prévue par l'article L.442-9 du Code de l'urbanisme », Blog Jurisurba, 8 octobre 2013

⁴¹⁴ Jérôme Trémeau, « Le cahier des charges du lotissement, un tigre de papier ? » AJDA 2013, p. 2509

un lotissement ou à la décision de non-opposition à une déclaration préalable, l'autorité compétente peut, après enquête publique réalisée conformément au chapitre III du titre II du livre Ier du code de l'environnement et délibération du conseil municipal, modifier tout ou partie des documents du lotissement, et notamment le règlement et le cahier des charges, qu'il soit approuvé ou non approuvé, pour mettre en concordance ces documents avec le plan local d'urbanisme ou le document d'urbanisme en tenant lieu, au regard notamment de la densité maximale de construction résultant de l'application de l'ensemble des règles du document d'urbanisme ».

Auparavant, l'article L. 442-10 du Code de l'urbanisme ouvrait aux colotis la possibilité de solliciter de l'autorité compétente, à leur initiative ou à celle de cette dernière, la modification de tout ou partie des documents, notamment du règlement et du cahier des charges relatifs au lotissement, selon une double règle de majorité de deux tiers des propriétaires pour au moins trois quarts de la superficie ou l'inverse. Désormais, cette majorité s'établit à la moitié des propriétaires pour les deux tiers de la superficie ou l'inverse. Cet abaissement des règles de majorité est censé faciliter la modification des documents du lotissement. Il est difficile néanmoins d'évaluer dans quelle mesure cet abaissement produira l'effet escompté, puisqu'aucune statistique, du moins officielle, n'a démontré que nombreuses avaient été les modifications refusées de justesse. En outre, il a été apporté à l'article L. 442-10 une clarification d'un plus grand intérêt. Il s'agit de l'extension de la procédure de modification aux clauses de nature réglementaire des cahiers des charges non approuvés. L'ancienne rédaction ne faisait pas la distinction entre cahier des charges approuvé et non approuvé, ce qui avait pu conduire une partie de la jurisprudence à considérer que, s'agissant de ces derniers, l'article L. 442-10 ne pouvait s'appliquer, la collectivité n'étant pas compétente pour approuver une modification et que, pour modifier un cahier des charges non approuvé, l'unanimité était requise. L'insertion de cette nouvelle disposition vise donc à aligner, comme en matière de péremption, les clauses réglementaires des cahiers des charges non approuvés sur le régime des cahiers des charges approuvés. On peut également y voir, vingt-cinq ans après, une consécration de la jurisprudence *Commune de Reichstett*, car c'est la nature de la clause, réglementaire ou non, qui pourra déterminer le bien-fondé de l'intervention de l'autorité compétente dans la décision de modification.

Au-delà des interrogations qui peuvent s'exprimer quant à la qualification de réglementaire ou non pour telle ou telle clause, le doute persiste sur la question de savoir si des colotis peuvent valablement modifier, à l'unanimité, et sans l'intervention de l'administration, des clauses de nature réglementaire. De même qu'on ne sait toujours pas si les majorités prévues à l'article L.442-10 sont valables pour les modifications ne nécessitant pas l'intervention de l'administration, à savoir celles portant sur les clauses de nature contractuelle. Est-ce que, par exemple, la modification de clauses de nature contractuelle limitant le droit de construire et dûment publiées requiert-elle une majorité qualifiée ou bien l'unanimité ? Le sixième alinéa de l'article L. 442-9 dispose que la décision de publier de telles clauses relève de la majorité de l'article L.442-10. On pourrait alors en déduire, toutefois sans certitude, que la décision de modifier les clauses publiées relève elle aussi de la même majorité. La question reste en revanche totalement ouverte s'agissant des clauses de nature contractuelle n'ayant pas pour objet ou pour effet de limiter la densité constructible.

Par ailleurs, un amendement parlementaire retenu dans la version finale de la loi ALUR est venu ajouter à l'article L. 442-10 une disposition pour le moins curieuse, aux termes de laquelle l'alinéa premier de cet article, relatif aux conditions de modification, ne concerne pas « *l'affectation des parties communes du lotissement* ». L'insertion d'une telle disposition ne manque pas d'interpeler. En effet, celle-ci ne trouverait matière à s'appliquer que si justement ces parties communes ont été attribuées en propriété aux colotis, c'est-à-dire lorsque le lotisseur n'a pas constitué une association syndicale ou bien conclu avec la collectivité une convention de transfert de propriété de ces voies, espaces et équipements. Si la propriété de ces parties communes a été attribuée aux colotis, encore faudrait-il que leur affectation soit expressément prévue par le cahier des charges. Souvent, l'affectation d'une voie ou d'un espace résulte de l'usage et non d'un texte qui le prévoit expressément. Admettons que ce soit le cas, est-ce que cette nouvelle disposition signifie que les colotis ne peuvent pas du tout modifier l'affectation des parties communes du lotissement ou bien qu'ils le peuvent, mais selon des règles de majorité différentes de celles prévues à l'alinéa premier ? Une députée a interpellé la ministre en charge de l'urbanisme de cette question, manifestement soucieuse du sort des espaces verts communs du lotissement. La question est ainsi formulée :

*« Dans la mesure où les espaces verts constituent des parties communes, elle lui demande si l'on doit comprendre que depuis l'entrée en vigueur de la loi ALUR, on ne peut plus supprimer un espace vert d'un lotissement ou que seule la règle de majorité qualifiée est écartée et qu'une modification des documents du lotissement sur un tel point nécessiterait alors une majorité renforcée voire l'accord unanime des colotis. »*⁴¹⁵

La réponse de la ministre est attendue.

Une disposition déjà présente dans l'article L. 442-10 du Code de l'urbanisme avant la loi ALUR a été maintenue. Elle en constitue désormais le troisième alinéa et dispose que :

« Jusqu'à l'expiration d'un délai de cinq ans à compter de l'achèvement du lotissement, la modification mentionnée au premier alinéa ne peut être prononcée qu'en l'absence d'opposition du lotisseur si celui-ci possède au moins un lot constructible. »

Il est difficile de trouver un sens à ce droit de veto du lotisseur pour une durée de cinq ans, surtout si l'on considère le cahier des charges comme un document purement contractuel. Cela lui confère en effet un rôle de propriétaire de fonds « super-dominant », alors même que des liens contractuels réciproques ont pu être noués entre les premiers acquéreurs. Du point de vue du droit des contrats et des servitudes, ce droit de veto ne semble pas justifié.

S'agissant à présent de la procédure de mise en concordance, l'article L. 442-11 précisait auparavant qu'elle s'appliquait à « *tout ou partie des documents du lotissement, et notamment le règlement et le cahier des charges* », sans faire de distinction parmi ces derniers. Désormais, la loi énonce clairement que la mise en concordance s'applique aussi bien au cahier des charges approuvé que non-approuvé. Mais il n'est fait aucune distinction entre les clauses de nature réglementaire et celle de nature non-réglementaire. Au même titre que la nouvelle écriture de l'article L.

⁴¹⁵ Qu. n° 90049, JO question, 6 oct. 2015, p. 7554

442-10 a pu constituer une consécration de la jurisprudence *Commune de Reichstett*, la nouvelle version de l'article L. 442-11 est la consécration de la jurisprudence *Commune de Saint-Jean-des-Monts*, puisque le législateur affirme la marque d'autorité de l'administration sur toute stipulation de cahier des charges de quelque nature que ce soit qui pourrait être en contradiction avec les règles qu'elle édicte dans son document d'urbanisme. Tout comme le Conseil d'Etat, le législateur n'établit pas de distinction entre clause de nature réglementaire et clause de nature non réglementaire en ce qui concerne la procédure de mise en concordance. Cela dit, s'il est question de clauses à mettre en concordance avec la réglementation d'urbanisme, il s'agit en toute logique nécessairement de clauses de nature réglementaire. La question se pose alors de savoir si, en dépit de leur caractère contractuel reconnu par l'alinéa 3 de l'article L. 442-9 et qui ne saurait donc être remis en cause, les dispositions de l'article L. 442-11 pourraient s'appliquer aux clauses de nature non-réglementaires ayant pour objet ou pour effet de limiter le droit de construire. A la lecture littérale des textes, rien ne semblerait s'y opposer.

Le nouvel article L. 442-11 ajoute par ailleurs que la mise en concordance vise notamment la densité maximale de construction résultant de l'application de l'ensemble des règles du document d'urbanisme, sans doute pour qu'une telle atteinte à un document contractuel puisse être justifiée par l'impérieuse nécessité d'utilité publique de libérer du foncier constructible. L'important pour le législateur, semble-t-il, est que le stock de mètres carrés de surface de plancher constructible résultant d'un PLU désormais sans COS puisse équivaloir au stock de mètres carrés de surface de plancher constructible découlant des documents du lotissement, le reste n'étant que secondaire. Pour autant, cet ajout n'a aucune portée normative du fait de l'usage du terme « notamment » qui ne réduit pas la procédure de mise en concordance au seul motif de densification.

En tout état de cause, les dispositions relatives à la modification et à la mise en concordance des documents du lotissement ne revêtent plus le même intérêt qu'auparavant puisque la durée de validité des documents réglementaires et des clauses de nature réglementaires des cahiers des charges est désormais limitée à dix ans, sans possibilité de maintien ou de renouvellement. Certes, les règles sont maintenues si aucun plan local d'urbanisme ou document d'urbanisme en tenant lieu n'est opposable. Mais il s'agit tout de même d'un cas de figure assez rare puisque les territoires non couverts par un document d'urbanisme sont en principe inconstructibles. Il peut y avoir toutefois de manière plus probable des lotissements réalisés dans des territoires couverts par des cartes communales qui ne tiennent pas lieu de PLU.

Dans le cas majoritaire d'un PLU ou document d'urbanisme en tenant lieu couvrant le périmètre du lotissement, on imagine mal un coloti demander la modification d'une règle d'urbanisme dans les dix premières années de la vie du lotissement alors même qu'il n'est que récemment propriétaire, et que les conditions fixées dans un règlement par exemple sont supposées avoir été portées à sa connaissance au moment de la vente. On peut au contraire supposer que le coloti qui a en tête de réaliser un projet non-conforme aux règles du lotissement préférera attendre patiemment le retour au droit commun plutôt que de risquer de se voir opposer un refus par l'autorité compétente, ou bien s'exposer à un recours des autres colotis (même s'il n'est garanti de rien compte tenu de la jurisprudence judiciaire). De même, on imagine difficilement l'autorité compétente engager une enquête publique dans le but de

procéder à une mise en concordance de règles de lotissement qui ne sont que provisoires.

Eventuellement, s'il était apporté la confirmation que ces dispositions concernent également les clauses purement contractuelles des cahiers des charges qui ne sont par définition pas frappées de caducité, alors elles pourraient avoir encore de l'intérêt. Mais le doute est de mise en la matière, car la modification de clauses contractuelles ne requiert pas l'intervention de l'autorité administrative. Cela n'empêche certes pas la décision de publier des clauses non-réglementaires limitant le droit de construire de relever de la majorité de l'article L. 442-10. Mais il ne s'agit pas d'une décision relative à une modification, et rien n'indique que la même majorité serait requise pour justement modifier le contenu purement contractuel du cahier des charges. Quant à la procédure de l'article L. 442-11, une mise en concordance de clauses contractuelles, qui par définition n'ont rien de contraire avec des règles d'urbanisme, ne saurait être envisagé. Il est même à se demander, par conséquent, si la procédure de mise en concordance a un quelconque intérêt, et si son maintien dans le Code de l'urbanisme est justifié.

Evidemment, si le législateur avait eu la franchise et la clarté d'affirmer, comme nous l'avons suggéré, la nullité de toutes clauses de nature réglementaire, en les réputant non-écrites, plutôt que de leur accorder une durée de validité de dix ans, cela aurait permis de réduire le champ d'application des articles L. 442-10 et L. 442-11 aux seuls documents de nature réglementaires, conformément à l'intention initiale qui avait présidé la création de ces deux procédures en 1967.

Section 2 – Le règlement de copropriété

(159.) Tous les ensembles immobiliers ne résultent pas nécessairement d'une division en propriété. Ils peuvent résulter également d'une division en jouissance. Etant donné qu'aussi bien la définition du lotissement, prévue à l'article L. 442-1 du Code de l'urbanisme, que celle du PCVD, prévue à son article R. 431-24, visent la « *division en propriété ou en jouissance* » de terrains, ces divisions en jouissance peuvent justement donner lieu à ce que l'on appelle des copropriétés horizontales, c'est-à-dire des ensembles immobiliers organisés selon les dispositions de la loi n° 65-557 du 10 juillet 1965.

Certes, la pratique de la copropriété horizontale établie sans autorisation de lotir, ou « méthode Stemmer », a été condamnée par le Conseil d'Etat en 1996 dans la fameuse jurisprudence *Ville de Toulouse* citée dans la deuxième partie, parce qu'elle constituait un détournement de la procédure de lotissement. Pour autant, les ensembles immobiliers ainsi organisés demeurent nombreux, et resteront régis par un règlement de copropriété aussi longtemps qu'un mode alternatif de gestion n'aura pas été prévu au titre du deuxième alinéa de l'article 1^{er} de la loi du 10 juillet 1965, ou qu'une scission au titre de l'article 28 de la même loi n'aura pas été décidée. La jurisprudence précitée, fut-elle de la Haute-assemblée, n'a pu avoir pour effet de remettre en cause des droits et des obligations valablement contractés. D'ailleurs, si la pratique s'est raréfiée, elle n'est pas interdite en soi. Il est tout à fait valable de constituer des copropriétés horizontales dès lors qu'un permis d'aménager est obtenu. Comme nous avons pu le voir, la thèse de l'exclusion du lotissement, soutenue par

une partie de la doctrine⁴¹⁶ avant d'être définitivement condamnée par la jurisprudence a donc vécu, et c'est la thèse de l'assimilation au lotissement qui a triomphé⁴¹⁷. La doctrine administrative s'était également positionnée dans le sens de l'assimilation⁴¹⁸.

Pour ce qui concerne les copropriétés horizontales résultant d'un permis de construire valant division, au titre de l'article R. 431-24 du Code de l'urbanisme qui fait d'ailleurs expressément référence au statut de la copropriété quant au mode de gestion de l'ensemble, cette pratique est toutefois possible sous réserve des préconisations de la doctrine administrative qui exclut de son champ d'application la scission du terrain d'assiette emportant le transfert partiel du permis pour la construction de maisons individuelles, ainsi que le précise la réponse ministérielle « Vauzelle » que nous avons longuement évoquée en deuxième partie.

Par conséquent, dès lors que l'on admet que l'établissement d'une copropriété horizontale est constitutif de lotissement (le cas du PCVD étant mis à part), alors chaque lot divisé en jouissance se voit pourvu d'un droit de construire. Ainsi se pose la question de la gestion des droits à bâtir à l'intérieur d'un ensemble immobilier organisé selon les dispositions de la loi du 10 juillet 1965. Nous le savons, le terrain d'une copropriété est, en vertu de l'article 3 de ladite loi, une partie commune, donc en indivision entre les copropriétaires. Il est donc logique que le même article énonce également que le droit de surélever un bâtiment ou d'en édifier de nouveaux « *sont réputés droits accessoires aux parties communes* ». Pour autant, l'article 3 de la loi du 10 juillet 1965 n'est pas d'ordre public, ce que ses propres dispositions confirment d'ailleurs en précisant que les parties communes et les accessoires aux parties communes sont ainsi définies « *dans le silence ou la contradiction des titres* ».

Le règlement peut alors valablement attacher des droits à bâtir à des lots. Mais que faut-il entendre par lot dans le cas d'une copropriété horizontale ? Est-ce que le lot porte sur le terrain divisé en jouissance ou bien seulement sur la construction qui y est implantée ? En réalité, la pratique semble plutôt admettre que les terrains divisés puissent faire l'objet d'un droit de jouissance sur les parties communes de la copropriété, mais que ce droit accorde en vertu du règlement l'attribution individuelle d'un droit de construire. Un auteur considère que :

*« l'indivision du sol lui-même ne s'oppose pas absolument à ce que chaque propriétaire d'une maison individuelle ait un droit réel sui generis sur le terrain dont ce propriétaire a l'usage exclusif. Il s'agirait d'un démembrement du droit de propriété s'exerçant dans une indivision organisée du sol »*⁴¹⁹.

Un ensemble immobilier résultant d'un lotissement, ou bien même d'un PCVD, peut alors parfaitement être régi, pour ce qui concerne les relations entre les propriétaires, par un règlement de copropriété. Les terrains ne constituent pas des fonds, qui résulteraient d'une division en propriété, mais des fractions de sol sur lesquelles

⁴¹⁶ Bernard Stemmer, « Plaidoyer pour la copropriété horizontale, Quand le mieux devient l'ennemi du bien » : JCP N 1982.1.8450 – Sylvain Pérignon, « Vers une nouvelle définition du lotissement », Defrénois 1991, art. 35086

⁴¹⁷ *Op. cit.* Daniel Tomasin, « Retour sur la distinction entre le lotissement et la copropriété », Droit et Ville 1995, n° 40, p. 5. - Fernand Bouyssou, « La copropriété horizontale sans division en jouissance : mythe, réalité ou fraude », RDI 1996, p. 329.

⁴¹⁸ *Op. cit.* Rép. min. n° 21030 : JOAN 8 avr. 1994, p 1429

⁴¹⁹ Jacques Lafond, *Etat descriptif de division. – Établissement. – Règles de publicité foncière*, JCP Constr. – Urb., fasc. 101, 2016, n° 69

s'exercent des droits de jouissance exclusive, mais dont la propriété reste indivise. Nous pouvons alors être amenés à nous interroger sur la nature des clauses du règlement de copropriété, en particulier dans un tel cas de figure. L'article 8 de la loi du 10 juillet 1965 lui donne la définition suivante :

« Un règlement conventionnel de copropriété, incluant ou non l'état descriptif de division, détermine la destination des parties tant privatives que communes, ainsi que les conditions de leur jouissance ; il fixe également, sous réserve des dispositions de la présente loi, les règles relatives à l'administration des parties communes. »

Si l'on devait établir un parallèle avec l'ensemble immobilier dont les terrains sont divisés en propriété, nous pourrions considérer que le règlement de copropriété tient lieu à la fois de cahier des charges (non-approuvé naturellement) et de statuts d'association syndicale. Il a de commun avec le cahier des charges de définir les droits et obligations de chacun des propriétaires tant sur les parties communes que sur les parties privatives, et avec les statuts de l'association syndicale de fixer les conditions de leur contribution aux charges communes, ainsi que les dispositions relatives à l'organisation et à l'administration des parties communes.

Un autre parallèle pourrait être établi sur la nature de ses clauses. Les droits et obligations liant les copropriétaires présentent un caractère réel et perpétuel. Le Professeur Atias avait pu le définir comme une convention d'adhésion :

*« En se portant acquéreur, chaque copropriétaire accepte un ensemble, un local et des parties communes, des clauses protectrices et des stipulations contraignantes. Le règlement de copropriété contribue à définir le genre de l'immeuble tel qu'il a été choisi par le fondateur de la copropriété et accepté par les acquéreurs des lots ; »*⁴²⁰

On retrouve donc bien les traits d'une conjonction de consentements, constitutive de l'acte juridique collectif, à l'instar de la nature juridique du cahier des charges. On peut également citer de nouveau le Professeur Liet-Veaux, qui considérait que le cahier des charges et le règlement de copropriété étaient comparables en ce qu'ils contenaient tous deux des règles civiles de police collective⁴²¹. Ainsi, il y a lieu d'établir la même distinction parmi les différentes natures des clauses des deux documents, entre d'une part celles consistant en des obligations dites *propter rem* que nous avons présentées précédemment, et d'autre part celles consistant en des charges réelles grevant chaque lot. Et puisque notre propos vise les limitations contractuelles du droit de construire, c'est donc sur ces dernières que nous allons nous pencher tout particulièrement.

Contrairement aux charges réelles grevant les terrains d'un ensemble immobilier divisé en propriété, les clauses d'un règlement de copropriété ne peuvent pas en principe être qualifiées de servitudes. En effet, l'article 637 du Code civil dispose comme nous le savons que *« la servitude est une charge imposée sur un héritage pour l'usage et l'utilité d'un héritage appartenant à un autre propriétaire »*. Or, dans le cas d'une copropriété horizontale, les terrains sont divisés en jouissance mais leur

⁴²⁰ Christian Atias, *Copropriété des immeubles bâtis*, Répertoire de droit civil, Dalloz, juin 2014, n° 158

⁴²¹ *Op. cit.* Georges Liet-Veaux, « Réflexion sur les règles civiles de police collective dans les ensembles immobiliers », La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 40, 3 Octobre 1997, 4134, p. 1204

propriété reste indivise. On ne peut donc pas parler de « propriétaires » distincts. Toutefois, la Cour de cassation a pu reconnaître dans un arrêt que la division d'un immeuble en lots de copropriété n'est pas incompatible avec l'établissement de servitudes entre les parties privatives de deux lots appartenant à des copropriétaires distincts⁴²². Si cet arrêt a pu constituer un revirement, salué par la doctrine⁴²³, il n'a pas eu pour effet pour renverser le principe selon lequel les clauses d'un règlement de copropriété ne constituent pas des servitudes. Il s'agissait en l'espèce d'apporter une solution à un cas très particulier de désenclavement d'une partie privative de lot de copropriété horizontale, et la servitude fut envisagée dans la mesure où la division initiale de l'ensemble en copropriété n'avait manifestement pas été faite correctement. Toujours est-il que le juge reconnaît l'idée que la servitude peut être établie en présence d'un fonds servants et d'un fonds dominant tous deux identifiés, et que l'utilité qu'elle procure à ce dernier est objective : son désenclavement. Ainsi, les droits et obligations formulés dans un règlement de manière générale et impersonnelle ne sauraient revêtir cette qualification de servitude, et ne sont pas en principe de nature à établir des liens bilatéraux entre copropriétaires. Aucune jurisprudence n'est du moins allé en ce sens. Il n'empêche que même dépourvu du caractère de servitude, les limitations contractuelles de l'exercice d'un droit de propriété individuel en copropriété (le lot comprenant une partie privative) n'en demeurent pas moins réelles et perpétuelles.

Il faut également souligner une autre différence entre le règlement de copropriété et le cahier des charges. La copropriété suppose nécessairement l'existence d'une personne morale, à savoir le syndicat des copropriétaires. Et c'est à ce dernier qu'il lui revient d'engager, en vertu de l'article 15 de la loi du 10 juillet 1965, des actions civiles à l'encontre d'un copropriétaire qui ne respecterait pas les stipulations du règlement. Il arrive toutefois que la jurisprudence reconnaisse la possibilité d'une action individuelle d'un copropriétaire à l'encontre d'un autre copropriétaire au motif de la méconnaissance par ce dernier des clauses du règlement de copropriété. Mais dans ce cas, il doit appeler le syndicat dans la cause dès lors que l'action porte sur une atteinte aux parties communes⁴²⁴. On pourrait donc en déduire *a contrario* que si l'action porte sur la propriété ou la jouissance des parties privatives, l'action individuelle ne nécessite pas d'appeler dans la cause le syndicat. Par conséquent, il pourrait donc y avoir une réciprocité dans les droits et obligations des copropriétaires, dès lors que l'inexécution contractuelle a pour objet les modalités de jouissance des parties privatives. Mais rien n'empêche dans ce cas qu'une action à l'encontre d'un copropriétaire soit engagée par le syndicat. Dans les ensembles immobiliers pourvus d'un cahier des charges, la seule entité morale pouvant être éventuellement constituée est l'association syndicale, mais il ne saurait en principe être inclus dans ses statuts la mission de veiller au respect des dispositions du cahier des charges pour ce qui concerne les charges réelles grevant chaque lot.

Dans le cas de l'ensemble immobilier régi par un règlement de copropriété, il faut alors distinguer deux hypothèses : celle de la cession d'un terrain à bâtir, et celle de la constructibilité résiduelle d'un terrain déjà bâti. Dans la première hypothèse, le « lotisseur » qui divise son terrain en jouissance cède un lot de copropriété à bâtir, que

⁴²² Cass. 3^{ème} civ. 30 juin 2004, n° 03-11.562

⁴²³ Daniel Sizaire, « *Copropriété et servitudes : la fin d'un tabou ?* », Constr. – Urb. n° 9, 2004, comm. 161

⁴²⁴ Cass. 3^{ème} civ. 8 juill. 2015, n° 14-16975

l'on peut également désigner comme un lot transitoire. Dans la seconde hypothèse, il s'agira d'analyser comment la constructibilité résiduelle peut évoluer dans le temps, une fois les lots bâtis.

§ 1 – La densité constructible du lot transitoire

(160.) Nous avons évoqué dans la deuxième partie la question du terrain d'assiette du lot et donc de la quantification réglementaire des droits à bâtir qui y sont attachés. Ce que nous évoquerons ici, c'est la quantification par contrat de la densité constructible attachée au lot transitoire.

La notion de lot transitoire.

(161.) La pratique du lot transitoire trouve son origine dans la pratique. En effet, la seule possibilité expressément prévue par les textes de faire échec au caractère de droits accessoires aux parties communes des droits à bâtir est la convention de réserve. En effet, l'article 37 de la loi du 10 juillet 1965 permet au propriétaire ou à un tiers de se réserver, par convention, « *l'exercice de l'un des droits accessoires visés à l'article 3* ». Le même article ajoute que cette convention devient caduque passé un délai de dix ans. La réserve de droits à bâtir peut donc constituer le fondement contractuel idoine pour une opération de division en jouissance constitutive de lotissement. Les « documents du lotissement » ayant eux aussi une durée de validité de dix ans, le tout s'articule harmonieusement. Le problème est que ce droit de réserve est soumis à la faculté pour le syndicat des copropriétaires de s'opposer à son exercice, à la majorité de l'article 25 de la loi du 10 juillet 1965. Par ailleurs, l'exercice de ce droit ne peut être attaché à un lot, mais juste à un droit de jouissance exclusive. On ne peut donc parler véritablement de privatisation des droits à bâtir, ceux-ci conservant leur caractère de droits accessoires aux parties communes. Le bénéficiaire de la réserve n'est donc pas de ce fait copropriétaire de l'ensemble⁴²⁵. Ainsi, l'option de la réserve des droits à bâtir paraît peu sécurisante, et la pratique a dû envisager un autre montage juridique : le lot transitoire.

La technique du lot transitoire permet d'ériger en lot un droit de construire, qui constitue une partie privative au sens de l'article 1^{er} de la loi, et que son propriétaire doit pouvoir utiliser conformément aux stipulations du règlement de copropriété. La notion même de lot transitoire pose une difficulté juridique car il s'agit d'un lot dont la consistance est abstraite. Dans ces conditions, la doctrine a longtemps été divisée sur la question de savoir si un lot transitoire était un lot de copropriété comme les autres. Dans un arrêt du 15 novembre 1989, la Cour de cassation avait retenu que dans le cas où chacun des lots, placés par l'auteur de la division sous le régime de la copropriété, comprenait, selon l'état descriptif, le droit exclusif d'utiliser une surface déterminée du sol pour y édifier des constructions, ainsi qu'une quote-part de la propriété du sol et des parties communes, le « lot privatif » du débiteur constituait un immeuble par nature⁴²⁶.

Dans un arrêt du 14 novembre 1991, la Cour suprême a reconnu pour la première fois, de manière explicite, la validité du lot transitoire en le désignant nommément. En

⁴²⁵ V. à ce sujet : Guy Vigneron, *Constructions nouvelles. – Surélévation*, JCP Copropriété, fasc. 96, 2012, n° 92

⁴²⁶ Cass. 3^{ème} civ., 15 nov. 1989, n° 87-18188

l'espèce, le lot dit « transitoire » qui, selon le règlement de copropriété, était constitué de terrains non bâtis, privativement réservé à l'exercice d'un droit exclusif de bâtir sur le sol commun, avec affectation d'une quote-part de parties communes, n'était pas assujéti à un régime particulier. Le titulaire du lot transitoire devait alors être considéré comme un copropriétaire ordinaire au sens de la loi du 10 juillet 1965⁴²⁷.

Que faut-il alors retenir de la jurisprudence de la Cour de cassation ? D'abord, le lot transitoire doit être expressément prévu dans l'état descriptif de division, avec une affectation de quotes-parts de parties communes correspondant à la valeur des bâtiments constructibles par rapport à celle des autres bâtiments à construire ou déjà construits. Dès lors qu'une quote-part lui est affectée, il doit avoir une consistance, pour être conforme aux dispositions de l'article 5 de la loi du 10 juillet 1965, qui énonce que « *la quote-part des parties communes afférente à chaque lot est proportionnelle à la valeur relative de chaque partie privative par rapport à l'ensemble des valeurs desdites parties, telles que ces valeurs résultent lors de l'établissement de la copropriété, de la consistance, de la superficie et de la situation des lots, sans égard à leur utilisation* ». Certes, l'article 5 n'est pas d'ordre public, mais ses dispositions constituent le fondement de l'article 10, relatif aux tantièmes de charges pour l'estimation des valeurs relatives des parties privatives des lots, lequel est, quant à lui, d'ordre public. Ensuite, le lot transitoire semble également devoir être expressément désigné dans le règlement de copropriété qui, contrairement à l'état descriptif de division, est un document de nature contractuel. C'est donc une disposition de nature contractuelle qui fonde, de manière nécessaire mais non suffisante, la validité de la privatisation des droits à bâtir dans une copropriété.

La jurisprudence relative au lot transitoire a pu être affinée récemment. Un arrêt du 18 septembre 2013 a jugé nécessaire que l'étendue du droit de construire conféré par le lot transitoire soit strictement définie dans le règlement de copropriété pour que celui-ci ait une consistance. L'arrêt a en outre posé la condition que les clauses relatives au lot à construire devaient également contenir la mention de l'objet du droit, son emprise matérielle et la référence au permis de construire⁴²⁸. A défaut, le lot transitoire doit être considéré comme inexistant car il ne saurait constituer un lot composé nécessairement d'une partie privative au sens de l'article 1^{er} de la loi du 10 juillet 1965. Mais il convient d'être précis. Une partie privative consistant en un droit de construire assorti d'une quote-part de parties communes ne suffit pas pour constituer un lot transitoire. Il faut aussi nécessairement qu'un droit de jouissance exclusif soit attribué au titulaire de ce lot, grâce auquel il aurait qualité à déposer une demande de permis de construire. Le toit de l'immeuble dans le cas d'une surélévation, ou une fraction du sol dans le cas d'une construction nouvelle si l'on est dans une copropriété horizontale, doit faire l'objet d'un tel droit de jouissance.

L'exercice du droit de construire résultant du lot transitoire.

(162.) Si toutes les conditions de validité du lot transitoire sont réunies, l'exercice du droit de construire qui y est attaché n'est pas soumis aux règles d'autorisation de l'assemblée des copropriétaires. Deux arrêts de la Cour de cassation rendus le 4 novembre 2010 et le 8 juin 2011 ont d'ailleurs pu le rappeler⁴²⁹. Il faut toutefois

⁴²⁷ Cass. 3^{ème} civ., 14 nov. 1991, n° 89-21167

⁴²⁸ Cass. 3^{ème} civ., 18 sept. 2013, n° 12-16357

⁴²⁹ Cass. 3^{ème} civ., 4 nov. 2010, n° 09-70.235 ; Cass. 3^{ème} civ., 8 juin 2011, n° 10-20.276

souligner que dans le cas d'espèce de l'arrêt du 8 juin 2011, le règlement de copropriété prévoyait la construction de « tous bâtiments » sans autre précision. *A contrario*, le titulaire du lot transitoire doit demander l'autorisation de l'assemblée générale à la majorité de l'article 25 b) de la loi s'il entreprend la construction de bâtiments non conformes à ceux énoncés dans le règlement de copropriété au titre du lot transitoire⁴³⁰. La faculté d'entreprendre des travaux conformes aux prescriptions du règlement de copropriété sans avoir à recourir à une autorisation des copropriétaires ne semble toutefois pas être toujours acquise avec certitude. En effet, malgré la jurisprudence de la Cour de cassation, un arrêt récent de la Cour d'appel de Paris a jugé que le titulaire du lot transitoire devait recueillir l'accord de l'assemblée, afin de vérifier justement la conformité des travaux avec la destination de l'immeuble⁴³¹. Un commentateur a pu déplorer l'intransigeance de la Cour d'appel de Paris, en voyant dans la jurisprudence de la Cour de cassation « *une solution plus souple dans ce type de situation en jugeant qu'aucune autorisation n'était exigée à la condition, sans doute implicite, que les travaux satisfassent aux prescriptions légales.* »⁴³²

Nous ne pouvons que nous joindre aux critiques émises par cet auteur. En effet, la pratique du lot transitoire trouve en grande partie son origine dans l'insécurité du dispositif de réserve prévu à l'article 37 de la loi du 10 juillet 1965, qui permet à l'assemblée de remettre en cause l'exercice d'un droit légalement obtenu par convention. Etant rappelé que le lot transitoire ne fait l'objet d'aucune disposition dans la loi du 10 juillet 1965, on peut se demander sur quel fondement juridique l'exercice normal d'un droit de construire par un copropriétaire prévu par les documents de la copropriété, notamment le règlement, devrait faire l'objet d'une autorisation préalable de l'assemblée. Il ne faut pas perdre de vue qu'en devenant copropriétaire, chaque membre de l'assemblée a dû adhérer à l'ensemble des stipulations contenues dans le règlement de copropriété, y compris celles relatives aux lots transitoires. Le droit de construire résultant de ce lot transitoire est donc réputé être acquis, et son exercice doit donc être libre pourvu que le projet soit conforme aux stipulations du règlement, au regard notamment de son implantation, de sa volumétrie et de sa destination.

La nature de la clause définissant la consistance du lot transitoire.

(163.) On sait que pour être valable, le lot transitoire doit préférablement faire l'objet de stipulations précises quant à sa consistance. La question est alors de savoir jusqu'à quel degré de précision la consistance doit être détaillée. Selon un auteur, le projet objet du lot transitoire doit être graphiquement défini de sorte que l'on puisse évaluer sa valeur relative :

« Si le lot transitoire confère le droit de construire un bâtiment de trois étages, à un emplacement prédéterminé, et dont l'emprise au sol est figurée dans un plan annexé, la désignation du lot transitoire sera suffisante au regard des dispositions de l'article 5 de la loi du 10 juillet 1965, puisque "la consistance,

⁴³⁰ CA Aix-en-Provence, 30 avr. 1998, n° 94/8512

⁴³¹ CA Paris, 2e ch., 21 janv. 2015, n° 13/03562

⁴³² Guy Vignerot, « Possibilité de construire », Loyers et Copropriété n° 5, Mai 2015, comm. 122

*la superficie et la situation des lots" à construire pourront être correctement appréciées pour la fixation de la valeur relative du lot. »*⁴³³

Pourtant, le juge n'a jamais invalidé à notre connaissance un lot transitoire pour motif d'imprécision de sa consistance. Au contraire même, il semblerait que moins la clause est détaillée, plus le titulaire du lot transitoire dispose d'une grande liberté d'exercer son droit. Au-delà du débat sur le degré de précision de la consistance du lot transitoire, l'inclusion de prescriptions peut revêtir d'autres intentions. En effet, le propriétaire qui divise en jouissance le sol du futur ensemble organisé selon le statut de la copropriété, ou bien même le syndicat des copropriétaires déjà établi qui constitue de nouveaux lots transitoires, n'aura pas la maîtrise des projets qui y seront menés. Ainsi, pour garantir une certaine harmonie de l'ensemble immobilier, ces clauses dites de « consistance » pourront consister en réalité en des règles privées d'urbanisme, définissant des prescriptions relatives à l'emprise, à la hauteur, à la densité, à l'apparence extérieure, etc. On peut même imaginer que chaque lot transitoire puisse se voir attribuer une surface de plancher constructible maximale.

La quantification par le règlement de copropriété d'une densité constructible suscite des interrogations. Imaginons par exemple que le titulaire du lot transitoire décide de ne pas consommer toute la densité constructible à laquelle il a droit. Conserve-t-il dans ce cas des droits à bâtir résiduels ? Ou bien est-ce que la densité constructible non consommée redevient accessoire aux parties communes ? Aucun élément de doctrine ou de jurisprudence ne permet de répondre à ces interrogations. Le doute demeure puisque du fait de sa construction, le lot perd son caractère transitoire pour devenir un lot ordinaire de copropriété horizontale. Dès lors, est-ce qu'un lot devenu ordinaire peut se voir conférer des droits à bâtir à son seul bénéfice ? Nous serions tentés de répondre par l'affirmative pour deux raisons. D'abord parce qu'en matière de copropriété horizontale, l'acte de cession du lot est généralement supposé mentionner la surface de plancher constructible que le vendeur attribue à l'acquéreur. Ensuite parce que ce qui fonde la constructibilité du lot transitoire, c'est le droit de jouissance exclusive de la fraction du sol qui y est attaché.

Mais est-ce qu'un tel droit de jouissance est perpétuel ? Cela n'est pas certain, et la réponse à cette question est d'ailleurs d'actualité. Un arrêt de principe de la Cour de cassation du 25 janvier 2015 a en effet considéré qu'un droit réel, consenti en l'espèce par un syndicat de copropriétaires, conférant le bénéfice d'une jouissance spéciale ne peut être perpétuel et s'éteint, s'il n'est pas limité dans le temps par la volonté des parties, dans les conditions prévues par les articles 619 et 625 du Code civil⁴³⁴. Le droit de jouissance ne peut alors être accordé, aux termes de cette jurisprudence, que pour une durée de trente ans. Toutefois, il ne s'agissait pas en l'espèce d'une fraction de sol sur lequel un droit de jouissance avait été consenti par une opération de lotissement, mais d'un syndicat des copropriétaires qui avait confié par convention à un tiers, en l'occurrence la société ERDF, un « *droit d'usage sur un lot composé d'un transformateur de distribution publique d'électricité* ». Ce droit de jouissance n'était donc pas attaché à la détention d'un lot dans la copropriété. De plus, ni le règlement, ni l'acte constitutif de ce droit de jouissance n'en fixaient la limite de durée dans le temps. Une telle jurisprudence serait donc à notre avis difficilement transposable dans le cas d'une division en jouissance à l'origine d'une copropriété horizontale.

⁴³³ Jacques Lafond, *Copropriété. – Programmes immobiliers évolutifs*, JCP Constr. – Urb, fasc. 90-50, 17 novembre 2009, (mise à jour 2013), n° 17

⁴³⁴ Cass. 3^{ème} civ., 25 janv. 2015, n°14-10013

Se pose également la question de la concurrence du régime de la copropriété avec celui du lotissement. L'acquéreur du lot de lotissement/copropriété serait alors soumis aux prescriptions prévues par les documents du lotissement, à savoir le règlement s'il y en a un, ou bien encore l'éventuel certificat du lotisseur si celui-ci opte pour cette possibilité, pour ce qui concerne sa demande de permis de construire. Ces mêmes prescriptions peuvent alors être mentionnées ou reproduites dans le règlement de copropriété, document de nature contractuel liant les copropriétaires entre eux. Si tel est le cas, peut-on considérer de telles clauses comme étant de nature réglementaire ? Une telle interrogation ne revête pas une grande importance dans le cas d'un lot transitoire tout nouvellement cédé à un acquéreur qui va entreprendre un projet de construction. Mais elle pourra se poser lorsque le lot transitoire deviendra un simple lot de copropriété horizontale, une fois que le droit de construire aura été converti en une construction réelle.

§ 2 – Les droits à bâtir résiduels du lot de copropriété horizontale

(164.) Dans un objectif de densification généralisée, la loi ALUR est venue élargir le champ de la caducité des documents du lotissement, y compris ceux de nature contractuelle. Elle a également assoupli les conditions de leur modification. La question qui se pose alors est la suivante : est-ce qu'un règlement de copropriété qui régit les rapports entre colotis/copropriétaires dans un lotissement peut être qualifié de document de lotissement, au même titre qu'un cahier des charges non-approuvé ?

Si l'on prend littéralement les dispositions des articles L. 442-9 et suivants du Code de l'urbanisme, seuls le règlement et le cahier des charges sont mentionnés, de manière non-exhaustive (en référence à l'usage de l'adverbe « notamment »), parmi les documents du lotissement. Mais il semble tout de même difficile d'admettre qu'un règlement de copropriété pourrait être un document du lotissement au sens du Code de l'urbanisme. On imagine mal en effet que ces dispositions puissent s'appliquer au règlement de copropriété, compte tenu notamment du caractère d'ordre public de la plupart des dispositions légales qui le régissent. Or, la loi du 10 juillet 1965 ne prévoit aucune hypothèse de caducité de quelle clause que ce soit. Le règlement de copropriété présente un caractère perpétuel sans distinction de nature de clauses. De même, les majorités auxquelles doivent être prises les décisions de modification sont d'ordre public. Le législateur n'a jamais envisagé de procédure de mise en concordance d'un règlement de copropriété avec les règles d'urbanisme en vigueur. C'est dire si celui-ci n'a jamais été perçu comme un document susceptible de constituer un obstacle à la densification urbaine.

Pourtant, il pourrait y avoir matière à discussion. Il serait en effet contestable que le règlement de copropriété fixe un ensemble de prescriptions excessivement restrictives pour préciser la consistance des lots. A cet égard, le second alinéa du I. de l'article 8 de la loi du 10 juillet 1965 dispose que :

« Le règlement de copropriété ne peut imposer aucune restriction aux droits des copropriétaires en dehors de celles qui seraient justifiées par la destination de l'immeuble, telle qu'elle est définie aux actes, par ses caractères ou sa situation. »

Appliquée à une copropriété horizontale, la destination de l'immeuble doit être entendue comme celle de l'ensemble immobilier. Et toute clause qui ne serait pas justifiée par cette destination serait illicite et donc réputée non-écrite, car contraire à l'ordre public. Or, l'article 8 est d'ordre public. Par conséquent, plus les clauses du règlement relatives à la destination de l'ensemble immobilier sont précises, plus les charges grevant chaque lot peuvent être restrictives. Si la destination de l'ensemble immobilier est évasive, de type « l'ensemble immobilier est à usage d'habitation », alors il sera difficile de soutenir la licéité d'une clause limitant la densité constructible d'un lot. Si en revanche la destination de l'immeuble est plus détaillée, telle que « l'ensemble immobilier est à usage d'habitation individuelle de type villa de standing » assimilable à une clause d'habitation bourgeoise, alors au contraire il sera difficile de soutenir le caractère illicite de prescriptions restrictives⁴³⁵.

Comme en matière de lotissement de terrains divisés en propriété, la suppression du COS a sans doute généré de nombreux gisements fonciers dans les copropriétés horizontales au regard de l'application des règles d'urbanisme. Mais il se peut aussi que les stipulations du règlement de copropriété constituent un frein à des constructions nouvelles à l'intérieur des terrains déjà bâtis faisant l'objet d'un droit de jouissance exclusive que l'application des règles d'urbanisme pourrait pourtant admettre. A notre connaissance, un seul auteur s'est réellement penché sur la question (indépendamment des commentaires d'arrêts), à une époque où il n'était pas établi avec certitude que les copropriétés horizontales étaient constitutives de lotissement. Pour cet auteur, il ne fait aucun doute que si le pavillon constitue une partie privative, le droit de surélever demeure privatif et ne peut donc être considéré comme un droit accessoire aux parties communes⁴³⁶.

Toutefois, la question peut se poser de savoir si une telle surélévation nécessite tout de même l'accord de l'assemblée des copropriétaires sur le fondement d'une modification de l'aspect extérieur. En effet, l'article 25 b) de la loi du 10 juillet 1965 dispose que les travaux d'un copropriétaire à ses frais « *affectant les parties communes ou l'aspect extérieur de l'immeuble, et conformes à la destination de celui-ci* » sont soumis à autorisation. Est-ce que cette disposition s'applique dans le cas d'un ensemble immobilier où chaque construction constitue une partie privative ? La jurisprudence a été évolutive sur la question. Dans un premier temps, il avait été jugé que, dans la mesure où le règlement prévoyait expressément que le droit de surélever était accessoire à la partie privative, aucune autorisation de l'assemblée générale n'était requise⁴³⁷. Dans le sens contraire, la même juridiction a jugé la même année que dans un cas de figure similaire, les travaux de surélévation d'une toiture-terrasse affectant l'aspect extérieur de l'immeuble, l'autorisation de l'assemblée générale devait être obtenue à la majorité de l'article 25 b)⁴³⁸. Un autre arrêt a confirmé des années plus tard cette position⁴³⁹. Il semble donc ressortir de la jurisprudence que la surélévation d'une construction privative dans une copropriété horizontale n'est pas libre, quand bien même le règlement reconnaît à chaque copropriétaire un droit de

⁴³⁵ En ce sens : Jacques Lafond, « *La clause du règlement de copropriété concernant la destination de l'immeuble* », La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 1, 6 Janvier 2006, 1001, n° 2

⁴³⁶ Albert Zurfluh, « *La surélévation des maisons individuelles en copropriété* » : Inf. rap. copr. 1982, p. 195

⁴³⁷ CA Paris, 19e ch. A, 11 oct. 1994 : Loyers et copr. 1995, comm. 243 ; RD imm. 1995, p. 153, obs. P. Capoulade et C. Giverdon

⁴³⁸ CA Paris, 23e ch. B, 8 juill. 1994 : Loyers et copr. 1995, comm. 90

⁴³⁹ CA Paris, 23e ch. B, 13 mai 2004, n° 2003/06995 : Loyers et copr. 2004, comm. 176, G. Vigneron.

surélévation comme accessoire à sa partie privative. S'il peut être dérogé aux dispositions supplétives de l'article 3 de la loi, l'article 25 est d'ordre public, et toute modification de l'aspect extérieur est nécessairement soumise à autorisation de l'assemblée.

Qu'en est-il en revanche si le copropriétaire souhaite entreprendre la construction d'un nouveau bâtiment sur le terrain dont il a la jouissance exclusive ? Le contexte est ici quelque peu différent de celui de la surélévation d'une construction constituant une partie privative d'un lot. Il s'agit ici de construire en vertu de la possession d'un droit de jouissance exclusive sur une fraction du sol de la copropriété, pour aménager par exemple une dépendance, un garage, un *pool-house*, etc. Là encore, le règlement de copropriété doit prévoir expressément cette possibilité. Plusieurs jurisprudences ont pu le confirmer. Ainsi, si le règlement donne le droit de construire une « villa de bon standing », cela n'implique pas le droit d'ériger un garage séparé de la maison, ce projet nécessitant la cession d'un droit de construire par le syndicat⁴⁴⁰. Dans le même sens, il a été jugé que lorsque le règlement autorise la construction d'un « appentis », ce ne peut être une construction lourde avec fondations permettant l'habitation⁴⁴¹. Mais même si le règlement de copropriété prévoit expressément la possibilité pour les copropriétaires de construire de « petits bâtiments » dans les jardins d'une copropriété horizontale, ils peuvent se passer d'une autorisation de l'assemblée⁴⁴². L'argument de l'affectation de l'aspect extérieur ne saurait donc s'opposer dans pareil cas de figure. Toutefois, en l'espèce, la démolition d'une véranda avait été prononcée par le juge car son implantation ne respectait pas les « limites divisaires » de l'ensemble. Il va de soi tout de même que la construction ne peut être librement érigée par le copropriétaire qu'à l'intérieur du périmètre de jouissance exclusive dont il bénéficie.

Si au contraire le règlement fixe une interdiction générale de toute construction à l'intérieur des espaces privatifs, celle-ci peut toutefois être levée à la double majorité de l'article 26 de la loi⁴⁴³. Il est donc intéressant de relever ici que le desserrement de la stipulation contractuelle limitant le droit de construire est plus souple que dans le cas du cahier des charges purement contractuel où, à défaut de clauses contraires, une telle modification semble devoir recueillir l'assentiment de l'unanimité des colotis.

Les contrats susceptibles de limiter le droit de construire sur un périmètre donné puisent généralement leur origine dans la réalisation d'un projet d'ensemble. Il existe également des contrats *sui generis* pouvant être conclus entre différents propriétaires préalablement à la réalisation par l'un d'entre eux d'un projet de construction sur son terrain, en vue justement d'obtenir des droits à bâtir supplémentaires. C'est ce que nous désignons par « contrat de cession des droits à bâtir ».

⁴⁴⁰ CA Paris, 26 oct. 1983 : JCP N 1985, II, 51, obs. B. Stemmer

⁴⁴¹ CA Paris, 19e ch. B, 4 mars 1988

⁴⁴² CA Limoges, 2e ch. civ., 10 mai 2006, n° C04-1725

⁴⁴³ CA Aix-en-Provence, 4e ch. A, 12 mars 2010, n° 2010/93

Chapitre 2 – Les cessions contractuelles de droits à bâtir

(165.) Nous avons vu dans le chapitre précédent que les propriétaires de terrains situés dans un même ensemble immobilier pouvaient s'entendre pour limiter mutuellement, avec l'accord ou non de l'administration, leurs droits à bâtir respectifs. L'objet du présent chapitre est d'étudier les différents modes de cession de droits à bâtir entre propriétaires, qu'ils soient expressément prévus par les textes, ou simplement admis par la pratique.

Il convient cependant d'être précis sur ce qu'il faut entendre par « cession » de droits à bâtir. Il ne s'agit pas de mécanismes de report de constructibilité tels qu'on a pu les envisager en matière de lotissement et de ZAC, qui donnent la possibilité pour l'opérateur, par délégation d'une prérogative de puissance publique, de ventiler une densité constructible prédéterminée, en application des règles d'urbanisme, à l'intérieur d'un périmètre donné. En matière de report, le lien juridique est vertical. C'est l'opérateur qui attribue des droits aux acquéreurs. Il ne s'agit pas non plus du mécanisme par lequel un syndicat de copropriétaires cède à l'un d'entre eux le bénéfice de droits à bâtir accessoires aux parties communes, puisque dans ce cas, la cession de mètres carrés constructibles demeure interne à l'unique fonds qu'est la copropriété.

Au contraire, la cession de droits à bâtir est indépendante de toute mutation d'une propriété foncière par une division en propriété et en jouissance. Elle consiste simplement à permettre à des propriétaires de s'octroyer directement les possibilités de construire des uns en faveur d'autre sans remettre en cause la contenance réelle de leurs fonds respectifs. En matière de cession, les droits à bâtir circulent horizontalement. Autrement dit, la cession de droits à bâtir est indépendante de la cession d'un droit de propriété ou de jouissance d'une fraction de terrain. La constitution d'un lot transitoire ou bien le détachement d'un volume à bâtir ne peuvent être assimilés à un contrat de cession de droits à bâtir. Ces derniers sont cédés en tant qu'accessoires à la chose principale qu'est le transfert d'un droit de propriété ou de jouissance.

Dans un article que nous avons déjà cité en introduction de la présente thèse, Sylvain Pérignon avait toutefois posé avec vigueur le principe selon lequel « *on ne peut vendre des 'droits à construire', parce que ces derniers ne peuvent être contractuellement fixés* »⁴⁴⁴. Pourtant, même s'il le conteste, force est de constater que le Code de l'urbanisme prévoit un mode de cession de droits à bâtir, qui est prévu à l'article L. 151-25 (ex. L. 123-4). Il s'agit du transfert de constructibilité, autrefois appelé transfert de COS qui, selon un auteur, « *permet la translation des droits à construire au profit d'un terrain à partir d'autres parcelles voisines ou non appartenant en principe à des propriétaires différents* »⁴⁴⁵.

Il existe un autre mode de cession de droits à bâtir, que nous avons pu évoquer précédemment sous l'angle du terrain d'assiette des permis de construire, qui n'est pas expressément prévu par les textes mais que rien ne semble interdire dans la

⁴⁴⁴ *Op. cit.* Sylvain Pérignon, « *Peut-on vendre des 'droits à construire' ?* » : Defrénois, 1993, art. 35486, n° 4

⁴⁴⁵ *Op. cit.* Jean Courrech, *Reports et transferts de COS*, JCP Constr. – Urb., fasc. 8, 2005, n° 24

pratique en dépit d'une ancienne jurisprudence qui a pu condamner ce type de montages. Il s'agit de la cession des droits à bâtir par la technique des assemblages d'opportunité, qui consiste à adjoindre une unité foncière dans le terrain d'assiette de l'unité foncière lui étant contiguë, dans l'unique but d'augmenter artificiellement la densité constructible de cette dernière. A la différence du mécanisme de transfert prévu par les textes, cette technique n'a pas pour effet d'épuiser définitivement les droits à bâtir attachés à l'unité foncière adjointe. Ceux-ci sont régénérés sitôt le permis de construire obtenu. C'est ce que nous appellerons la cession fictive ou artificielle de droits à bâtir, car si l'augmentation de la surface de plancher de l'unité foncière concernée par le projet de construction est bien réelle, la cession n'est qu'illusoire.

Ces deux modes de cession de droits à bâtir feront donc l'objet des deux sections distinctes.

Section 1 – Le transfert de constructibilité

(166.) Le dispositif de transfert de constructibilité apparaît aujourd'hui comme un outil désuet. Il a pourtant connu son heure de gloire en France dans les années 1970 et 1980, avant d'être progressivement délaissé. A l'instar de l'AFU, ce n'est pas la littérature juridique qui a été la plus prolifique en matière de transfert de constructibilité, mais davantage les revues foncières, géographiques ou d'urbanisme, et bien souvent selon une approche internationale. Il est vrai qu'il s'agit d'un thème de prédilection du droit comparé, dans le sens où de nombreux pays ont pu être confrontés aux mêmes difficultés : faire face au défi de la pression foncière pour permettre la sauvegarde de certaines zones contre l'urbanisation massive. Nous savons l'effet qu'un changement défavorable de règles ou de zonage peut avoir sur le prix des terrains concernés. L'idée du transfert est donc de prévoir un mécanisme de péréquation des droits à bâtir moyennant compensation financière, plutôt que de léser des propriétaires avec un durcissement des règles d'urbanisme sans indemnisation.

Schématiquement, le transfert permet un découplage de la propriété foncière et du droit de construire. Plutôt que de rendre inconstructibles des terrains présentant une importante valeur vénale en raison principalement du fait qu'ils soient constructibles, l'idée étant que cette constructibilité puisse être rachetée par d'autres propriétaires. Ainsi s'opère la compensation d'un renoncement à son droit de construire. Un véritable marché des droits à bâtir est alors organisé, ce qui implique de susciter une demande, c'est-à-dire un besoin pour d'autres propriétaires d'acquérir financièrement le droit de dépasser la densité qui leur est déjà attribuée selon le même document d'urbanisme que celui qui prévoit la possibilité de transfert. C'est donc admettre implicitement que des terrains bénéficient de droits à bâtir indus si l'on considère que ceux-ci ne doivent pas être construits, alors que d'autres sont grevés d'une limitation des droits à bâtir à ce point pénalisante que leurs propriétaires sont incités à en acheter. Pour compenser la perte d'un droit de construire résultant d'un règlement d'urbanisme, on admet l'indemnisation de propriétaires par d'autres propriétaires. Or, nous savons qu'en France, les « servitudes d'urbanisme », y compris celles rendant *non aedificandi* un terrain, ne sont indemnissables que si elles causent un « dommage spécial », ou lorsqu'elles ont pour effet de porter atteinte « à des droits acquis ». Mais l'interdiction soudaine de construire dans une zone qui était auparavant constructible

n'est certainement pas une atteinte à un droit acquis si le propriétaire n'a jamais manifesté l'intention de construire lorsque cela était encore possible.

On peut donc voir dans le transfert de constructibilité une hypocrisie du système qui consiste à prévoir une indemnisation du propriétaire, par un tiers, au motif de la perte de valeur que son terrain subirait alors même que cette valeur résultait en grande partie des droits à bâtir que l'administration lui avait conféré antérieurement à travers son document d'urbanisme. Si la décision de rendre inconstructible un ensemble de terrains est justifiée par un intérêt général, et ne cause ni dommage spécial, ni atteinte à des droits acquis, l'administration est tout à fait légitime à procéder sans état d'âme à un classement de ces terrains en zone *non aedificandi*. C'est sans doute pour cela que dans la pratique, la possibilité de transférer des droits à bâtir ne fut que rarement instituée. Selon l'auteur précité, la perte d'intérêt du dispositif de transfert s'explique en grande raison par l'évolution de la jurisprudence administrative en matière de zonage et de réglementation urbaine⁴⁴⁶. Le Conseil d'Etat avait en effet admis le bien-fondé de la délimitation dans les POS de zones ND inconstructibles dans des espaces jouxtant des zones urbaines⁴⁴⁷, comportant déjà des constructions⁴⁴⁸ ou bénéficiant déjà d'équipements publics⁴⁴⁹, si bien que la plupart des auteurs de POS ont préféré instituer des zones ND parfaitement inconstructibles plutôt que d'y prévoir des possibilités de transfert. Cela dit, d'autres auteurs ont récemment publié un manifeste dont l'intitulé est sans équivoque : « Ressuscitons le transfert de COS ! »⁴⁵⁰, qui est un plaidoyer en faveur d'un retour en grâce d'un tel dispositif dans un but qu'il n'a jamais poursuivi, à savoir protéger l'agriculture. Pour les raisons qui seront évoquées ci-après, nous sommes sceptiques devant un tel enthousiasme, tant la technique du transfert correspond peu à notre culture juridique française, au-delà de la complexité de sa mise en œuvre.

Paragraphe préliminaire – L'historique du transfert de constructibilité

(167.) Bien que la pratique soit devenue rare pour les raisons exposées ci-dessus, le dispositif est toujours en vigueur. Il convient donc de s'y intéresser ne serait-ce que pour le raisonnement intellectuel qu'il implique et qui a pu enthousiasmer de nombreux chercheurs issus de disciplines non-juridiques. Pour ce faire, il est important de revenir sur l'origine du dispositif avant d'en définir la nature juridique. La notion plus générale de péréquation des droits à bâtir remonte, dans la pratique, aux années 1960. Un auteur a pu témoigner en effet qu'une telle idée fut envisagée pour la première fois à l'occasion de l'opération de rénovation du secteur Italie à Paris, à partir de 1964. Une AFU de remembrement avait été créée en raison du fait que la structure foncière initiale était très morcelée, et qu'il était envisagé, conformément aux principes d'aménagement de l'époque, d'ériger des tours séparées par de vastes espaces ouverts. Le remembrement constituait alors le meilleur moyen de compenser les distorsions considérables dans la valeur des terrains qui en

⁴⁴⁶ *Idem*, n° 26

⁴⁴⁷ CE, 10 oct. 1990, *Roussel*, n° 94808

⁴⁴⁸ CE, 19 juin 1992, *Koenig*, n° 97118

⁴⁴⁹ CE, 15 fév. 1989, *Lefebvre*, n° 80338 – CE, 13 mars 1992, *Rocaut*, n° 98422

⁴⁵⁰ Jacques Daligaux et Paul Minvielle, « Ressuscitons le transfert de COS ! pour protéger l'agriculture », *Etudes foncières* n° 156, mars-avril 2012, p. 24

résulteraient. Mais il fallut également, pour ce faire, jouer avec la modulabilité des droits à bâtir. Un COS général de 4 fut alors institué sur tout le périmètre de l'opération. Tout terrain inclus dans le périmètre aurait donc un droit de construire théorique équivalent à la densité résultant de ce coefficient. Or, certains terrains allaient en pratique être construits selon une densité plus élevée, alors que d'autres allaient devenir inconstructibles. Le système de péréquation opéré par l'AFU devait résorber ces disparités, en veillant à la bonne tenue des échanges compensatoires. Il en conclut que « *sur le plan des principes, la dissociation entre le droit de propriété et le droit de construire entraine progressivement dans les usages* »⁴⁵¹.

Ce même auteur ajoute que dans la même décennie fut créée aux Etats-Unis la procédure dite du *transfer of development rights*, « *dans un contexte socio-économique libéral, où, à défaut d'imposer des servitudes absolues aux propriétaires, on leur laisse la possibilité d'un dédommagement par la cession, à titre onéreux, des droits de construire qu'ils ne peuvent plus exercer* ». Cette procédure a ainsi pu sauver de la destruction un certain nombre d'édifices sous-densitaires, mais également préserver de vastes zones naturelles, qui étaient promises à une urbanisation certaine. Détaché du sol, le droit de construire était devenu négociable, et pouvait même être géré par un organisme intermédiaire. Une banque municipale des droits de construire fut ainsi créée par exemple à Chicago en 1973.

C'est alors, semble-t-il, sur inspiration du modèle américain qu'un dispositif de transfert de COS a été introduit dans le droit français par la loi n°76-1285 du 31 décembre 1976, dite « loi portant réforme de l'urbanisme ». Le transfert ne connut toutefois pas le même succès qu'aux Etats-Unis. Selon un autre auteur, cela s'explique par les difficultés d'adaptation qu'il a pu connaître dans les systèmes juridiques inspirés du droit romain. Alors qu'en France, le droit de propriété repose sur un caractère absolu, le droit anglo-saxon, et particulièrement américain, considère que la propriété du sol est un faisceau de droits (*bundle of rights*) dont certains éléments peuvent être dissociés, en particulier le droit de construire. Aux Etats-Unis, la tradition juridique est différente puisque le démembrement du droit de propriété est le principe, de même qu'il y existe une culture des droits négociables. La pratique américaine des servitudes environnementales négociables (*easements*) en est un exemple⁴⁵². En France, nous savons qu'il existe au contraire une culture juridique de la norme unilatérale fixée par l'administration et opposable au citoyen, en l'occurrence ici le propriétaire. Et c'est bien souvent par une fiscalité *a posteriori* qu'une potentielle rupture d'égalité entre les droits des citoyens peut s'équilibrer ou du moins s'atténuer. De même, le démembrement du droit de propriété en France n'est pas le principe mais l'exception, et ne peut revêtir qu'un caractère temporaire. Dans le Code civil, aucune situation de démembrement n'est perpétuelle et le droit de construire ne figure d'ailleurs pas au titre de ceux qui peuvent être dissociés, même temporairement, du droit de propriété. Dans ces conditions, le mécanisme de transfert de COS a logiquement pu soulever des réserves lorsqu'il fut instauré en droit français.

A l'époque, la loi d'orientation foncière de 1967, qui avait posé pour la première fois un principe de zonage généralisé avec le POS, était encore relativement récente. Dans ce contexte, il était apparu utile de limiter la construction dans certaines zones méritant une protection particulière que l'application des règles du POS ne permettait

⁴⁵¹ Jocelyne Dubois-Maury, « *Le transfert de coefficient d'occupation des sols : un outil de protection des espaces naturels* », *Noroi*, n° 119, 1983, p. 395

⁴⁵² Vincent Renard, « *Où en sont les systèmes de transfert de COS* », *Etudes foncières*, 1999

pas d'atteindre. C'est ainsi que le transfert de COS fut envisagé par la loi du 31 décembre 1976 dans deux cas de figure, en zone urbaine et en zone naturelle.

En zone urbaine, il était désormais prévu par le b) de l'ancien article L. 332-1 du Code de l'urbanisme, que la participation au titre du dépassement autorisé du COS n'était pas due lorsque :

« le dépassement est justifié par des prescriptions d'urbanisme ou d'architecture et que, avec l'accord de l'autorité administrative, les propriétaires des terrains voisins acceptent de transférer une quantité de leurs possibilités de construction équivalente au dépassement en cause ; ».

En zone naturelle, la philosophie du transfert était différente. Il n'était logiquement pas question d'une alternative à la participation pour dépassement de COS, ni de justifier ce dépassement par des prescriptions d'urbanisme et d'architecture. La raison pouvant justifier le transfert était la protection de la qualité des paysages. Il fut alors introduit des dispositions en ce sens à l'ancien article L. 123-2 du Code de l'urbanisme, dont le premier alinéa énonçait :

« Dans les zones à protéger en raison de la qualité de leurs paysages (...), les plans d'occupation des sols peuvent déterminer les conditions dans lesquelles les possibilités de construction résultant du coefficient d'occupation du sol fixé pour l'ensemble de la zone pourront, avec l'accord de l'autorité administrative, être transférées en vue de favoriser un regroupement des constructions sur d'autres terrains situés dans un ou plusieurs secteurs de la même zone. (...) »

La loi de décentralisation du 7 janvier 1983 a retiré de cette disposition toute mention de l'accord de l'autorité administrative. Pour sa part, la loi SRU ayant supprimé en 2000 toute possibilité de dépassement de COS à l'intérieur des zones urbaines, le transfert de droits à bâtir sur lequel il était basé a donc disparu. Le mécanisme de transfert n'existe donc plus qu'à l'intérieur des zones naturelles, et avec la suppression du COS par la loi ALUR en 2014, il ne peut plus s'appuyer sur les possibilités de construction qui en résultent. Le transfert, désormais codifié à l'article L. 151-25, fait l'objet des dispositions suivantes :

« Dans les zones à protéger en raison de la qualité de leurs paysages, le règlement peut déterminer les conditions dans lesquelles les possibilités de construction résultant des règles qu'il fixe pour l'ensemble de la zone pourront être transférées en vue de favoriser un regroupement des constructions sur d'autres terrains situés dans un ou plusieurs secteurs de la même zone.

Dans ces secteurs, les constructions ne sont autorisées qu'après de tels transferts, les possibilités de construire propres aux terrains situés dans ces secteurs s'ajoutant alors aux possibilités transférées.

Le règlement fixe la densité maximale de construction dans ces secteurs.

En cas de transfert, la totalité du terrain dont les possibilités de construction sont transférées est frappée de plein droit d'une servitude administrative d'interdiction de construire constatée par un acte authentique publié au fichier immobilier. Cette servitude ne peut être levée que par décret pris sur avis conforme du Conseil d'Etat. »

Le dispositif en vigueur présente une série d'éléments qui peuvent interpeler. En effet, le transfert doit s'opérer à l'intérieur d'une même zone, si le règlement le prévoit

expressément. Ce même règlement fixe toutefois une densité maximale pour les terrains pouvant bénéficier du transfert. L'absence de COS pour le calcul des droits à bâtir transférables est également un point qui peut susciter des interrogations. Enfin, les terrains desquels sont transférés les droits à bâtir sont frappés d'une interdiction de construire. Nous nous pencherons donc d'une part sur la nature juridique du contrat de transfert, et d'autre part sur les effets de ce transfert.

§ 1 – La nature juridique du contrat de transfert

(168.) Le transfert de constructibilité est d'abord un contrat en ce qu'il lie deux propriétaires, celui du terrain émetteur et celui du terrain récepteur de droits à bâtir. Le droit de construire étant par principe attaché à la propriété foncière, on pourrait considérer que le transfert est l'aliénation d'un attribut du droit de propriété, et donc un contrat de vente. Or, il est intéressant de noter que l'ancien article R. 332-13 du Code de l'urbanisme, précisant les modalités d'application du dispositif de transfert en zone urbaine, assimilait l'accord formé entre les propriétaires à une « *servitude qui réduit les possibilités de construire* ». Une réponse ministérielle s'était exprimée dans le même sens⁴⁵³. Il s'agissait donc, à en croire ces textes certes aujourd'hui abrogés, d'une servitude conventionnelle. Le second alinéa de l'ancien article R. 332-13 ajoutait même que « *La constitution de cette servitude fait l'objet d'une délibération du conseil municipal (...)* ». Il en résulte donc une servitude de nature hybride, qui n'est pas sans rappeler la servitude de cours communes, ainsi que le relève l'auteur précité⁴⁵⁴. Dans un commentaire publié dans le cadre du 89^{ème} congrès des notaires organisé en 1993, un auteur avait même considéré que :

« *Le propriétaire du terrain émetteur accepte, sur son fonds servant, une amputation des prérogatives que lui confère son droit de propriété au profit d'un fonds servant, le terrain récepteur.* »⁴⁵⁵

Pourtant, il est juridiquement très contestable d'assimiler un contrat de transfert à une servitude. Si cette dernière peut consister en la limitation du droit de construire d'un terrain pour l'utilité d'un autre, le fonds dominant ne saurait bénéficier pour autant d'une aliénation de ce droit de construire. La servitude, c'est une renonciation du propriétaire du fonds servant à l'exercice d'un droit. L'avantage que tire le propriétaire du fonds dominant ne peut être l'acquisition de l'exercice du droit dont le fonds servant est amputé, exprimé en des droits à bâtir quantifiés, par un effet de vase communicant. Ce serait contraire à la théorie générale des servitudes. Il ne faut donc pas attacher davantage d'importance à l'usage maladroît du terme de servitude par le pouvoir réglementaire, d'autant que les textes qui y font référence dans le Code de l'urbanisme ont définitivement été abrogés. Le contrat de transfert porte donc bien sur la cession de droits à bâtir. La seule servitude qui pourrait valoir en matière de transfert est celle qui grève *a posteriori* le terrain émetteur de droits à bâtir, et qui ne présente qu'un caractère administratif, et non conventionnel.

De même, l'administration n'a plus à intervenir comme ce fut le cas autrefois dans la formation du contrat de transfert de constructibilité. Elle ne peut donc s'y opposer dès

⁴⁵³ Rép. Min. n° 26060 : JOAN Q 27 juin 1983, p. 2869

⁴⁵⁴ *Op. cit.* Jean Courrech, *Reports et transferts de COS*, JCP Constr. – Urb., fasc. 8, 2005, n° 37

⁴⁵⁵ Jean-François Montredon, « *Les techniques de construction en surdensité* », La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 5, 5 Février 1993, 2497, n° 8

lors que le PLU prévoit la possibilité d'y recourir⁴⁵⁶. La théorie du caractère d'acte mixte du contrat de transfert qu'avait pu jadis lui prêter la doctrine⁴⁵⁷ ne serait donc aujourd'hui plus valable. Peut-on pour autant considérer qu'il s'agit purement d'un contrat de droit privé reposant sur la seule volonté des parties ? Assurément, la réponse doit être négative. En effet, c'est seulement lorsque le règlement du PLU le prévoit que le recours à ce contrat est possible. La liberté des parties pour contracter ne s'exerce que pour autant qu'un document d'urbanisme ne le permet. Pour être tout à fait précis, dès lors qu'un mécanisme de transfert est institué, l'édification d'une construction sur les terrains classés comme étant récepteurs est subordonnée à un transfert des possibilités de construction. La mise en œuvre du transfert n'est alors pas simplement une possibilité, mais elle devient une obligation pour ces propriétaires en particulier. Pour s'en convaincre, il suffit de se référer aux termes du deuxième alinéa de l'article L. 151-25, qui dispose que :

« Dans ces secteurs, les constructions ne sont autorisées qu'après de tels transferts, les possibilités de construire propres aux terrains situés dans ces secteurs s'ajoutant alors aux possibilités transférées ».

L'article R. 431-33 ajoute par ailleurs que :

« Lorsque l'édification des constructions est subordonnée (...) à un transfert des possibilités de construction résultant du coefficient d'occupation des sols, la demande est accompagnée des contrats ayant procédé à ces transferts. »

Les propriétaires des terrains récepteurs sont donc privés de leur liberté de construire en application simplement jadis du COS et aujourd'hui des règles d'urbanisme dont la combinaison définit la densité constructible. Leur projet doit donc nécessairement cumuler à la fois les droits à bâtir propres à leurs terrains et ceux transférés. Autrement dit, l'administration fixe pour ces terrains une densité constructible minimale de construction, qui est supérieure à celle résultant simplement de l'application des règles d'urbanisme. En plus de cette condition de densité minimale, le droit de construire est soumis à l'obligation d'acquérir des droits à bâtir supplémentaires. Il y a par ailleurs un principe de transfert total, puisque le terrain émetteur doit être impérativement vidé de toute constructibilité⁴⁵⁸. Le transfert ne repose donc pas sur un principe de liberté et d'incitation, mais sur celui d'une obligation. Une sorte de charge réelle grève les terrains récepteurs, en conditionnant l'exercice du droit de construire de leurs propriétaires à l'acquisition de droits à bâtir supplémentaires.

Il n'est donc pas tout à fait exact de parler de liberté contractuelle, ni même de marché. Pour qu'il y ait un marché de droits à bâtir transférables, il faudrait que l'on ait la rencontre d'une offre et d'une demande. Or, cette offre et cette demande sont toutes les deux forcées. Le propriétaire du terrain émetteur n'est pas libre de céder des droits à bâtir, et celui du terrain récepteur n'est pas libre d'acheter. Le fait générateur de la cession des droits à bâtir est simplement l'intention de construire du propriétaire du terrain récepteur. C'est à se demander laquelle des deux parties est la plus lésée dans l'exercice de ses droits. Est-ce celui qui est forcé de céder ses droits à bâtir à un

⁴⁵⁶ En ce sens : Pérignon, Sylvain, « *Ecriture des règlements de zone : article 14* », Extrait des travaux du séminaire sur l'écriture du PLU, GRIDAUH, 2012 / fiche 4 - Le transfert des possibilités de construction résultant du COS

⁴⁵⁷ *Op. cit.* Jean Courrech, *Reports et transferts de COS*, JCP Constr. – Urb., fasc. 8, 2005, n° 38

⁴⁵⁸ *Idem*, n° 46

tiers car son terrain n'est plus constructible ? Ou bien est-ce au contraire celui qui est forcé d'acquérir des droits à bâtir en plus de ceux dont il dispose pour que son terrain soit constructible ? Tant l'atteinte au droit de propriété qu'à la liberté contractuelle est manifeste lorsque l'on analyse de près le dispositif de transfert de constructibilité.

Il faut ajouter à cela qu'un contrat de vente nécessite par définition un accord sur la chose et le prix. Or, la chose est devenue intangible avec la suppression du COS. En effet, la quantification en surface de plancher transférable par l'application combinée des règles d'implantation, d'emprise et de hauteur sera effectuée en l'absence d'un contrôle de l'administration. Ce n'est qu'au moment du dépôt du permis de construire qu'elle pourra prendre connaissance de la surface de plancher transférée. Il en résulte que les parties au contrat peuvent l'évaluer « à la louche », sans recours à un professionnel de la mesure. Quant au prix, les textes ne donnent aucun élément relatif aux modalités de sa fixation. Pourtant, le transfert étant lui-même forcé, comment la fixation du prix pourrait être basée sur un principe de liberté ? Dans ces conditions, le propriétaire du terrain émetteur a tout intérêt à exiger une somme au-dessus des prix du marché. Il y a alors tout lieu de se demander si à défaut d'accord amiable, le prix doit être fixé par un juge, comme cela se fait en matière d'expropriation ou de droit de délaissement. La réponse à cette question n'est pas simple. L'intervention d'un juge s'effectue en général lorsque la cession d'un terrain s'opère du fait d'une opération ou d'une décision publique, en vertu de prérogatives de puissance publique. Or, en matière de transfert, ce n'est pas la propriété elle-même qui est aliénée, mais les droits à bâtir qui y sont attachés. De plus, l'élément déclencheur du transfert est l'intention de construire du propriétaire du terrain récepteur, et on imagine mal dans ces conditions un juge intervenir pour fixer le prix d'un contrat de droit privé. Pour autant, on pourrait considérer que c'est par une sorte de délégation de puissance publique que le propriétaire du terrain récepteur dispose du droit (et même de l'obligation) d'acquérir les droits à bâtir attachés au terrain émetteur, auquel cas l'intervention d'un juge pour fixer le prix serait justifiée. Sauf qu'encore une fois, on se heurte à la question de la méthode d'évaluation par laquelle doit être calculée la valeur des droits à bâtir transférés.

Les conditions de formation du contrat de transfert étaient beaucoup plus souples dans le cas des zones urbaines, lorsque ce transfert pouvait être jadis utilisé comme alternative à la participation pour dépassement de COS. En tant qu'alternative justement, le transfert présentait un caractère facultatif. Et il n'était pas nécessaire que celui-ci porte sur la totalité des droits à bâtir. Cette liberté de contracter faisait sans doute que la fixation du prix était moins problématique. Le montant de la participation, qui n'était plus due, servait d'indice de référence.

Pour le dispositif applicable en zone naturelle, le seul encore en vigueur, il est bien délicat de déterminer avec précision la nature juridique du contrat de transfert de constructibilité, qui ne semble pas avoir d'équivalent en droit français. Ce que l'on peut en dire est qu'il s'agit d'un contrat de droit privé, qui n'a plus à être approuvé comme c'était le cas auparavant, mais dont la liberté des parties est excessivement réduite du fait que les propriétaires agissent par une sorte de délégation de puissance publique, rendant le transfert obligatoire, faute de quoi la demande de permis de construire du propriétaire récepteur sera rejetée. La seule liberté dont peut éventuellement disposer ce dernier est de choisir son propriétaire émetteur parmi ceux de tous les terrains classés comme tel.

Il y a lieu de relever que Sylvain Pérignon ne voit pas dans ce que l'on appelait jadis le « transfert de COS » une cession de droits à bâtir, mais constitue un « *accord des propriétaires sur le 'transfert' des possibilités de construction porte en fait sur l'acceptation, par l'un d'eux, d'une servitude de minoration de densité* »⁴⁵⁹. Nous ne sommes toutefois pas cet avis. Si effectivement le transfert de constructibilité tel que prévu par nos textes n'est pas adapté à notre tradition juridique, il s'agit bel et bien d'un contrat de cession de droits à bâtir. La servitude n'est pas conventionnelle mais administrative, afin d'assurer la non-régénération des droits à bâtir justement cédés. Tel est d'ailleurs le principal effet du transfert que nous allons étudier ci-après.

§ 2 – Les effets du transfert

(169.) Les effets du seul dispositif de transfert encore en vigueur, c'est-à-dire celui dans les zones naturelles, sont multiples. A court terme, le permis de construire peut être valablement demandé par le propriétaire du terrain récepteur. Le contrat constitue alors une pièce du permis de construire, malgré le fait que depuis la réforme de 2007, les documents de droit privé ne sont plus requis dans les dossiers de permis de construire. Un parallèle est sans doute à établir ici avec le certificat du lotisseur. Dès lors que de tels contrats sont édictés, ils deviennent une pièce obligatoire de la demande de permis dans la mesure où ceux-ci sont conclus par délégation de puissance publique. A moyen et long terme, il risque d'y avoir une contradiction entre les règles d'urbanisme, par essence évolutives, et le transfert opéré, en principe définitif. Il convient alors de distinguer la situation du terrain récepteur de celle du terrain émetteur.

Pour le terrain récepteur, l'acquisition de droits à bâtir peut être considéré comme un droit acquis⁴⁶⁰. A ce titre, sa remise en cause avant que ne soit obtenu un permis de construire devrait en toute logique donner lieu à indemnisation. Aussi, au même titre qu'un durcissement des règles d'urbanisme ne peut rendre irrégulière une construction légalement édifiée, la suppression du dispositif de transfert une fois la construction édifiée ne saurait rendre irrégulière sa surdensité.

Pour le terrain émetteur, l'enjeu du transfert est beaucoup plus problématique. En vertu du quatrième alinéa de l'article L. 151-25 du Code de l'urbanisme, « *la totalité du terrain dont les possibilités de construction sont transférées est frappée de plein droit d'une servitude administrative d'interdiction de construire constatée par un acte authentique publié au fichier immobilier. Cette servitude ne peut être levée que par décret pris sur avis conforme du Conseil d'Etat.* ». Il est donc grevé d'une servitude *non aedificandi* à caractère administratif et non conventionnel. Le fonds grevé n'est alors pas lié, comme a pu le soutenir une partie de la doctrine, au terrain récepteur par une charge réelle, mais vis-à-vis de l'administration. Le fait de qualifier l'interdiction de construire comme une servitude pose en outre un véritable problème de droit. Nous savons en effet que les « servitudes d'urbanisme » ne peuvent donner lieu à indemnisation s'il n'en résulte pas un dommage spécial, ni une atteinte à un droit acquis. Or, la somme qu'obtient le propriétaire du terrain émetteur en contrepartie de la cession de ses droits à bâtir est tout à fait assimilable à l'indemnisation d'une servitude d'urbanisme. Le transfert implique donc une entorse au principe posé

⁴⁵⁹ *Op. cit.* Sylvain Pérignon, « Peut-on vendre des 'droits à construire' ? » : Defrénois, 1993, art. 35486, n° 4

⁴⁶⁰ *Op. cit.* Jean Courrech, *Reports et transferts de COS*, JCP Constr. – Urb., fasc. 8, 2005, n° 62

l'article L. 105-1 (ex. L. 160-5) du Code de l'urbanisme, sauf à considérer que la servitude *non aedificandi* résultant d'un transfert n'est pas une servitude d'urbanisme au sens des dispositions du Code de l'urbanisme. Les textes soulignent bien la nécessité que cette servitude fasse l'objet d'un acte authentique publié au fichier immobilier. Il est vrai qu'il s'agit d'une condition de son opposabilité, notamment vis-à-vis des acquéreurs futurs des terrains qui en sont grevés. En revanche, il n'est pas précisé que cette servitude doit figurer parmi celles qui doivent être annexées au PLU.

Par ailleurs, le fait que seul un décret puisse lever la servitude signifie qu'une évolution du document d'urbanisme ne pourrait rendre à elle-seule ces terrains de nouveau constructibles, ce qui a pour conséquence dans les faits de rendre cette servitude quasi-perpétuelle, l'intervention du pouvoir réglementaire central revêtant par nature un caractère exceptionnel. On peut d'ailleurs se demander si la référence faite à un décret comme unique moyen de lever la servitude ne résulte pas d'un oubli. En effet, la rédaction des dispositions relatives au transfert est antérieure à la loi de décentralisation. Certes les textes ont évolué depuis, mais la structure rédactionnelle initiale a demeuré. Toujours est-il qu'il doit s'agir de l'unique cas de servitude instituée par application d'un document d'urbanisme qui ne peut être levée que par l'administration centrale. Le classement du terrain en zone non-constructible nous aurait paru être une solution à la fois plus simple et plus efficace. Le principe demeure toutefois que les droits à bâtir cédés en application du dispositif de transfert le sont une bonne fois pour toutes. Et que la régénération des droits qui ont été transférés moyennant une contrepartie financière ne peut s'opérer qu'à titre exceptionnel, si un décret le permet.

L'évolution des textes relatifs au terrain d'assiette des demandes de permis de construire issue de la réforme de 2007 a implicitement élargi, d'une manière potentiellement considérable, le champ de la cession des droits à bâtir. Sans doute que le législateur n'en a pas eu conscience, ou plutôt n'a pas mesuré une partie des conséquences de la réforme du droit des sols. Mais la différence majeure avec le dispositif de transfert tel que prévu à l'article L. 151-25 est que ce nouveau mode de cession fortuitement institué n'a pas pour effet de vider définitivement le terrain émetteur de ses droits à bâtir. Ceux-ci sont régénérés sitôt la cession effectuée.

Section 2 – La cession artificielle de droits à bâtir

(170.) Il convient d'entendre par « cession artificielle des droits à bâtir » le transfert de constructibilité opéré au moyen de l'adjonction d'une unité foncière dans le terrain d'assiette d'une demande de permis de construire, mais dont l'emprise n'est pas concernée par l'opération de construction, et cela dans l'unique but d'augmenter artificiellement la densité constructible de l'unité foncière sur l'emprise de laquelle est prévue l'implantation de la construction.

Cette pratique dite d'assemblage d'opportunité n'est pas nouvelle, mais la réforme du droit des sols en 2007 a sans doute pu l'encourager. Nous avons en effet relevé qu'antérieurement, le Code de l'urbanisme prévoyait que la demande de permis de construire était présentée par le propriétaire du terrain, ce dernier étant au singulier. Mais le Conseil d'Etat ouvrit une brèche avec la jurisprudence « SA HLM le nouveau logis Centre Limousin » de 1999 en reconnaissant la possibilité pour des propriétaires de terrains distincts mais contigus de présenter « conjointement une demande de

permis en vue de la construction sur les terrains considérés, d'un ou plusieurs bâtiments présentant une unité d'ensemble »⁴⁶¹. L'opération pouvait ainsi porter sur plusieurs unités foncières contiguës, mais le juge avait posé comme double condition que la construction objet du permis soit implantée sur l'ensemble des terrains concernés, et que le ou les bâtiments ainsi édifiés présentent une unité d'ensemble. La réforme de 2007 a consacré cette possibilité de déposer une demande de permis de construire sur un terrain d'assiette composé de différentes unités foncières contiguës. L'article R. 423-1 du Code de l'urbanisme dispose en effet qu'une telle demande peut être déposée « *par le ou les propriétaires du ou des terrains* », sans reprendre textuellement les conditions posées par la jurisprudence d'unicité d'ensemble du projet, dont la construction doit porter sur l'emprise de l'ensemble des unités foncières constituant le terrain d'assiette.

Il ne fait aucun doute que le législateur a voulu, par cette réforme, favoriser la densité, mais également un urbanisme d'îlot. Mais il est nettement moins évident qu'il ait voulu instituer un système de cession artificielle des droits à bâtir. C'est pourquoi, nous avons plaidé dans la précédente partie en faveur du critère d'unicité d'ensemble pour que l'adjonction de plusieurs unités foncières dans un même terrain d'assiette puisse revêtir un caractère licite, en nous appuyant sur la notion de d'unité d'ensemble de la construction dégagée par la Haute-juridiction dès 1999, mais aussi sur un jugement issu certes d'une juridiction du premier degré, mais qui n'a jamais été contredit à notre connaissance, rejetant la validité de l'adjonction artificielle de deux terrains distincts appartenant à des propriétaires différents, ayant constaté que le bâtiment projeté n'était implanté que sur le terrain de l'unique demandeur du permis⁴⁶².

Avec la réécriture des textes dans le cadre de la réforme de 2007, la pratique ne semble toutefois pas être formellement interdite. Et quand bien même elle le serait, il suffirait alors d'implanter quelques mètres carrés de la construction sur le terrain adjoint pour contourner l'interdiction, quitte à légèrement rectifier les limites des propriétés dans un second temps. Rien ne semble donc empêcher aujourd'hui d'adjoindre une parcelle, que nous pouvons qualifier d'émettrice, à une autre, la réceptrice, pour lui transférer artificiellement des droits à bâtir, et que ces mêmes droits puissent de nouveau être transférés à une seconde parcelle réceptrice, et ainsi de suite pour éventuellement bénéficier, en fin de chaîne, à elle-même.

A vrai dire, les typologies de cession fictive de droits à bâtir sont nombreuses. Pour éviter de se heurter à un éventuel risque de refus d'une demande de permis de construire, deux propriétaires peuvent décider de fusionner formellement leurs terrains le temps de l'instruction, puis de diviser les terrains tels qu'ils étaient une fois le permis obtenu, avec une des deux parcelles absolument exclue de l'opération de construction. Une telle opération pourrait toutefois présenter l'inconvénient d'être constitutive de lotissement, à moins qu'aucune intention de bâtir ne soit exprimée. Il peut aussi y avoir la situation, beaucoup plus discutable, où deux propriétaires de deux terrains contigus souhaitent entreprendre individuellement un projet de construction sur leurs parcelles respectives, mais s'entendent mutuellement pour joindre leurs parcelles aux deux demandes de permis de construire. Les deux parcelles pourront donc être réciproquement émettrices et réceptrices de droits à bâtir.

⁴⁶¹ *Op. cit.* CE, 28 juillet 1999, SA HLM le nouveau logis Centre Limousin, n° 182167

⁴⁶² *Op. cit.* TA Nice, 24 mai 1995, M. Dupon c/ Commune de Nice, n° 93.1350

La question se pose également dans le cas des divisions primaires dès lors que le terrain d'assiette pour l'appréciation des règles d'urbanisme correspond à l'unité foncière d'origine, comme nous avons pu le soutenir dans la précédente partie, malgré les hésitations de la jurisprudence sur ce point. Le propriétaire du résidu voit alors ses droits à bâtir immédiatement régénérés. Nous avons donc émis des propositions pour éviter les usages abusifs d'un tel dispositif.

En l'état actuel du droit, rien ne semble interdire la pratique des assemblages d'opportunité ou de montage juridique ayant pour objet ou pour effet de permettre une consommation à plusieurs reprises des mêmes droits à bâtir. Nous avons pu déjà évoqué un rapport du GRIDAUH à ce sujet résultant d'un séminaire organisé en 2012 duquel il était ressorti de nombreuses réserves quant à ce type de pratique sans toutefois parvenir à apporter un fondement juridique solide pour la considérer comme illicite. Il va de soi naturellement que pour être envisagée, elle doit reposer sur un accord préalable des propriétaires sur le fait de joindre leurs unités foncières dans un même terrain d'assiette, mais dont la concentration des droits à bâtir ne s'opérera que sur la parcelle réceptrice. Un tel accord pourrait alors permettre une cotitularité du permis de construire, ou bien plus simplement une autorisation de l'émetteur à effectuer les travaux, tel que le prévoit l'article R. 423-1 du Code de l'urbanisme, même si son terrain n'est pas directement concerné par lesdits travaux.

Il ne fait en revanche aucun doute que l'adjonction du terrain contigu sans l'accord du propriétaire émetteur serait constitutive de fraude, ce que le Conseil d'Etat définit comme une « *manœuvre de nature à induire l'administration en erreur* »⁴⁶³. C'est en effet dans ces termes que s'est prononcé le Tribunal administratif de Marseille dans un jugement du 28 juin 2012 aux termes duquel il avait annulé un permis de construire accordé à un pétitionnaire qui avait attesté être propriétaire d'une fraction de terrain qui, en réalité, appartenait à un voisin. Le propriétaire avait pourtant bien proposé à son voisin un échange de terrains mais la négociation s'était soldée par un échec. Il avait tout de même présenté, à l'appui de sa demande de permis de construire, des plans intégrant l'unité foncière du voisin dans le terrain d'assiette de sa propriété. Le juge en avait conclu en l'espèce à l'existence de manœuvres frauduleuses⁴⁶⁴.

Un assemblage d'opportunité suppose donc nécessairement un accord entre les propriétaires, et c'est la nature de cet accord dont l'objet est de privatiser des droits à bâtir, qui va faire l'objet de la présente section. Car il est très probable que lorsque le propriétaire d'un terrain propose ou accepte d'en faire un émetteur de droits à bâtir, il s'agit généralement d'une démarche intéressée, et donc financière. Toute l'ambiguïté de la situation réside dans le fait qu'un propriétaire cède, à titre onéreux, des droits à bâtir auxquels il ne renonce pas. Contrairement au transfert de constructibilité tel que prévu à l'article L. 151-25 du Code de l'urbanisme, il n'y a pas renonciation au droit de construire avec l'établissement d'une servitude *non aedificandi* frappant le fonds émetteur. D'ailleurs, il est peu probable dans la pratique que les parties fassent établir un acte notarié, et encore moins qu'une trace écrite d'un quelconque accord fasse l'objet d'une publicité foncière. Naturellement, l'administration n'a pas à connaître ce

⁴⁶³ *Op. cit.* CE 15 février 2012, *Mme Quennesson*, n° 333631, BJD 2012, n° 4, p. 296, concl. F. Aladjidi

⁴⁶⁴ TA Marseille, 28 juin 2012, *Syndicat des copropriétaires de l'immeuble Val d'Azur Bâtiments A et D*, n° 1105798

type d'accord. Il s'agit donc d'un contrat de vente classique, sur la validité duquel on peut s'interroger.

L'article 1108 du Code civil prévoit quatre conditions essentielles pour la validité d'une convention :

« Le consentement de la partie qui s'oblige ;

Sa capacité de contracter ;

Un objet certain qui forme la matière de l'engagement ;

Une cause licite dans l'obligation. »

La question de consentement et de la capacité de contracter ne posant à notre avis pas de difficultés spécifiques dans le cadre du contrat de cession de droits à bâtir, nous étudierons ce dernier au regard de l'objet (ou la chose) et de la cause.

§ 1 – L'objet du contrat de cession artificielle de droits à bâtir

(171.) L'objet, ou la chose, peut consister en une très large diversité de situations : il peut s'agir d'un bien meuble ou immeuble, corporel ou incorporel, etc. En l'occurrence, la chose est un droit de construire, s'exprimant en mètres carrés de surface de plancher à bâtir. Mais il n'est pas simple de déterminer avec précision s'il s'agit d'un bien meuble ou immeuble dans la mesure où il s'agit d'un attribut du droit de propriété portant sur un bien immeuble, mais dont la possibilité de transfert autonome peut lui conférer le caractère de bien meuble.

Le Code civil pose des exigences à l'égard de la chose. Elle doit exister, être déterminée ou déterminable et susceptible d'aliénation. L'absence de l'une de ces trois exigences peut entraîner la nullité du contrat.

A – L'existence des droits à bâtir

(172.) L'existence de la chose comme condition de la validité du contrat est prévue à l'article 1601 du Code civil, dont le premier alinéa dispose que « *Si au moment de la vente la chose vendue était périe en totalité, la vente serait nulle* ». Pour pouvoir être cédés, encore faut-il que les droits à bâtir soient existants. Or, ce qui fonde l'existence de droits à bâtir effectifs n'est pas tant le droit de propriété, mais un document d'urbanisme dont le règlement fixe des prescriptions dont la combinaison définit une densité constructible. On retrouve là toute l'ambiguïté de la nature juridique du droit de construire, qui est un attribut latent du droit de propriété, mais dont l'administration révèle l'étendue à travers son document d'urbanisme.

Par conséquent, une évolution du document d'urbanisme qui aurait pour effet de vider un terrain de ses droits à bâtir ferait perdre son existence à la chose dont le contrat de cession est l'objet. Il ne s'agirait pas d'une perte matérielle, mais d'une perte juridique. En ce sens, et à titre d'exemple, il a été jugé que la cession d'un bail résilié est nulle⁴⁶⁵. Un parallèle pourrait tout à fait être établi avec le droit de construire si la perte de la chose résulte d'une décision de l'administration, alors que le contrat a déjà été passé.

⁴⁶⁵ CA Pau, 21 mars 1893 : S. 1893, 2, p. 168

B – La déterminabilité des droits à bâtir

(173.) L'article 1129 du Code civil impose que « *l'obligation ait pour objet une chose au moins déterminée quant à son espèce* ». Il faut donc que les droits à bâtir transférés puissent être déterminables, et donc quantifiables. Or, depuis la suppression du COS, le mode de calcul de la densité constructible est devenu beaucoup moins évident puisque celle-ci doit résulter de la combinaison des règles d'emprise, d'implantation et de hauteur. Lorsqu'une unité foncière est adjointe au terrain d'assiette de l'opération, la quantification de la densité constructible est *a fortiori* aléatoire du fait de la suppression fictive, pour les besoins de l'appréciation des règles d'urbanisme, des limites séparatives internes.

Mais cela ne pose guère de difficultés puisque le second alinéa de l'article 1129 du Code civil dispose que « *La quotité de la chose peut être incertaine, pourvu qu'elle puisse être déterminée* ». C'est donc l'instruction de la demande de permis de construire qui permettra de déterminer la constructibilité précise que l'adjonction d'une unité foncière émettrice a pu apporter.

C – L'aliénation possible des droits à bâtir

(174.) En écho aux dispositions de l'article 1128 du Code civil qui énonce que « *Il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet des conventions* », l'article 1598 du même Code édicte que « *Tout ce qui est dans le commerce peut être vendu lorsque des lois particulières n'en ont pas prohibé l'aliénation* ». Le droit de la vente s'aligne donc sur le droit commun des contrats. Il est alors bien établi que les ventes portant sur des biens hors commerce sont frappées de nullité absolue, telles que les organes, les stupéfiants, les droits civils, etc.

Toute la question est alors de savoir si les droits à bâtir dont disposent les propriétaires sont dans le commerce. Nous avons relevé dans la section précédente que les dispositions relatives au transfert de constructibilité avaient pu créer un marché des droits à bâtir. On pourrait alors admettre que ceux-ci puissent faire l'objet d'aliénation. Il faut toutefois remarquer que c'est en vertu d'un dispositif introduit par une disposition légale spéciale qu'un tel marché est ouvert, dans des conditions particulières. Est-ce qu'en l'absence de dispositif légal de cession de droits à bâtir, ceux-ci peuvent être dans le commerce ?

Il n'est pas simple de répondre à une telle interrogation. En effet, il ne fait aucun doute que la pratique du commerce du droit de construire est admise par la jurisprudence, mais lorsque celle-ci s'exerce à l'intérieur d'une même propriété, ou bien au moment du détachement d'une parcelle de cette propriété. Tel est le cas du report (et non du transfert) de constructibilité en lotissement, en ZAC ou bien même dans le cas d'une copropriété. Il en est de même dans le cas d'un bail constitutif de droits réels, où un droit de construire peut être expressément cédé avec un droit d'usage et de jouissance. Dans ces cas, le droit de construire est l'accessoire du droit principal, celui de la propriété. Il n'est pas autonome. Mais dans l'hypothèse d'une cession artificielle d'un droit de construire entre deux propriétés parfaitement distinctes, par le simple jeu de la composition du terrain d'assiette, peut-on en dire autant ? Nous serions tentés de répondre par la négative, à savoir que des droits à bâtir ne peuvent être cédés dès lors qu'aucun texte ne le prévoit. Le droit de propriété n'a

pas été conçu dans notre droit pour que chacun de ses attributs puisse être cédé librement et de manière autonome.

Et si l'on envisage que le droit de construire, bien qu'attaché au droit de propriété, ne s'exerce que selon les conditions prévues par l'administration dans son document d'urbanisme, ne pourrait-on pas alors considérer que la nullité serait justifiée par l'interdiction de la vente de la chose d'autrui ? Aux termes de l'article 1599 du Code civil, « *La vente de la chose d'autrui est nulle : elle peut donner lieu à des dommages-intérêts lorsque l'acheteur a ignoré que la chose fût à autrui* ». Ce raisonnement paraît toutefois difficile à soutenir car la nullité de la vente de la chose d'autrui a pour effet de protéger l'acquéreur, et supposerait donc un trouble du consentement. Or, il ne s'agit pas tout à fait de cela dans le cas d'une cession de droits à bâtir librement consentie. C'est donc plutôt sur le rejet de la thèse de la commercialité des droits à bâtir que nous devons soutenir son impossible aliénation lorsqu'aucun texte spécial ne le prévoit expressément.

Si la question de l'aliénabilité du droit de construire ne s'est à notre connaissance jamais posée devant une juridiction, nous pourrions toutefois établir un parallèle avec celle de la cession de clientèle par un médecin libéral. La première chambre civile de la Cour de cassation a ainsi affirmé en 2000 que « *la cession de clientèle (médicale) à l'occasion de la constitution ou de la cession d'un fonds libéral d'exercice de la profession n'est pas illicite* »⁴⁶⁶. Il s'était agi alors d'un revirement de la jurisprudence antérieure, mais à la condition que la clientèle ne puisse être vendue qu'à l'occasion de la cession générale du fonds. Le raisonnement en l'espèce était qu'une clientèle propre est indissociable de l'activité libérale, et que dans ces conditions, elle ne pouvait faire l'objet d'une aliénation que si elle en est l'accessoire. Ce dernier suit le principal, et la cession autonome d'une clientèle ne saurait être licite. Pour les droits à bâtir, il doit en être de même. Ceux-ci ne peuvent être transférés qu'à l'occasion de la cession de la propriété, puisqu'ils en demeurent indissociables. Ce raisonnement va en tous les cas dans le sens du principe qu'affirment les auteurs du rapport précité du GRIDAUH selon lequel « *en dehors d'un texte spécial l'autorisant, les droits de construire ne peuvent être cédés indépendamment du terrain auquel ils sont attachés* »⁴⁶⁷.

L'impossibilité d'aliéner des droits à bâtir peut à plus forte raison puiser son fondement dans le fait que sitôt cédés, ils sont automatiquement régénérés. Ce n'est pas une aliénation des droits à bâtir que permettent les assemblages d'opportunité, mais c'est leur duplication. L'adjonction d'une unité foncière dans le terrain d'assiette d'une demande ne doit pas être perçue comme transférant des droits à bâtir, mais plutôt comme produisant des droits à bâtir parallèles qui ne sont en réalité jamais perdus. Il y aurait alors vente non pas de la chose, mais d'un dédoublement de la chose par l'effet de l'application du droit des sols. Dès lors qu'il n'y a pas cession de la chose, mais « clonage » de la chose, il semblerait difficile d'admettre que l'aliénation soit possible. La possibilité de céder artificiellement des droits à bâtir semble être compromise par le fait qu'il ne s'agit pas, à notre avis, d'un droit aliénable au sens que l'entend le Code civil, d'abord parce qu'il semble difficilement soutenable qu'un attribut du droit de propriété puisse être dans le commerce de

⁴⁶⁶ Cass. 1^{ère} civ., 17 nov. 2000, n° 98-17731

⁴⁶⁷ *Op. cit.* Etienne Fatôme, Michèle Raunet, et Malicia Donniou, « *Permis de construire et terrain d'assiette des constructions* », Compte-rendu séminaire du GRIDAUH, 25 juin 2012

manière autonome, et ensuite parce que si cession il y a, ce n'est pas de la chose mais du dédoublement de la chose.

Il convient d'aborder à présent le pendant de la chose qu'est le prix, mais sous l'angle particulier de la théorie de l'enrichissement sans cause, qui suppose toutefois qu'une transaction financière s'opère en contrepartie de la cession de droits à bâtir par l'adjonction d'une unité foncière au terrain d'assiette d'une opération de construction.

§ 2 – La cause du contrat de cession artificielle des droits à bâtir

(175.) L'article 1131 du Code civil dispose que « *L'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet* ». Dans la mesure où il n'y a pas cession, mais duplication des droits à bâtir, il apparaît alors légitime de s'interroger sur l'absence de cause, ou plutôt sur la théorie de l'enrichissement sans cause.

La théorie de l'enrichissement sans cause est une création de la doctrine reconnue par la jurisprudence. Elle n'est pas expressément formulée dans le Code civil, qui prévoit toutefois quelques cas particuliers où l'idée d'enrichissement injustifié est sous-jacente, comme celui de la construction faite sur le terrain d'autrui. L'article 555 du Code civil prévoit en effet un principe d'indemnisation qui défend de s'enrichir sans cause aux dépens d'autrui⁴⁶⁸. L'enrichissement sans cause a ensuite été théorisé par la doctrine selon un principe d'équité permettant de ramener un patrimoine à sa situation initiale lorsque celle-ci n'a pas été envisagée par des dispositions légales⁴⁶⁹. La théorie trouve ainsi son fondement dans le droit naturel. Le doyen Ripert voyait dans la condamnation de tout enrichissement injuste un précepte moral⁴⁷⁰. La théorie de l'enrichissement injuste a ensuite progressivement muté vers celle de l'enrichissement sans cause, au gré des évolutions doctrinales et jurisprudentielles. Ainsi, en vertu de cette théorie, une action en restitution de l'enrichissement, dite « *de in rem verso* », fondée sur l'équité, est offerte, dans certaines conditions, à l'appauvri contre l'enrichi.

Dans le cadre de la cession artificielle des droits à bâtir, l'une des conditions est bien remplie : l'enrichissement du terrain émetteur n'a pas de cause, c'est-à-dire qu'aucune raison juridique ne justifie l'enrichissement de celui qui a cédé la duplication de ses droits à bâtir. Or, il est une autre condition qui suppose la présence d'un enrichi et d'un appauvri. Si le propriétaire du terrain émetteur perdait définitivement le bénéfice des droits à bâtir qu'il cède, alors effectivement il s'agirait de la cause de son enrichissement. Mais ce dernier cède en réalité une duplication de ses droits à bâtir. Même si le cas qui nous intéresse ne répond pas parfaitement aux critères de la théorie de l'enrichissement sans cause, ça y ressemble tout de même. S'il est une partie lésée, ce serait plutôt l'administration qui, par le jeu d'une composition habile de l'assiette foncière, distribue gratuitement deux fois les mêmes droits à bâtir, même si elle ne s'appauvrit pas pour autant. On a donc là une relation tripartite sans doute inédite, avec l'enrichissement du propriétaire émetteur dont on ne saurait saisir la cause. C'est donc sur la notion de cause qu'il convient de se pencher.

⁴⁶⁸ En ce sens : William Dross, *Propriété. – Droit d'accession sur ce qui s'unit ou s'incorpore aux choses immobilières. – Constructions, plantations et ouvrages*, JCP civil, fasc. unique, 2010, n° 68

⁴⁶⁹ Xavier Pin, *Quasi-contrats. – Enrichissement sans cause. – Fondements de l'action en restitution de l'enrichissement sans cause*, JCP civil, fasc. 10, 2007

⁴⁷⁰ Georges Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles* : 4e éd. 1949, n° 133

La théorie de « l'équilibre des prestations » a été définie par le Professeur Rouast qui considérait la cause comme « *la contrepartie, soit de l'appauvrissement, soit de l'enrichissement et dont la présence a pour effet de les neutraliser* »⁴⁷¹. On peut dès lors s'interroger sur la nature de la contrepartie de l'enrichissement du propriétaire, qui consiste en un dédoublement des droits à bâtir qui ne lui appartiennent pas, mais qu'il puise de l'administration au moyen d'une technique foncière de composition de l'assiette foncière que les textes ne prohibent pas. On imagine toutefois mal l'administration engager une action en restitution de l'enrichissement contre le propriétaire émetteur. Il est au demeurant difficile d'envisager comment une telle action pourrait être fondée alors qu'il n'y a pas appauvrissement de l'administration. Mais tant que la pratique de l'assemblage d'opportunité n'est pas clairement prohibée, il pourrait être introduit un mécanisme spécial de partage de plus-value via une fiscalité *ad hoc* en lien avec le principe d'équité fondant la théorie de l'enrichissement sans cause.

⁴⁷¹ André Rouast, « *L'enrichissement sans cause et la jurisprudence civile* » : RTD civ. 1922, p. 35 s., n° 14

Conclusion de la présente partie.

(176.) L'étude de la privatisation de la densité constructible, qu'il s'agisse d'actes juridiques collectifs limitant le droit de construire sur un périmètre donné, ou bien de contrats bilatéraux de cession de droits à bâtir, nous a permis d'aboutir à l'affirmation de grands principes.

Pour ce qui concerne d'abord les limitations contractuelles du droit de construire, il semble y avoir une confusion provenant de la qualification de clauses de nature réglementaire qu'il pourrait y avoir dans des cahiers des charges non-approuvés. Or, ce sont bien les règles d'urbanisme contenues dans tout type de cahier des charges qui sont concernées par la péremption, et toute règle d'urbanisme est nécessairement une clause de nature réglementaire, quelque soit la nature du cahier des charges. De notre point de vue, l'édiction de règles d'urbanisme privatisées ne devrait pas être envisagée par le Code de l'urbanisme sous l'angle de la caducité. Nous sommes plutôt d'avis que de telles clauses devraient relever du régime de la nullité, et devraient être de ce fait réputées non-écrites. Si l'on établit un parallèle avec le droit de la copropriété, les juridictions de l'ordre judiciaire n'ont en effet aucune difficulté à reconnaître la nullité de clauses que la loi répute non-écrites, et cela sans avoir à rechercher la volonté ou non des parties. Il est temps de tourner le dos aux pratiques du passé, lorsque la production de cahiers des charges était exigée pour combler un vide réglementaire, en plaçant pour un principe de nullité plutôt que d'apporter des corrections, allant sans cesse dans le sens de la complexification, à des dispositions qui n'ont plus lieu d'être. Seule la servitude peut valablement limiter conventionnellement le libre exercice du droit de construire. Or, un corpus normatif fixant de manière générale et impersonnelle des règles de construction ne saurait être assimilé à un ensemble de servitudes. En dénommant « clauses de nature réglementaire » des règles d'urbanisme privatisées, le législateur a expressément voulu rejeter la théorie doctrinale de la servitude collective.

Par ailleurs, les dispositions relatives à la caducité, à la modification et à la mise en concordance ne devraient porter que sur les documents pour lesquels elles ont été créées, à savoir les documents de nature réglementaire du lotissement. La nullité des clauses assimilables à des règles privées d'urbanisme insérées dans un acte juridique collectif devrait faire l'objet de dispositions à part, et pas nécessairement dans le chapitre du Code de l'urbanisme relatif au lotissement. La distinction établie entre les cahiers des charges approuvés et non approuvés en matière de caducité et d'évolution n'a d'ailleurs plus lieu d'être, vu que par l'effet justement de cette caducité, tous ces documents sont devenus purement contractuels. Le caractère approuvé du cahier des charges ne peut être que formel.

Malgré cela, le législateur a établi une autre distinction, pour les cahiers des charges non-approuvés spécifiquement, entre les clauses de nature réglementaire et les clauses de nature contractuelle, mais cette distinction devrait logiquement valoir également pour les cahiers des charges approuvés, et même pour les règlements dont le contenu a pu être contractualisé selon la volonté supposée ou reconnue des parties. Si toutes les clauses de nature réglementaire de tout document contractuel sont réputées non-écrites comme nous le préconisons, il n'existerait alors que des clauses de nature contractuelles. Mais la sous-distinction établie entre celles ayant pour objet ou pour effet d'interdire ou de limiter le droit de construire et les autres ne nous semble pas pertinente. Il aurait été plus judicieux d'établir une séparation entre ce qui peut relever du champ des charges réelles et les obligations réelles, dites *propter rem*. Ainsi, les

clauses de nature contractuelle qui ont pour objet ou pour effet de limiter le droit de construire devraient clairement être intégrées dans le champ des charges réelles. C'est du moins en ce sens que le législateur semble s'être positionné, en réaffirmant une obligation de publicité foncière pour que de telles charges soient opposables, contrecarrant ainsi la jurisprudence qui considérait jusqu'ici que la simple mention dans les actes suffisait. Encore faut-il que pour être qualifiées de servitudes, ces limitations du droit de construire répondent aux critères posés par les articles 637 et suivants du Code civil, à savoir un fonds dominant, un fonds servant et une utilité que nous qualifions d'objective, c'est-à-dire sans équivoque sur la nature et l'objet de l'avantage procuré au fonds dominant. Sauf qu'en l'état où se présentent les cahiers des charges tels qu'ils ont été rédigés depuis des décennies, il n'est pas aisé de déceler des stipulations répondant précisément à la définition de servitude. La doctrine s'accorde en effet à reconnaître que toutes les prescriptions qui pourraient trouver leur place dans un règlement de PLU sont des clauses de nature réglementaire. Elle n'est toutefois pas unanime sur la nature des clauses interdisant par exemple de subdiviser un lot. Selon nous, dès lors qu'une même charge réelle frappe indistinctement tous les terrains d'un périmètre déterminé, on est en présence d'une clause de nature réglementaire et non d'une servitude. C'est à se demander si les cahiers des charges, tels qu'ils sont généralement conçus, contiennent des clauses de nature contractuelle limitant le droit de construire. Nous ne le pensons pas, en raison du fait qu'une restriction purement contractuelle au libre exercice du droit de construire, qui n'a pas d'utilité objective, ne peut présenter le caractère de servitude. Contrairement à ce qu'a pu soutenir la doctrine dominante à ce sujet, une servitude au sens de l'article 637 du Code civil ne saurait être collective et réciproquement opposable à tous les lots, lesquels seraient à la fois fonds dominants et servants les uns vis-à-vis des autres. Cette réciprocité est neutralisante, et en matière de servitude, même conventionnelle, on ne peut être à la fois dominant et servant de la même charge réelle. Une telle charge réelle ne peut donc simplement être qu'une règle d'urbanisme privatisée.

On sent bien que même la Cour de cassation est mal à l'aise avec l'idée de considérer de telles clauses comme des servitudes. En effet, sa jurisprudence est constante pour maintenir l'opposabilité de toutes les clauses du cahier des charges entre les colotis, mais toujours sur le fondement du contrat. C'est l'intention des parties de contracter qui est recherchée, faisant de celles-ci de simples créanciers et débiteurs d'interdictions réciproques. Le caractère de servitude des charges réelles liant réciproquement les colotis ne constitue jamais, sauf dans des arrêts très anciens, le fondement des solutions rendues. Cela fait bien longtemps que l'argument de la prescription extinctive devant une juridiction civile n'a plus prospéré dans le cas d'un lotissement. Dans un cas d'espèce récent, la Cour de cassation n'a même pas répondu à un moyen soulevé en ce sens. Difficile alors de savoir quelles sont ces clauses qui pourraient faire l'objet d'une publication pour rester opposables. A l'heure où nous écrivons ces lignes, plus de deux ans après l'entrée en vigueur de la loi ALUR, le décret d'application relatif à la publication des clauses de nature contractuelle n'est toujours pas paru.

La seule manière d'établir valablement des limitations contractuelles du droit de construire dans un lotissement serait d'envisager un réseau de servitudes, où chaque fonds n'est dominant que d'un deuxième fonds, et servant d'un troisième fonds. Et que les charges grevant les fonds dominant soient justifiées par une utilité objective qu'il procure au fonds dominant. Il y aurait alors une multitude de servitudes bilatérales voire trilatérales dans le lotissement, et distinctes les unes des autres. Cette

manière de procéder rendrait beaucoup plus aisée l'évolution des ensembles immobiliers et permettrait surtout des adaptations, parcelle par parcelle, en fonction du contexte spécifique lié au voisinage immédiat de chacune d'elles. Il serait mis fin à la situation dans laquelle n'importe quel coloti peut engager une action civile contre n'importe quel autre coloti, au motif de stipulations contractées dans un contexte spécifique à la période où les premières ventes ont été réalisées. Une telle solution ne règle toutefois pas le problème des situations présentes. Pour les cahiers des charges déjà existants, peu importe qu'ils soient approuvés ou non, dès lors que l'on reconnaît la possibilité pour des clauses de nature contractuelle de limiter le droit de construire, alors il faudra bien leur reconnaître le caractère de servitude collective, et ce *a fortiori* si de telles clauses doivent être publiées pour être opposables. Dans ce cas, peut-être qu'il serait pertinent d'envisager une réforme des modalités d'action en justice. Nous y reviendrons.

Dans le cas du règlement de copropriété, pour que les droits à bâtir soient individualisés, ou plus précisément attachés aux lots, il faut que le règlement le stipule expressément, à défaut de quoi ils sont accessoires aux parties communes, c'est-à-dire collectivisés. Même si le règlement prévoit la privatisation des droits à bâtir, le principe est tout de même que l'exercice de ce droit est soumis à l'approbation de l'assemblée des copropriétaires. La jurisprudence a toutefois reconnu des cas où une telle autorisation préalable n'était pas requise, dès lors que le règlement était très précis quant aux possibilités d'exploitation supplémentaire de droits à bâtir. En tout état de cause, la prudence est de mise, et le copropriétaire qui se passe d'une telle autorisation s'expose à un risque. Si le règlement est au contraire insuffisamment précis sur la manière d'exploiter ces droits à bâtir, il semblerait alors que l'autorisation préalable de l'assemblée s'impose, sur le fondement de l'affectation de l'aspect extérieur de l'immeuble⁴⁷². Pourtant, lorsqu'il s'agit de la première construction – c'est-à-dire que le lot n'est encore que transitoire – la jurisprudence semble acquise à l'exercice du droit de construire sans autorisation d'assemblée. Il y a là une regrettable absence de cohérence.

Le problème de l'autorisation préalable de l'assemblée est qu'elle ouvre la voie à la plus grande insécurité juridique. Prenons le cas d'un copropriétaire qui souhaite édifier une construction nouvelle sur sa partie privative ou bien sur l'emprise du droit de jouissance dont il bénéficie. Le règlement de copropriété lui accorde la privatisation des droits à bâtir nécessaires à son projet, et le règlement du PLU en permet la réalisation. L'exercice de ce droit pourrait alors lui être refusé par une décision d'assemblée qui ne s'appuierait sur la méconnaissance d'aucune disposition contractuelle tangible, mais seulement sur une appréciation subjective, liée à des considérations esthétiques, puisque c'est en vertu de l'affectation de l'aspect qu'une autorisation est requise. Il y a là un sujet qui semble être ignoré par les pouvoirs publics. En effet, il existe probablement d'importants gisements fonciers dans des ensembles immobiliers organisés selon le statut de la copropriété, échappant de ce fait à toute possibilité de densification. Le législateur a pourtant bien admis que ce statut n'était pas adapté à un certain nombre d'ensembles immobiliers dont la complexité nécessitait d'autoriser une scission en volumes sur initiative de l'administration, mais après décision naturellement des copropriétaires en assemblée générale. Tel fut l'objet de l'insertion de nouvelles dispositions au IV de l'article 28 de la loi du 10 juillet

⁴⁷² En ce sens : Jean-Robert Bouyeure, *Les travaux dans la copropriété*, Immobilier, Droit et gestion : Sirey 1989, n° 472

1965 par la loi ALUR. Dans un objectif de densification des zones pavillonnaires, il pourrait également être bien inspiré d'étendre la possibilité d'une initiative publique pour la scission des copropriétés horizontales.

On constate bien là que le statut de la copropriété, bien que légal pour les ensembles immobiliers pavillonnaires dès lors que leur création a fait l'objet d'une autorisation de lotir, n'est pas une solution adaptée pour permettre leur évolution de manière souple. La limitation contractuelle du droit de construire ne s'exprime d'ailleurs pas en termes de contradiction entre les règles prévues dans le document d'urbanisme opposable et celles contenues dans le règlement. De manière générale d'ailleurs, du moins à notre connaissance, les règlements de copropriété horizontale ne contiennent pas de stipulations qui pourraient être assimilées à des règles d'urbanisme privatisées. Il faut d'ailleurs rappeler que toute stipulation restreignant les droits des copropriétaires en dehors de celles qui seraient justifiées par la destination de l'immeuble sont réputées non-écrites. Dans ces conditions, il est frappant de constater que l'assemblée peut librement empêcher l'exercice d'un droit contractuellement acquis. Sans doute que pour être cohérent avec sa volonté de lever tous les obstacles à la densification, mais aussi pour des questions de sécurité juridique, le législateur devrait intervenir pour clarifier le régime de libre-constructibilité des lots de copropriété horizontale, qu'il s'agisse de la première édification du bâtiment, ou bien même de tout projet individuel de surélévation ou de construction nouvelle à côté de celle existante.

Cette situation nous conduit d'ailleurs à nous interroger sur le cas des copropriétés ordinaires, c'est-à-dire verticales et déjà bâties, depuis la suppression du COS. Autrefois, dans le cas où un COS s'appliquait, le fait de clore un balcon privatif ou bien de construire une mezzanine dans son appartement étaient consommateur de surface de plancher et nécessitait donc en principe une déclaration préalable. Au-delà des questions d'aspect extérieur, une autorisation de l'assemblée était requise à double titre : d'abord sur le principe de la consommation au profit d'un copropriétaire des droits à bâtir résiduels accessoires aux parties communes, ensuite au titre de l'autorisation du syndicat de déposer une déclaration préalable. Désormais, aucune règle d'urbanisme ne peut limiter en théorie la densité constructible à l'intérieur de l'enveloppe de construction délimitée par la combinaison des règles d'emprise, d'implantation et de hauteur. Nous nous étions demandés dans la première partie si, de ce fait, des travaux de densification interne étaient soumises à autorisation d'urbanisme. Nous pouvons alors douter *a fortiori* qu'une autorisation de l'assemblée soit nécessaire lorsque le copropriétaire souhaite aménager une mezzanine ou clore son balcon, sauf pour des motifs, dans le second cas, d'une affectation de l'aspect extérieur.

Le règlement de copropriété présente alors la rigidité de soumettre, par principe, tout ce qu'il ne prévoit pas expressément à autorisation de l'assemblée. Mais il est intéressant de relever au contraire que ce qu'interdit le règlement de copropriété peut être défait par une décision prise à une double majorité qualifiée. On retrouve dans ce cas plus de souplesse qu'en matière de cahier des charges, dont l'unanimité semble constituer la condition de toute modification, du moins pour ce qui concerne les clauses de nature non-réglementaire, sachant que le juge judiciaire ne voit dans le cahier des charges que des clauses de cette nature.

La différence de fond entre l'ensemble immobilier divisé en propriété et celui divisé en jouissance et organisé en copropriété est que dans le premier cas, plus le cahier des

charges contient de stipulations, plus la liberté des colotis est restreinte, alors que dans le second cas, plus le règlement est précis, plus le copropriétaire est sécurisé dans ses possibilités individuelles de construction. On en revient ici à la problématique de savoir à qui appartient le droit de construire : appartient-il à celui qui dispose ou à celui qui jouit de la propriété ? Le régime juridique de la copropriété semble en tous les cas suggérer que le droit de construire revient au syndicat, qui lui seul détient le droit de disposer de la propriété des parties communes. Et ce n'est que par exception à ce principe, si le règlement le stipule, que ce droit de construire peut être délégué aux copropriétaires, au titre de l'attribution d'un droit de jouissance sur une fraction du sol commun. Dans le cas du lotissement divisé en propriété, c'est le contraire. Le principe est que chaque coloti détient un droit de disposer de la manière la plus absolue dans la limite des règles d'urbanisme, mais il peut renoncer par contrat à la jouissance libre de son bien consistant en une restriction de son droit de construire. Tout dépendra alors de la qualification juridique d'une telle restriction pour admettre sa validité.

Un auteur que nous avons cité a pu qualifier de règles civiles de police collective le contenu tant des cahiers des charges de lotissement que des règlements de copropriété. Seulement, dans le cas de la copropriété, le soin de veiller au respect de ces règles de police collective est confié au syndicat des copropriétaires. Il ne peut revenir à chaque copropriétaire d'agir de sa propre initiative sans appeler le syndicat dans la cause, notamment pour engager une action en justice contre un autre copropriétaire au motif d'une méconnaissance des stipulations du règlement. Dans le cas du cahier des charges, la gestion de l'ensemble par un groupement des propriétaires, en l'occurrence une association syndicale, est optionnelle. Et même lorsqu'une telle association est constituée, elle n'est généralement chargée, dans ses statuts, que de veiller au respect des clauses du cahier des charges relatives à l'entretien des parties communes ou des équipements collectifs de l'ensemble immobilier. Le fait qu'un seul coloti puisse exercer un tel « pouvoir de police » à l'encontre d'un autre coloti qui aurait méconnu ses obligations contractuelles, sans que les autres colotis ne soient appelés dans la cause, constitue sans doute une faiblesse du système. Lorsque l'on établit des règles civiles de police collective, il semble logique qu'il appartienne au groupement de veiller à leur respect, sans forcément passer par la constitution d'une personne morale. En effet, si l'on reconnaît les clauses de nature contractuelle limitant le droit de construire comme des servitudes (ce sur quoi nous sommes sceptiques), il faut alors admettre que de telles servitudes soient collectives. Dès lors, il pourrait être soutenu que l'action engagée à l'encontre d'un propriétaire doit également être collective. Certes, une telle solution n'est pas dans l'air du temps, la Cour de cassation ayant tendance à reconnaître la capacité à agir individuellement d'une seule partie à un acte juridique collectif. Un récent arrêt l'a confirmé récemment en matière de copropriété, lorsque la clause méconnue portait sur les modalités de jouissance des parties privatives. On ne peut pourtant pas se satisfaire du fait qu'un coloti puisse seul engager une action contre un autre coloti, qui n'est potentiellement même pas son voisin direct, en vertu d'un acte juridique collectif, sans appeler dans la cause les autres parties au contrat. La difficulté en matière d'ensemble immobilier divisé en propriété est l'absence d'une personnalité morale incarnant l'intérêt collectif, comme cela peut être le cas en matière de copropriété. Toutefois, des règles de majorité en l'absence de personne morale peuvent être envisagées. L'article L. 442-10 le prévoit même déjà en matière de modification des cahiers des charges. On pourrait alors envisager de conditionner le recours d'un propriétaire à l'encontre d'un autre selon une approbation aux mêmes

majorités des propriétaires d'un ensemble immobilier, du moins en l'absence de préjudice direct.

Pour ce qui concerne à présent la cession de droits à bâtir entre propriétaires différents, nous pensons que cette pratique est sur le principe très contestable, qu'il s'agisse du cas où cela est organisé dans les textes, à travers le transfert de constructibilité, et *a fortiori* lorsqu'un accord de cession est conclu à défaut de texte spécial le prévoyant, par le simple jeu de la composition de l'assiette d'une demande de permis de construire. Il doit être en effet affirmé que les droits à bâtir ne sont pas une chose aliénable indépendamment du droit de propriété auquel ils sont attachés. Le mécanisme de transfert de constructibilité est sans doute adapté au droit anglo-saxon où le démembrement du droit de propriété est le principe et non l'exception, mais il s'insère dans l'ordonnement juridique français comme un corps étranger. En effet, le démembrement du droit de propriété n'est envisagé en droit français que pour palier des situations à caractère temporaire. Dans le cas d'une indivision, nul n'est tenu d'y demeurer, l'usufruit s'éteint à la mort de l'usufruitier, la servitude s'éteint par le non-usage, etc. Aucune disposition du Code civil ne prévoit un démembrement du droit de propriété à caractère perpétuel. Or, c'est précisément ce en quoi consiste le transfert de constructibilité. Il s'agit de constituer des propriétés vidées perpétuellement d'un de leurs attributs qu'est le droit de construire. Il est peu probable que les rédacteurs du Code civil aient entendu permettre la cession d'un tel droit par ce que l'on a pu qualifier de contrat de vente, puisque c'est bien de cela qu'il s'agit : les propriétaires deviennent des agents économiques intervenant sur un marché de droits à bâtir constitué par les auteurs de documents d'urbanisme. Mais le principe de droits négociables n'appartient pas à notre culture juridique, et c'est sans doute la raison pour laquelle le dispositif n'a jamais vraiment rencontré le succès escompté dans l'hexagone, sauf un léger frémissement lorsqu'il fut introduit il y a quarante ans.

Le transfert peut donc être institué, certes de moins en moins, là où les élus n'ont pas la volonté (ou le courage politique) de rendre inconstructibles des terrains qui n'ont manifestement pas à être ouverts à l'urbanisation. Il est vrai qu'il n'est politiquement jamais simple pour un élu de classer en zone inconstructible des terrains qui le sont. Dans ce cas, si l'intention est « *de favoriser un regroupement des constructions* » sur quelques terrains d'une zone qu'il convient de préserver de l'urbanisation, une vaste opération de remembrement réalisée par une AFU autorisée ou constituée d'office intégrant les enjeux de concentration des droits à bâtir nous paraît être une solution plus conforme à notre culture juridique et surtout plus conforme aux grands principes du droit de propriété. Ce serait revenir aux origines des premières tentatives de péréquation des droits à bâtir dans un secteur donné, imaginées par la pratique, plutôt que d'emprunter une procédure à un droit étranger difficilement adaptable en droit français. Avec une opération de remembrement, chaque propriétaire pourrait ainsi se voir réattribuer à la fois une petite parcelle constructible dans le sous-secteur d'urbanisation et une grande parcelle inconstructible dans le sous-secteur de protection. Il n'y aurait alors pas découplage du droit de propriété et du droit de construire, et donc pas de marchandage de droits à bâtir.

La cession de droits à bâtir hors de tout cadre légal le prévoyant, de manière à monter des assemblages d'opportunité, doit être pour sa part clairement prohibée. Au-delà de la question de l'aliénabilité de la chose, il n'est pas admissible que par principe, un propriétaire puisse céder plusieurs fois les mêmes droits à bâtir sans jamais les perdre définitivement, en particulier lorsqu'il en tire un profit financier. Il convient toutefois

de ne pas être rigide dans l'affirmation d'un tel principe. Il ne s'agit pas de dire ici que les droits à bâtir sont attachés pour toujours à une unité foncière quelles que soient les mutations foncières qui peuvent intervenir. Par exemple, il est acceptable que le propriétaire d'un terrain intégralement bâti vende le fond de sa parcelle, dont le détachement aura pour effet de régénérer des droits à bâtir déjà consommé sur la fraction divisée. Il ne faut pas y voir une manœuvre consistant à céder des droits à bâtir, mais juste de bénéficier d'une certaine souplesse dans l'application du droit des sols. D'ailleurs ces droits à bâtir sont certes régénérés donc utilisés deux fois, mais ils sont cédés avec un droit de propriété. Il n'y a pas aliénation des droits à bâtir de manière autonome. Un équilibre doit donc être trouvé pour une théorisation du principe, à savoir que le dédoublement des droits à bâtir peut être toléré par exemple dans des opérations de division, mais qu'il ne doit pas être institutionnalisé, de manière à créer un marché des droits à bâtir avec toutes les parcelles contiguës à son propre terrain, par le jeu de la composition du terrain d'assiette.

Quant à la cession artificielle de droits à bâtir, cette possibilité trouve son fondement dans les anomalies du droit des sols qui résulte de l'obsession du législateur à vouloir densifier à tout prix, quitte à ce que les opérateurs détournent la parti d'urbanisme exprimé dans le règlement du PLU en vue de produire une certaine morphologie bâtie. Si l'on peut admettre la validité d'un double comptage des droits à bâtir, étalé dans le temps, avec la suppression du contrôle de la densité, il est difficile de voir dans le triple ou quadruple comptage des mêmes droits à bâtir par le jeu de la composition des terrains d'assiette une volonté manifeste du législateur. Aucun élément ne permet toutefois d'envisager aujourd'hui l'illégalité des assemblages d'opportunité, même si nous sommes d'avis que cette pratique devrait être encadrée comme nous avons pu le proposer dans la deuxième partie.

Il en résulte alors qu'un marché informel des droits à bâtir est ouvert, ce qui suppose des liens contractuels entre émetteurs et récepteurs. Mais la validité de tels contrats se heurte toutefois à la question de savoir si des droits à bâtir sont aliénables de manière autonome, dès lors qu'aucun texte spécial ne le prévoit. Pour des raisons tenant à l'unicité du droit de propriété et à son impossible démembrement à titre perpétuel, nous sommes d'avis que de tels contrats sont illicites. La question de la cause se pose également, puisque l'émetteur ne renonce pas aux droits qu'il cède, ceux-ci restant attachés à son droit de propriété. Les droits à bâtir vendus sont juste dupliqués, ce qui peut laisser songeur quant à la contrepartie réelle du prix fixé.

Ces difficultés, qui relèvent du droit privé, devraient toutefois interpeler le législateur lors d'une prochaine réforme du Code de l'urbanisme, afin de veiller à ce que ce type de montages, à défaut d'être illégaux ou frauduleux, ne soient pas utilisés de manière abusive, conduisant à une densification incontrôlée, et à un enrichissement considérable de propriétaires, bien que sans cause. Sans doute qu'en plus d'un encadrement, une fiscalité à vocation régulatrice pourrait constituer une option intéressante.

Conclusion de la thèse

(177.) L'autorité administrative édicte des règles d'urbanisme définissant la constructibilité des propriétés foncières selon les dispositions du Code de l'urbanisme relatives au règlement du PLU. N'étant pas satisfaits, à tort ou à raison, de la manière avec laquelle ces règles étaient édictées, le législateur et le gouvernement ont décidé, avec la loi ALUR et son décret d'application, de remettre à plat le mode d'écriture et d'expression de la règle d'urbanisme. Depuis le 27 mars 2014, la possibilité d'édicter des règles de COS et de superficies minimales de terrain constructible est ainsi supprimée, et toutes les prescriptions insérées à ce titre dans des règlements de PLU sont immédiatement devenues inopposables. Celles édictées dans les POS ont eu droit à un sursis. La réforme portant réécriture d'une partie des dispositions réglementaires du Code de l'urbanisme, entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2016, a complètement remis en cause la structure des règlements de PLU qui, depuis des décennies, consistait en 14 ou 15 articles, chacun correspondant à un type de règle bien identifié. De telles prescriptions réglementaires étaient considérées comme rigides, décontextualisées, et contraires aux objectifs fixés par les pouvoirs publics que sont la densité, la mixité et l'urbanisme de projet. Dans le même temps se sont développés les régimes d'exception, révélateurs de la volonté d'écarter tant que possible l'application de la règle. Le développement des différents dispositifs de majoration des droits à bâtir en est un exemple révélateur.

Parallèlement, nous avons pu voir comment la double réforme de l'application du droit des sols en 2007 et en 2012 avait également œuvré à desserrer la rigidité avec laquelle la règle s'applique, en donnant les moyens de s'en affranchir. On a ainsi créé un cadre d'application des règles qui, à défaut de porter sur des terrains, peuvent porter sur une pluralité de terrains, en globalisant leur appréciation à l'échelle d'un projet. On a également restreint considérablement les possibilités d'une réglementation urbaine spécifique, les seules règles d'urbanisme devant s'appliquer à moyen ou long terme étant celles édictées par le PLU. C'est ainsi que la loi SRU a supprimé la possibilité d'établir des PAZ (plan d'aménagement de zone) dans le périmètre des ZAC. L'exposé des motifs du projet de loi indiquait que le but recherché était « *de mieux intégrer (l'opération) dans l'urbanisation environnante en simplifiant la procédure* ». Désormais, seules les règles prévues dans le document d'urbanisme en vigueur s'appliquent dans les ZAC. Plus récemment, la loi ALUR a généralisé la péremption décennale du règlement de lotissement, pour mettre fin aux situations dans lesquelles de tels règlements étaient maintenus indéfiniment. Certes, il y a une différence majeure entre les anciens règlements de zone dans les ZAC, qui s'appliquaient directement sans tenir compte des prescriptions du document d'urbanisme en vigueur, et les règlements de lotissement dont les prescriptions complètent les règles d'urbanisme en vigueur. Toujours est-il que les différentes réformes sont toujours allées dans le sens de l'unicité, à terme, de la règle opposable. Les règles spécifiques doivent seulement accompagner la réalisation d'une opération, et n'ont pas vocation à être définitives. Les seules règles spécifiques qui ont échappé à la caducité automatique sont les prescriptions d'urbanisme édictées dans le cadre de remboursements réalisés par des AFU. Mais il s'agit sans doute là d'une négligence compte tenu de la rareté de telles opérations.

Pourtant, on ressent bien aujourd'hui les velléités du législateur à réintroduire des périmètres de projet, où s'appliqueraient des règles alternatives. La dernière illustration en date est sans doute le dispositif introduit par un décret du 28 décembre

2015 au premier alinéa de l'article R. 151-21 du Code de l'urbanisme. Certes, il ne s'agit pas précisément d'un retour au règlement de zone comme on le connaissait jadis en ZAC, mais l'idée est tout de même de permettre, dans un même périmètre délimité à cet effet, d'avoir une série de règles applicables alternativement selon le seul critère d'un terrain d'assiette multi-parcellaire.

Les règlements et prescriptions spécifiques édictés en complément des règles d'urbanisme en vigueur ne sont pas les seules normes de nature réglementaire opposables aux demandes de permis de construire des terrains situés dans un périmètre faisant l'objet d'une opération d'aménagement. Il existe également pour la ZAC et le lotissement des modes de répartition de la densité, qui revêtent également une portée réglementaire, et qui reviennent à organiser une application différenciée des règles d'urbanisme sur le périmètre d'un projet. Enfin, le mode d'appréciation globalisée des règles d'urbanisme prévue au troisième alinéa de l'article R. 151-26, dont peuvent bénéficier à la fois les opérations réalisées au moyen d'un PCVD et les opérations de lotissement, malgré les difficultés qui se posent s'agissant de ce dernier, participe de la même philosophie d'urbanisme de projet.

Tous les éléments d'application différenciée des règles d'urbanisme, ou bien même de normes particulières complétant ces règles d'urbanisme, ont en commun d'avoir pour effet de rendre des constructions sur-densitaires sur certaines parcelles et donc d'autres constructions sous-densitaires sur d'autres parcelles. Se pose alors inéluctablement la question du retour au droit commun. Nous avons pu voir que le Conseil d'Etat était pragmatique sur la question des constructions légalement édifiées devenues contraires aux règles d'urbanisme. Ce n'est donc pas la sécurité juridique de ce type d'opérations qui est en cause. Ce qui est discutable, c'est le fait d'autoriser des constructions selon une réglementation ou un mode d'appréciation des règles temporaire, mais dont on sait à l'avance que la caducité rendra certaines d'entre elles contraires aux règles d'urbanisme, ou générera *de facto* de nouveaux droits à bâtir pour les constructions sous-densitaires, avec comme effet de remettre en cause l'équilibre général du projet tel que conçu initialement par l'opérateur avec l'accord de l'administration. Cette situation n'est pas satisfaisante. La règle, ou bien l'application de la règle, a dû être adaptée pour rendre possible l'opération autorisée par l'administration. Cette adaptation résulte soit de l'approbation d'une demande, comme un règlement de lotissement, soit d'une approbation implicite en ne s'opposant pas, à travers le PLU, à l'appréciation globalisée des règles d'urbanisme sur le périmètre d'un PCVD ou d'un lotissement. La répartition différenciée de la densité constructible peut quant à elle soit être approuvée par l'administration directement par à travers le permis d'aménager ou des cahiers des charges de ZAC, soit s'imposer à elle par le biais du certificat du lotisseur, dont il est par ailleurs difficile d'affirmer s'il revête ou non un caractère réglementaire soumis à la même caducité que le règlement.

Si l'application différenciée de règles ont formaté la fabrication du tissu d'un groupe de bâtiments, voire d'un quartier tout entier, pourquoi donc prévoir leur caducité pour rendre de nouveau opposables des règles antérieurement fixées ? Les moyens sont nombreux pour l'administration d'adapter rapidement et facilement le règlement de son PLU afin de permettre la réalisation d'un projet en particulier, il existe notamment, pour ce faire, le dispositif de déclaration de projet. Mais force est de constater que trop souvent, on assiste à un dédoublement de la réglementation. L'opération se réalise selon des règles spécialement édictées ou par une appréciation

globalisée des règles d'urbanisme, tandis que l'opposabilité à la parcelle du règlement du PLU est suspendue momentanément.

Ce qu'il faudrait peut-être envisager, c'est que l'administration fasse siennes les règles ou prescriptions spécialement édictées dans le cadre d'une autorisation d'aménagement, de même que les modalités d'application de ces règles qui ont servi à la réalisation des constructions, en les insérant dans son PLU, de manière à ne plus produire de situation fort déstabilisante et brutale de « retour au droit commun ». Cela ne signifie pas que ces règles seront figées pour toujours, mais juste qu'elles deviendront des règles d'urbanisme ordinaires, qui pourront changer par la suite selon les modalités classiques d'évolution des documents d'urbanisme, et pourquoi pas selon la demande des acquéreurs. Il faudrait alors envisager un changement du mode d'adoption de telles règles spécifiques en complément des règles d'urbanisme en vigueur qui, comme nous l'avons souligné, échappent à toute procédure de transparence vis-à-vis des tiers et du public. Ainsi, si des règles spécifiques propres à une opération venaient à être adoptées, il faudrait alors prévoir l'organisation par exemple d'une enquête publique préalable, de manière à apporter toutes les garanties de transparence à une évolution des règles d'urbanisme.

Sur commande de l'Ordre des géomètres-experts, le GRIDAUH a publié récemment un rapport de recherche sur la place du contrat en urbanisme, en particulier s'agissant de la possibilité pour l'administration de contracter, avec des opérateurs privés, des engagements relatifs à la délivrance d'autorisations d'urbanisme ou même sur l'adaptation des règles d'urbanisme. L'étude se base sur une approche comparée de nombreuses législations européennes, et il ressort qu'un certain nombre d'entre elles donnent la possibilité d'avoir recours au moins à la négociation, même si les engagements pris ne se formalisent pas toujours sous forme de contrat. Nous pouvons citer cet extrait qui nous a paru particulièrement pertinent :

*« Contrairement à ce qu'il en est en France, où le principe de la négociation autour de la règle d'urbanisme n'est pas expressément admis, voire apparaît suspect, la plupart des systèmes juridiques étrangers voient dans cette faculté de négociation – et donc d'évolution de la règle – une étape normale pour la réalisation de projets immobiliers. Cette reconnaissance de la faculté de négociation offre d'importants avantages : cela permet, en toute transparence, à la collectivité publique de peser sur le projet initié par l'opérateur privé, cela facilite une certaine information des habitants sur les opérations en cours de négociation et il devient alors possible, comme cela est fait dans certains systèmes juridiques, de demander à l'opérateur de participer aux frais d'études liés à l'évolution de la règle. »*⁴⁷³

La réflexion portée à travers cette étude a pu mener à une série de pistes à explorer pour des réformes à venir. Pour autant, bien que très peu évoquée dans les textes, l'idée de négociation semble bel et bien exister dans la pratique. Il serait même illusoire de penser que les porteurs de projet ne prennent pas l'attache préalable des agents des services instructeurs, voire des élus, pour discuter de la faisabilité de leur projet, et explorer, si cela s'avère nécessaire, les moyens d'adapter la règle ou son mode d'application. Bien sûr, les échanges préalables ne sont encadrés par aucun formalisme, et aucun engagement écrit n'est généralement pris. Prenons par exemple le cas du règlement de lotissement. Si le Code de l'urbanisme l'appréhende comme un

⁴⁷³ Etienne Fatôme ; Rozen Noguellou, *Contrat et urbanisme*, Rapport, Décembre 2014, p. 9

document de nature réglementaire, il n'en demeure pas moins que ce document approuvé par l'administration est édicté par le lotisseur, qui le joint à sa demande d'autorisation de lotir. Il y a donc déjà une forme d'accord entre l'opérateur et l'administration. Les modalités d'évolution du règlement, prévues à l'article L. 442-10 du Code de l'urbanisme, participent elles-aussi de la même approche partenariale, en permettant à l'autorité administrative de procéder à la modification du règlement sur demande ou sur accord de la majorité des colotis.

Dès lors, la notion de « complémentarité aux règles d'urbanisme » n'aurait plus lieu d'être. Ce modèle de réglementation était de toute façon dépassé. La manière dont sont élaborés les PLU aujourd'hui, et *a fortiori* demain, ne justifie en effet plus vraiment d'y apporter des compléments. Le mode d'écriture du règlement de lotissement devrait en effet être modernisé comme vient de l'être celui du règlement du PLU. Ce document a été beaucoup trop utilisé depuis des décennies comme un règlement bis, rendant plus contraignantes, pour chaque lot, chacune des règles exprimées dans la grille des 14 articles, dans l'intention notamment réduire la densité constructible. Le règlement du lotissement de demain – qui tiendrait lieu de règlement de PLU selon notre proposition – pourrait être envisagé au contraire comme un document qui, avec une constructibilité identique à celle résultant de l'appréciation des règles d'urbanisme sur le périmètre de l'opération, prescrirait des implantations et une volumétrie des constructions répondant à une conception architecturale d'ensemble, que l'application des règles d'urbanisme à l'échelle de chaque lot n'aurait pas rendue possible. Ce serait faire de ce document le cristallisateur de l'appréciation globalisée des règles et de la répartition de la densité à l'échelle du périmètre d'une opération.

Cette manière de procéder rendrait *de facto* sans objet la possibilité, prévue au premier alinéa de l'article R. 151-21 d'édicter des règles alternatives sur certains périmètres de projet dès lors qu'y sont déposées des demandes conjointes de permis de lotir et d'aménager. Plutôt que d'ajouter encore des règles fixées unilatéralement en faveur soi-disant d'un urbanisme de projet, autant encourager la culture de la définition conjointe d'un projet par l'opérateur et l'administration, dont le règlement serait la traduction normative, approuvé conformément à une appréciation globalisée des règles d'urbanisme. En tenant lieu de règlement du PLU, le règlement de lotissement ainsi édicté ne devrait pas être, dans ces conditions, frappé de caducité, mais serait soumis aux mêmes procédures d'évolution que toute règle d'urbanisme, avec la participation éventuellement des propriétaires concernés lorsque l'on se situe dans un lotissement. Il faudrait alors pouvoir s'inspirer du mécanisme prévu par l'article L. 442-10 du Code de l'urbanisme, en permettant toutefois à l'autorité administrative d'avoir le dernier mot en cas de désaccord entre la majorité des colotis et l'autorité administrative quant à l'évolution des règles sur le périmètre du lotissement.

De manière plus générale, il peut être préconisé de mettre fin à la notion de documents de lotissement, qui n'a sans doute plus raison d'être aujourd'hui, et ce qu'il s'agisse de documents de nature réglementaire ou bien de nature contractuelle. Ce n'est pas parce qu'un périmètre de projet résulte d'une opération de lotissement, que les documents réglementaires ou contractuelles dont il fait l'objet doit avoir une nature spéciale, comme c'est le cas aujourd'hui. Il faut au contraire unifier le régime juridique de ces documents pour tout ensemble immobilier, sans tenir compte de la nature de l'opération qui en a été à l'origine. Ainsi, le nouveau règlement du lotissement que nous recommandons, c'est-à-dire celui qui vient établir un plan de

masse résultant d'une appréciation globalisée des règles d'urbanisme, ou bien d'une répartition de la densité et qui, une fois approuvée, tient lieu de règlement d'urbanisme du PLU pour la zone considérée, pourrait être étendu à toutes les autres opérations soumises à autorisation d'urbanisme qui n'ont pas été constitutives de lotissement, à savoir les remembrements réalisés par une AFU libre, les ensembles immobiliers résultant d'un PCVD et les divisions primaires, sachant que nous avons préconisé dans les précédents développements que les régimes de PCVD et de division primaire puissent fusionner. Si des terrains sont déjà bâtis ou en cours de construction au moment de leur division, le règlement n'aurait alors naturellement pour objet que d'encadrer leur évolution.

Plus ambitieux encore, un tel type de règlement pourrait également, de manière optionnelle, être présenté à l'administration pour approbation, comme pièce jointe à une demande de permis de construire portant sur une assiette multi parcellaire. Ainsi, le projet résultant de l'appréciation globalisée des règles d'urbanisme aurait pour objet de figer l'implantation et la volumétrie des constructions dans le périmètre du projet, étant entendu que les choses mises ainsi en l'état par l'opérateur deviendront le règlement du PLU pour le périmètre considéré. Cette manière de procéder pourrait permettre de mettre fin aux interrogations quant à la régénération des droits à bâtir des terrains sous-densifiés ou même non concernés par la construction bien qu'intégrés dans le terrain d'assiette de l'opération, sans compromettre pour autant l'évolution des ensembles ainsi bâtis, selon les modes classiques d'évolution des documents d'urbanisme.

Nous avons pu préconiser la création du permis de construire complexe, et même du permis d'aménager complexe, pour la réalisation d'ensembles immobiliers organisés selon une division volumétrique. Nous n'allons donc pas y revenir dans les détails. Mais si une évolution législative et réglementaire venait à être adoptée en ce sens, le règlement tel que nous le préconisons ci-dessus pourrait naturellement être étendu aux ensembles volumétriques, de manière à attacher à chaque volume des droits à bâtir qui lui sont propres.

La question d'une réglementation spécifique ne peut se poser exactement dans les mêmes termes s'agissant des opérations publiques d'aménagement. En effet, de telles opérations ne sont pas soumises à autorisation d'urbanisme et sont menées par des opérateurs disposant de prérogatives de puissance publique. Il n'en demeure pas moins qu'il revient à l'aménageur de ZAC de faire approuver des prescriptions techniques, urbanistiques et architecturales par l'administration, et qu'en matière de remembrement réalisé par une AFU autorisée ou constituée d'office, revêtant le caractère d'établissement public, c'est au préfet qu'il appartient de fixer des prescriptions d'urbanisme, et pas nécessairement à la demande justement de l'AFU. Nous avons précédemment émis la recommandation que puisse s'opérer une scission formelle entre le remembrement privé, c'est-à-dire celui réalisé par une AFU libre, et le remembrement public, c'est-à-dire celui réalisé par une AFU autorisée ou constituée d'office, et de rapprocher ce dernier de l'aménagement en ZAC.

Un rapprochement entre remembrement public et aménagement en ZAC, que nous appelons de nos vœux, passerait donc par une harmonisation du mode de définition de la constructibilité des terrains qui en résultent. Il faudrait alors idéalement ne plus parler de cahier des charges de cession de terrains, afin de ne pas entretenir de confusion avec le cahier des charges du lotissement. Ce que le Code de l'urbanisme désigne par cahier des charges de ZAC a en effet pour objet de joindre à l'acte de

cession de chaque terrain un document indiquant la surface de plancher constructible attribué audit terrain, à l'instar du certificat du lotisseur. Accessoirement, ce document peut fixer des prescriptions techniques, urbanistiques et architecturales. Certes, le juge judiciaire a pu admettre, dans plusieurs cas d'espèce, que par l'effet de la stipulation pour autrui, les acquéreurs avaient entendu contracter entre eux des obligations réciproques. Nous sommes d'avis que de telles décisions sont sans doute liées à l'amalgame qui peut être entretenu avec le cahier des charges du lotissement et qui n'a pas lieu d'être. Le cahier des charges de ZAC est en effet un document de nature réglementaire du fait de son approbation. Par ailleurs, nous préconisons d'élargir au remembrement public, réalisé par une AFU autorisée ou constituée d'office (que nous avons proposé de rebaptiser établissement foncier urbain), la possibilité de moduler la densité comme en matière de ZAC, et que l'opérateur soit nécessairement associé à l'édiction des prescriptions d'urbanisme. Ainsi, nous proposons d'octroyer à ces deux types d'opérateurs la possibilité d'émettre un « certificat de constructibilité et de prescriptions d'urbanisme », approuvé par l'administration, pour la cession ou la réattribution de chaque terrain aménagé et/ou remembré. Ces conditions deviendraient également des règles d'urbanisme du PLU, à l'instar de ce que nous avons préconisé pour le règlement des projets d'aménagement privé. Elles ne seront donc pas frappées de caducité, mais seront modifiables selon les procédures classiques d'évolution des règlements de PLU.

Quant aux documents purement contractuels régissant les rapports entre propriétaires de terrains situés dans un périmètre de lotissement ou même de toute autre opération de division non-constitutive de lotissement, nous appelons à une réforme par laquelle le législateur affirmerait la nullité de toute clause venant limiter le droit de construire édictée sous forme de règles à caractère générale et impersonnelle, ce que la loi semble qualifier aujourd'hui de clauses de nature réglementaire. Autrement dit, les règles privées d'urbanisme doivent être réputées non-écrites, et nous assumons l'idée qu'il ne s'agit pas là d'une atteinte disproportionnée au droit des contrats, ni au droit de propriété. La nullité de clauses de règlements de copropriété est quasi-quotidiennement prononcée par les juridictions civiles sans que cela ne fasse sourciller la doctrine. Pourquoi en serait-il autrement du cahier des charges ?

Nous clamons ici que seule la conclusion de servitudes conventionnelles telles que prévues par le Code civil, c'est-à-dire ni collectives, ni réciproques, mais supposant des fonds dominant distincts des fonds servants, et présentant une utilité objective aux propriétaires de fonds dominants identifiés, est à même de justifier une limitation contractuelle du droit de construire, à condition naturellement que celles-ci soient publiées. Le cahier des charges ne pourrait alors comprendre que de véritables servitudes, ou bien des obligations réelles, dites *propter rem*, mais en aucun cas des prescriptions de nature réglementaire. Si les opérateurs souhaitent protéger les acquéreurs en fixant des limitations privatives du droit de construire, il pourrait alors être envisagé qu'un réseau de servitudes multiples puisse être institué à l'échelle d'un projet d'aménagement, qu'il s'agisse d'un lotissement ou d'une de ses alternatives. La modification ou l'extinction d'une charge réelle ne relèvera donc que du fait des propriétaires directement concernés, et non de chaque propriétaire de terrain situé dans le périmètre d'une opération qui a pu être réalisée un jour passé.

Enfin, il apparaît nécessaire de dépasser cette assimilation du cahier des charges au lotissement qui n'a plus de raison d'être aujourd'hui. Nous avons pu voir que des cahiers des charges avaient pu être édictés dans tous types d'opérations, pas nécessairement constitutives de lotissement. De ce fait, en fonction de la nature de

l'opération qui est à l'origine de son édiction, le régime juridique du cahier des charges diffère. Il convient donc d'exclure le cahier des charges du chapitre du Code de l'urbanisme relatif au lotissement, et de l'insérer ailleurs, dans des dispositions génériques.

En dépit des éléments de langage qui ont pu être exprimés depuis de nombreuses années aussi bien dans les discours publics que dans la doctrine ministérielle sur la nécessité de densifier, de reconstruire la ville sur la ville pour lutter contre le développement urbain, et plus récemment sur la notion de projet au service de la règle, il semblerait finalement que le droit de l'urbanisme ait toujours poursuivi une dynamique d'urbanisme de projet. Les nombreuses réformes législatives et réglementaires adoptées depuis un siècle, voire davantage, ont toujours eu comme ambition de transcender l'approche de la construction à la parcelle pour favoriser l'approche de la construction à l'îlot. Déjà sous l'ère haussmannienne, les ingénieurs dessinaient l'emprise constructible de chaque îlot avant même que ne soient divisés et cédés les parcelles. Chaque acquéreur était donc tenu de construire sa parcelle selon des règles strictes d'implantation et de gabarit, de manière à insérer son immeuble dans un tout organisé en amont à l'échelle de l'îlot. Les règles applicables à chaque parcelle étaient donc le résultat de l'expression préalable d'une morphologie urbaine et ne résultait pas de l'application arithmétique de différentes règles d'urbanisme. Et nous pouvons analyser la plupart des interventions du législateur comme la recherche de cette philosophie d'urbanisme de projet, par laquelle on définit en amont une morphologie d'ensemble, avant de laisser chaque propriétaire construire sa parcelle en s'y insérant. Le cahier des charges approuvé du lotissement, puis son règlement, le report de COS, l'opération de ZAC en elle-même et le PCVD, les prescriptions d'urbanisme dans un périmètre de remembrement, l'appréciation globalisée des règles d'urbanisme, le terrain d'assiette multi parcellaire, ont un dénominateur commun : s'affranchir de l'application de règles à la parcelle pour concevoir un projet à l'échelle d'un périmètre.

Sauf que face à cette superposition de procédés supposés transcender l'urbanisme à la parcelle, on a une réalité juridique incontournable qu'est le droit de propriété, qui renvoie à l'image d'Epinal du petit propriétaire qui, fort de son droit inaliénable et sacré, érige sa maison sur sa parcelle de terre. Dans un entretien accordé en 2008, Vincent Renard avait parfaitement résumé cette forme de schizophrénie sociologique qui se reflète dans notre droit :

« En ce qui concerne le rapport à la propriété et au respect du foncier et des règles de droit, j'ai plutôt le sentiment que le clivage n'est pas tant un clivage droite/gauche qu'un clivage archaïques/modernes, c'est-à-dire celui qui oppose les défenseurs de la « petite propriété traditionnelle méritante » respectueux de l'histoire et du parcellaire et les partisans d'une modernisation du système qui permet de restructurer le foncier, de s'abstraire du cadastre, de restructurer l'espace »⁴⁷⁴.

Il nous apparaît donc pertinent de conclure la présente thèse en s'interrogeant sur la constructibilité des propriétés foncières à la lumière du clivage entre archaïques et modernes. En fait, il existe deux espèces de propriétaires : le particulier qui construit pour lui-même et sa famille, et le professionnel qui construit pour les autres. Pour le

⁴⁷⁴ Vincent Renard, *L'urbanisme et le foncier, la déconnexion entre le spatial et la finance*, (propos recueillis par Olivier Mongin), Editions Esprit, 2008/2, pp. 92-102

premier, le rapport à la propriété peut être de l'ordre de l'affectif voire du passionnel, pour le second, il ne s'agit que d'un actif financier. Mais il n'existe qu'un seul corpus normatif qu'est le Code de l'urbanisme, et qui penche résolument, et plus que jamais, en faveur de l'abstraction du cadastre et d'une structuration de l'espace faisant fi des limites de propriété.

TABLE DES MATIERES

Introduction : l'évolution historique du droit de construire

1. Le droit de construire comme attribut du droit de propriété
2. De la limitation du droit de construire à la règle d'urbanisme

Développement : la constructibilité des propriétés foncières en droit positif : de la norme unilatérale au contrat

Partie I : La détermination unilatérale de la constructibilité

Chapitre 1 – La règle d'urbanisme comme quantificateur des droits à bâtir

Section 1 – Les règles de densité de construction

§ 1 – Le coefficient d'occupation des sols

§ 2 – L'emprise au sol

Section 2 – Les règles métriques dessinant l'enveloppe de la construction

§ 1 – L'implantation des constructions

§ 2 – Le gabarit

§ 3 – La hauteur

Section 3 – Les règles de superficie minimale de terrain constructible

Chapitre 2 – La flexibilité de la règle d'urbanisme

Section 1 – Les dérogations aux règles d'urbanisme

Section 2 – Les dispositifs de majoration des droits à bâtir

§ 1 – La majoration en faveur du logement

A – En faveur de constructions à usage d'habitation

B – En faveur de logements sociaux

C – En faveur de logements intermédiaires

§ 2 – La majoration en faveur de la performance énergétique et environnementale

Partie II – Le cadre d'application de la constructibilité

Chapitre 1 – Le terrain d'assiette des projets soumis à autorisation d'urbanisme

Section 1 – L'assiette des autorisations d'urbanisme de droit commun

§ 1 – L'assiette du permis de construire

A – Le critère de contiguïté

B – Le critère d'unité de l'ensemble architectural

§ 2 – Le terrain d'assiette du permis d'aménager

A – Le périmètre du lotissement

B – Le périmètre du remembrement

Section 2 – L'assiette des permis de construire dans les opérations complexes

§ 1 – L'assiette de l'opération de division primaire

§ 2 – L'assiette du PCVD

§ 3 – L'assiette d'un lot de copropriété horizontale

§ 4 – L'assiette volumétrique

Chapitre 2 – L'application différenciée des règles d'urbanisme

Section 1 – Les règles spécifiques d'urbanisme

§ 1 – Le règlement de lotissement

§ 2 – Les prescriptions d'urbanisme

	A – Les prescriptions d’urbanisme en AFU
	B – Les prescriptions techniques, urbanistiques et architecturales en ZAC
Section 2 – L’appréciation globalisée des règles d’urbanisme	
§ 1 – Dans le cas du PCVD	
§ 2 – Dans le cas du lotissement	
Section 3 – Le report de constructibilité	
§ 1 – La répartition de la densité en lotissement	
§ 2 – La répartition de la constructibilité par îlots en ZAC	
Partie III – La privatisation de la constructibilité	
Chapitre 1 – Les contrats susceptibles de limiter le droit de construire	
Section 1 – Le cahier des charges	
Paragraphe préliminaire. - L’historique du cahier des charges	
§ 1 – La nature juridique du cahier des charges	
A – Un acte juridique collectif	
B – Le caractère réel des clauses du cahier des charges	
C – La question de la publication du cahier des charges	
D – La notion de servitude collective	
§ 2 – Les règles d’évolution du cahier des charges	
A – La péremption du cahier des charges	
B – Les procédures d’évolution du cahier des charges	
Section 2 – Le règlement de copropriété	
§ 1 – La densité constructible du lot transitoire	
§ 2 – Les droits à bâtir résiduels du lot de copropriété horizontale	
Chapitre 2 – Les contrats de cession des droits à bâtir	
Section 1 – Le transfert de constructibilité	
Paragraphe préliminaire – L’historique du transfert de constructibilité	
§ 1 – La nature juridique du contrat de transfert	
§ 2 – Les effets du transfert	
Section 2 – La cession artificielle de droits à bâtir	
§ 1 – L’objet du contrat de cession artificielle de droits à bâtir	
§ 2 – La cause du contrat de cession artificielle de droits à bâtir	

BIBLIOGRAPHIE

I. DICTIONNAIRES ET ENCYCLOPEDIES

BENOIT-CATTIN, Philippe, *Lotissements – Règlement et cahier des charges*, JCP Constr. – urb., fasc. 32-14, 2008

CARON, Ch. ; RANOUIL, V., *Propriété*, JCP Civil Code, Art. 544, fasc. 10, ancienne version 2001

CORNU, Gérard, (ss dir.), *Vocabulaire juridique* : PUF, 8e éd. 2007

COURRECH, Jean, *Reports et transferts de COS*, JCP Constr. – Urb., fasc. 8, 2005

DROSS, William, *Propriété. – Droit d'accession sur ce qui s'unit ou s'incorpore aux choses immobilières. – Constructions, plantations et ouvrages*, JCP civil, fasc. unique, 2010

HUGOT, Jean, *Associations foncières urbaines – Champ d'application et caractéristiques*, JCP Constr. – urb., fasc. 20-10, 2006, (mise à jour 2012)

HUGOT, Jean, *Remembrement amiable de terrains destinés à la construction d'immeubles à usage d'habitation*, JCP Construction-Urbanisme, fasc. 19-10, 1995, (mise à jour 2006)

JEGOUZO, Yves, *Dictionnaire pratique de droit de l'urbanisme*, Éd. Le Moniteur 2011

LAFOND, Jacques, *Etat descriptif de division. – Établissement. – Règles de publicité foncière*, JCP Constr. – Urb., fasc. 101, 2016

LAFOND, Jacques, *Copropriété. – Programmes immobiliers évolutifs*, JCP Constr. – Urb., fasc. 90-50, 2009, (mise à jour 2013)

LE RUDULIER, Nicolas, *Division en volumes. – Construction et gestion*, JCP Constr. – Urb., fasc. 107-20, 2013

LE RUDULIER, Nicolas, *Division en volumes. – Nature et principes*, JCP Constr. – Urb., fasc. 107-10, 2013

LIET-VEAUX, Georges, *Plan local d'urbanisme – contenu légal*, JCP Constr. – Urb., fasc. 7-51, 2012

LIET-VEAUX, Georges, *Plan local d'urbanisme. – Interprétation des documents d'urbanisme*, JCP Administratif, fasc. 445-33, 2007, mise à jour 2010

LIET-VEAUX, Georges, *Servitudes administratives – théorie générale*, JCP Administratif, fasc. 390, 2011

- LIET-VEAUX, Georges, *Servitudes administratives – Grandes catégories*, JCP Administratif, fasc. 392, 2011
- LIET-VEAUX, Georges, *Urbanisme. – Définitions. Principes. Orientation*, JCP Construction – urbanisme, fasc. 6-4, 2011
- MARIE, Soazic, *Zone d'aménagement concerté*, JCP Administratif, fasc. 549, 2013
- PERIGNON, Sylvain, *Permis de construire valant division*, JCP Constr. - Urb, fasc. 27-50, 2012
- PIN, Xavier, *Quasi-contrats. – Enrichissement sans cause. – Fondements de l'action en restitution de l'enrichissement sans cause*, JCP civil, fasc. 10, 2007
- PETIT, Bruno, ROUXEL, Sylvie, *Contrats et obligations – Définition et classification des contrats*, JCP Civil Code, fasc. unique : Art. 1101 à 1108-2, 2013
- ROUVIERE, Frédéric, *Servitudes. – Servitudes du fait de l'homme. – Exercice*, JCP Géomètre expert – foncier, fasc. 30, 2013
- SANTONI, Laetitia, BENOIT-CATTIN, Philippe, *Lotissements. – Définition juridique. – Champ d'application*, JCP Construction-urbanisme, fasc. 32-4, 2012,
- TREMEAU, Jérôme, *Propriété - Fondement constitutionnel du droit de la propriété*, JCP Civil Code, art. 544, fasc. 20, 2009
- TRICOIRE, Jean-Philippe, *Servitudes. – Définition. Eléments constitutifs. Conditions d'existence. Caractères. Classifications*, JCP Géomètre-expert – foncier, fasc. 10, 2010
- VIGNERON, Guy, *Constructions nouvelles. – Surélévation*, JCP Copropriété, fasc. 96, 2012

II. TRAITES, COURS ET MANUELS

- ATIAS, Christian, *Le guide de la copropriété des immeubles bâtis*, 5^e éd., Dalloz, 2014, 1018 p.
- AUBRY, Charles ; RAU Charles, *Droit civil français*, T. III par ESMEIN Paul, 7^e éd., 1968
- BOUYEURE, Jean-Robert, *Les travaux dans la copropriété*, Immobilier, Droit et gestion : Sirey 1989
- CATHELINEAU, Jean ; VIGUIER, Jean-Léon ; CORNILLE, Patrice, *Technique du droit de l'urbanisme*, 4^e éd., Litec, 1993
- HALPERIN, Jean-Louis, *Histoire du droit des biens*, Paris, Economica, 2008, 370 p.

HOCREITERE, Patrick, *Le plan local d'urbanisme*, Berger-Levrault, 2004, 698 p.

LEVY, Jean-Philippe. ; CASTALDO, André, *Histoire du droit civil*, 2^e éd., Précis, Dalloz, 2010

MARTY, Gabriel ; RAYNAUD, Pierre, *Droit civil*, T. II, « *Les biens* », 1967

PLANIOL Marcel ; RIPERT Georges, *Traité pratique de droit civil français*, Tome III, « *Les biens* » par PICARD Maurice, 2^e éd., 1952

TERRE, François ; SIMLER, Philippe, *Les biens*, Paris : Dalloz, 7^e éd. 2006

TERRE François ; SIMLER Philippe ; LEQUETTE Yves, *Les obligations*, Précis, Dalloz, 10^e éd., 2009

III. OUVRAGES, THESES ET MONOGRAPHIES

ABERKANE, Hassen, *Essai d'une théorie générale de l'obligation propter rem en droit positif français*, Thèse, Alger, 1957

ADEF – Association des études foncières (ouvrage collectif), *La règle et l'urbanisme*, éd. ADEF, 1987, 351 p.

BERGEL, Jean-Louis, *Les servitudes de lotissement à usage d'habitation*, Thèse, Aix-en-Provence, LGDJ, 1973

BOURDON, Franck ; PERIGNON, Sylvain, *Surface de plancher et densité de construction*, éd. Le Moniteur, 2012, 239 p.

BRANDI PARHAD, Carmela, *Les servitudes du lotissement à l'épreuve du droit immobilier contemporain*, Thèse, Nice, 1998

CABRILLAC Rémy, *L'acte juridique conjonctif en droit privé français*, Thèse, Montpellier, LGDJ, 1990

CARPENTIER, Elise (sous la direction de), *La question prioritaire de constitutionnalité et l'aménagement du territoire*, Les cahiers du GRIDAUH, Série Droit de l'aménagement, n °22, 2011

GILLI, Jean-Paul ; CHARLES, Hubert ; de LANVERSIN, Jacques, « *Les grands arrêts du droit de l'urbanisme* » 4^e édition, Dalloz, 1996

GRIDAUH - Groupement de recherche sur les institutions et le droit de l'aménagement, de l'urbanisme et de l'habitat (sous la direction d'Henri Jacquot), *La dimension juridique de l'écriture du plan local d'urbanisme*, Les cahiers du GRIDAUH n°23, 2013

- JUGLART (de), Michel, *Obligation réelle et servitudes en droit privé français*, Thèse, Bordeaux, 1937
- LEBRETON, Jean-Pierre, « *Conclusion* », In Sébastien Lamy, *La règle d'urbanisme*, éditions de l'Alba, Beyrouth, 2015
- LOUIS-LUCAS, Paul, « *Le droit de construire* », In ADEF (ouvrage collectif), *La règle et l'urbanisme*, éd. ADEF, 1987, pp. 228 à 232
- PEISSE, Olivier, « *Lotissement et copropriété* », Thèse, Aix-en-Provence, 2002
- PERIGNON, Sylvain, *Nouveau régime des divisions foncières*, 2ème édition, Ed. Le Moniteur, Paris, 2013, 231 p.
- PIRON, Olivier, *L'urbanisme de la vie privée*, Bibliothèque des territoires, Ed. de l'aube, 2014, 208 p.
- RENARD, Vincent, *L'urbanisme et le foncier, la déconnexion entre le spatial et la finance*, (propos recueillis par Olivier Mongin), Editions Esprit, 2008/2 – février, pp. 92-102
- RICHARD David, *De la propriété du sol en volume*, Thèse, Paris, 2015
- RIPERT, Georges, *De l'exercice du droit de propriété dans ses rapports avec les propriétés voisines*, Thèse, Aix, 1902
- RIPERT, Georges, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4e éd., LGDJ, 1949, réédité en 2013, 424 p.
- RIVALLAND, Jean-Marie, *Les charges d'urbanisme*, LGDJ, 1969, 357 p.
- ROUJOU DE BOUBÉE, Gabriel, *Essai sur l'acte juridique collectif*, LGDJ, 1961, 328 p.

IV. ARTICLES ET CHRONIQUES

A. Articles de revues

- AUBY, Jean-Bernard, « *Réflexions sur les caractères de la règle d'urbanisme* », RDI 1995, p. 39
- BENOIT-CATTIN, Philippe, « *Transfert partiel de permis* » : Constr. - urb. n°4, 2003
- BERGEL, Jean-Louis, « *Évolution ou éviction des règles des lotissements ?* » RDI 2014, p. 496
- BERGEL, Jean-Louis, « *Les clauses du cahier des charges régissant les constructions ont un caractère contractuel et échappent à la caducité des règles d'urbanisme des lotissements* », RDI 2016, p. 223

BERLY, Jean-Michel, « *Le caractère définitif du permis de construire* » : RDI 2004, p. 402-403

BONNARD, Alice, « *Le charme discret des AFU de remembrement* », Etudes foncières, 1994, n°64, p. 25

BOUYSSOU, Fernand, « *La copropriété horizontale sans division en jouissance : mythe, réalité ou fraude* » : RDI 1996, p. 329

CAPOULADE, Pierre, « *Aspects récents de la jurisprudence judiciaire en matière d'urbanisme* », RDI 1994, p. 185

CAPOULADE, Pierre ; GIVERDON Claude, « *Propos sur les ensembles immobiliers* », RDI 1997, p. 161

CARPENTIER, Elise, « *La définition du lotissement. - Version 1.3.12* », La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 11, 16 Mars 2012, 1128

CARPENTIER, Elise ; TREMEAU, Jérôme, « *Le contrôle urbanistique des divisions foncières et le nouveau lotissement* » : RFDA 2012, p. 876 et s.

CARPENTIER, Elise, « *Le règlement du PLU 'alourdi'* », BJDU n° 3/2016, p. 175

CHANEAU, Guillaume, « *Le Conseil d'État fixe les règles applicables aux permis de construire délivrés dans les lotissements* », La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales n° 29, 20 Juillet 2015, 2237

CORNILLE, Patrice, « *Cahier des charges en référé : Cour de cassation versus loi ALUR ?* », Constr. - urb. n° 3, 2016, p. 30

CORNILLE, Patrice, « *Copropriété et lotissement : une cohabitation difficile* », La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 25, 20 Juin 1997, p. 871

CORNILLE, Patrice, « *De l'impact sans précédent de la loi ALUR sur le dossier du lotissement* », Constr.-urb, mai 2014, dossier n° 7

CORNILLE, Patrice, « *La mairie peut imposer la mise en concordance d'un cahier des charges devenu purement contractuel* », Const.-urb n° 12, 2013

COUPINOT, Claire-Lise, « *En finir avec les cahiers des charges ?* », BJDU 6/2014, p. 429 et s.

DAGOT, Michel, « *La clause d'habitation bourgeoise* », JCP 1967.I2108

DALBIN, Jean-François, « *Copropriété par phases, lot transitoire* », Droit et ville, IEJUC, n°72/2011

DALBIN, Jean-François, « *Prise en compte de la volumétrie dans l'application du droit des sols* », Constr. - urb. n° 12, 2013, étude 15

DALIGAUX, Jacques ; MINVIELLE, Paul, « *Ressuscitons le transfert de COS ! Pour protéger l'agriculture* », Etudes foncières n° 156, mars-avril 2012, p. 24

DELPERIER, Jean-Marie, « *Les règles d'urbanisme applicables à la revente d'un bien dépendant d'un lotissement* », Defrénois n° 10/03, p. 655

DRIARD, Jacques-Henri, « *Unité foncière et détermination des droits à bâtir* », La semaine juridique notariale et immobilière n° 41, 9 oct. 1998, p. 1450

DUBOIS-MAURY, Jocelyne, « *Le transfert de coefficient d'occupation des sols : un outil de protection des espaces naturels* », Norois, n° 119, 1983, p. 395

DUCOURAU, Rebecca, « *La procédure de modification du cahier des charges de lotissement* », JCP N, 25 mai 2007, p. 1180

DURAND, Stéphane, « *Le contentieux du lotissement. - La violation des documents du lotissement* », La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 15, 11 Avril 2003, 1267

DUTRIEUX, Damien, « *Majoration des droits à construire : mise à mort d'une réforme moribonde ?* », La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 35, 2012, n° 776

DUTRIEUX, Damien, « *Une nouvelle définition de la division primaire ?* » : Actes pratiques et ingénierie immobilière, n° 2, 2012, p. 1

FAVIER, Pierre ; LAMY, Sébastien, « *Moderniser les associations foncières urbaines* », Etudes foncières, 2013, n° 163, p. 4 et 5

GILLIG, David, « *Violation des stipulations du cahier des charges d'un lotissement : quelles conséquences ?* », La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 9, 4 mars 2016, 1091

GODFRIN, Gilles, « *La servitude de cour commune : 50 ans d'incertitude* », Constr. – Urb. n° 4, 2008, étude 4

GODFRIN, Gilles, « *Pérennité des servitudes d'anciens cahiers des charges de cession de terrain* », Constr.-Urb. n° 7, 2010

GODFRIN, Gilles, « *Remembrement urbain : le statu quo* », Constr. – urb. n° 11, 2006, étude 19

GOUTELIER, Lionel, « *La privatisation des règles d'urbanisme des lotissements* », BJD 6/2013, p. 411

GUILLERMAIN, Jacques, « *Le règlement des questions de cours communes : l'aspect pratique* » : REDI 1967, p. 29

JEGOUZO, Yves, « *L'impact de la loi SRU sur la nature du droit de l'urbanisme* », BJD, n° 4/2001, p. 226

LAFOND, Jacques, « *La clause du règlement de copropriété concernant la destination de l'immeuble* », La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 1, 6 Janvier 2006, 1001

LAMY, Sébastien, « *L'association foncière urbaine de projet* », Actes pratiques et ingénierie immobilière, 1/2015, p. 48 à 52

LAMY, Sébastien, « *Les dispositifs de majoration des droits à bâtir* », Constr. - urb. n° 3, 2016, étude 4

LAPORTE-LECONTE, Stéphanie, « *Le rapprochement des servitudes de droit privé et des servitudes de droit public, contribution à l'évolution de la notion de servitude* », Actes pratiques et ingénierie immobilière, 3/2014

LAPORTE-LECONTE, Stéphanie, « *Les autorisations d'urbanisme dans les montages en volumes* », Actes pratiques et ingénierie immobilière, 3/2013

LARRALDE Dominique, « *De l'inutilité du COS* », Constr.-urb. n° 4, 1998, p.5

LEBRETON, Jean-Pierre, « *Le droit de l'urbanisme : de l'organisation générale de l'utilisation des espaces urbains à la garantie d'octroi du droit de construire ?* », Constr. – urb. n° 7-8, Juillet 2007, colloque 18

LE MARCHAND, Claudine, « *Loi du 9 février 1994 portant diverses dispositions en matière d'urbanisme et de construction. – Commentaire* », La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 20, 20 Mai 1994, 2981

LE RUDULIER, Nicolas, « *Le lotissement du ciel. – Division en volumes et règles de scission de la propriété foncière* » : JCP N 2011, 1120

LE RUDULIER, Nicolas, « *Lotissement : conditions de la contractualisation des règles d'urbanisme* », AJDI, 2012, p. 602

LIET-VEAUX, Georges, « *Le débat sur les densités constructibles en cas de distractions de parcelles* », La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 36, 6 Septembre 2002, 1481

LIET-VEAUX, Georges, « *Les cahiers des charges-types et les cessions d'immeubles dans les Z.A.C.* », La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 2, 12 Janvier 1990, 100066

LIET-VEAUX, Georges, « *Liberté et droit de construire* » : Rev. adm. 1992, p. 185

LIET-VEAUX, Georges, « *Réflexion sur les règles civiles de police collective dans les ensembles immobiliers* », La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 40, 3 octobre 1997, 4134, p. 1204

LIET-VEAUX, Georges, « *Réflexions sur les exceptions et les dérogations* », RDI, 1995, p.1

LUGHERINI, Jean-Michel ; GUINOT, Vincent, « *Le lotissement soumis à déclaration préalable : éléments de réflexion sur quelques questions en suspens* », Constr. – Urb. n° 6, 2009, étude 10

LUGHERINI, Jean-Michel, WORMSER, Emmanuel, « *ALUR, COS, superficies minimales et droits à construire dans les opérations de lotissement en cours* », Constr.-Urb n° 6, 2014, étude 5

MARIE, Soazic, « *Le principe de mutabilité et le droit de l'urbanisme* », Constr. – Urb. n° 10, 2015, étude 13

MAS, Jean-Paul ; CALMELS, Louis, « *Unité foncière, droit de construire et démembrement de propriété* », Constr. – Urb. n° 6, 2007, étude 12

MEILLER, Éric ; COLLARD, Fabrice, « *Le droit des servitudes, de la jurisprudence récente à la pratique notariale* », La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 39, 25 Septembre 2015, 1169

MENG, Jean-Philippe, « *Les corrections apportées aux régimes d'autorisation des lotissements* », La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 11, 16 Mars 2012, 1129

MENG, Jean-Philippe, « *Vers un régime du lotissement plus lisible* » : BJDU 6/2011, p. 430

MONTREDON, Jean-François, « *Les techniques de construction en surdensité* », La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 5, 5 Février 1993, 2497, n° 8

NAQUET, (prénom non-identifié), *Revue de la législation française et étrangère*, 1874, p. 200 (cité par Jean-Louis Bergel dans sa thèse, au sujet des servitudes)

NOGUELLOU, Rozen, « *L'effectivité du droit de l'urbanisme en question* », RDI, 2016, p. 237

NOGUELLOU, Rozen, « *Les servitudes de lotissement vont-elles vraiment disparaître ?* », RDI 2015, p. 234

NOGUELLOU, Rozen, « *Qui comprend ce qu'est l'état du droit dans les lotissements ?* », Droit administratif, janvier 2016, n° 1

PERIGNON, Sylvain, « *Gestion de la densité par le lotisseur* », La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 22, 1er Juin 2012, 1240

PERIGNON, Sylvain, « *Mise en concordance du cahier des charges d'un lotissement avec le plan local d'urbanisme* », AJDA 2012, 2236

- PERIGNON, Sylvain, « *Peut-on vendre des 'droits à construire' ?* » : Defrénois 1993, art. 35486
- PERIGNON, Sylvain, « *Vers une nouvelle définition du lotissement* » : Defrénois 1991, art. 35086
- PERINET-MARQUET, Hugues, « *Les autorisations de construire ou d'aménager délivrées à plusieurs personnes, première approche* », Constr. – Urb. n° 6, 2008, étude 6,
- PERINET-MARQUET, Hugues, « *Un cavalier désarçonnant : à propos de l'article L. 128-1 du Code de l'urbanisme* », Constr. – Urb. n° 3, 2011, repère 3
- PERO AUGERAU-HUE, Marie-Hélène ; BOUDEVILLE, Olivier, « *La disparition du COS et de la SMTC. - Fin d'une restriction au droit de construire ?* », La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 21, 27 Mai 2016, 1171
- PETIOT, Rémy, « *Une simplification qui complique la procédure de lotissement* », Etudes Foncières, 2007, n°127
- PIRON, Olivier, « *La densification acceptée* », études foncières, n°119, 1/2006
- RAUNET, Michèle, « *Une mesure annoncée depuis 14 ans : la suppression du COS* » Le bulletin de Chevreux notaires, édition spéciale, juillet 2014 p. 41 et s.
- RAUNET, Michèle, « *Zone d'aménagement concerté et plan local d'urbanisme* », AJDA 2003, p. 1557
- RENARD, Vincent, « *Où en sont les systèmes de transfert de COS, Etudes foncières* », 1999
- ROUAST, André, « *L'enrichissement sans cause et la jurisprudence civile* » : RTD civ. 1922, p. 35 s., n° 14
- ROUX, Jean-Marc, « *L'immeuble bâti et le régime de la copropriété* », Constr. - urb. n° 10, 2008, étude 12
- SANTONI, Laetitia, « *Division primaire et assiette du permis de construire* », Constr. - Urb. n° 1, 2014, p. 20
- SANTONI, Laetitia, « *La division d'un terrain bâti en vue de construire est un lotissement* », Constr. – Urb. n° 4, 2013
- SIMON, Thomas, « *Dans un lotissement, l'application globalisée des règles d'urbanisme ne 'concerne' que le lotisseur. Et tant pis pour les colotis* », Constr. - urb. n° 1, 2014
- SIZAIRE, Daniel, « *Copropriété et servitudes : la fin d'un tabou ?* », Constr. - Urb. n° 9, 2004, comm. 161

SIZAIRE, Daniel, « *Sur l'utilisation du statut de la copropriété des immeubles bâtis pour la gestion des voies privées, cours ou jardins communs dépourvus d'organisation* », Gaz. Pal. 16 juillet 1985, doct. p. 411

SIZAIRE, Daniel ; LIET-VEAUX, Georges, « *Le permis de construire et le statut de la copropriété des immeubles bâtis* » : AJDA 1988, p. 374,

SOLER-COUTEAUX, Pierre, « *La possibilité de demander des autorisations d'urbanisme à plusieurs* », RDI 2009, p. 23

SOLER-COUTEAUX, Pierre, « *L'article R. 123-10-1 du code de l'urbanisme s'applique à l'instruction tant des autorisations de lotissement que des permis de construire déposés sur les lots* », RDI 2014, p. 655

SOLER-COUTEAUX, Pierre, « *L'unicité de l'autorisation de l'ensemble immobilier indivisible* », RDI n°3, 2008, p. 128 et s.

SOLER-COUTEAUX, Pierre, « *Le décret du 28 décembre 2015 : une refondation du PLU* », RDI 2016.197

STEMMER, Bernard, « *Le transfert du permis de construire se fait sans modification des conditions de la demande* », La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 8, 24 Février 1995, p. 329

STEMMER, Bernard, « *Plaidoyer pour la copropriété horizontale, Quand le mieux devient l'ennemi du bien* » : JCP N 1982.1.8450

TOMASIN, Daniel, « *Retour sur la distinction entre le lotissement et la copropriété* » Dr. et ville 1995, n° 40, p. 5

TREMEAU, Jérôme, « *Comment distinguer un cahier des charges d'un règlement ?* » BJD, 2/2013, p. 117

TREMEAU, Jérôme, « *Le cahier des charges du lotissement, un tigre de papier ?* » AJDA 2013, p. 2509

VIGNERON, Guy, « *Possibilité de construire* », Loyers et Copropriété n° 5, 2015

WORMSER, Emmanuel, « *Faut-il toujours prévoir un plan de division dans le permis d'aménager ?* », Constr. – urb. n° 9, 2012, étude 8

ZURFLUH, Albert, « *La surélévation des maisons individuelles en copropriété* » : Inf. rap. copr. 1982, p. 195

B. Commentaires de jurisprudence

BERGEL, Jean-Louis, note sous Cass. 3e civ., 15 déc. 1999, n° 97-22.161, P, Sté Samas : RD imm. 2000, p. 147

CHARLES, Hubert, note sous Cass. civ. 3ème, 30 juin 1993, n° 90-19672 : DS, 1994, p. 173

GIVERDON, Claude, note sous Cass. 3e civ., 15 nov. 1989 : D. 1990, p. 218

LIET-VEAUX, Georges, note sous CE, 7 octobre 1964 et 8 janvier 1965, JCP 1965.II.14090

MENG, Jean-Philippe, sous C.A.A. Lyon, 18 février 2003, Cne du Breuil-sur-Couze,; Defrénois, 30 octobre 2003 n° 20, p. 1328

TOUVET, Laurent, Observations sous CE, 28 juin 1996, M. Durnez, n° 164480, BJDU 3/1996, p. 182

TREMEAU, Jérôme, Observations sous CE, 15 octobre 2014, Asezat La Gaude, n° 349775, BJDU 3/2015, p. 169

TREMEAU, Jérôme, Observations, sous CE, 9 avril 2015, Commune de Tassin-la-Demi-Lune, n° 372011, BJDU, 4/2015, p. 260

TREMEAU, Jérôme, Observations sous CE, 24 février 2016, Commune de Pia, n° 383079, BJDU 3/2016, p. 191

C. Conclusions sous arrêt

BURGUBURU, Julie, Conclusions, sous CE, 17 juil. 2009, ville de Grenoble, n°301615, BJDU 2009, p. 275

DECOURT-PAOLINI, Rémi, Conclusions, sous CE, 9 avril 2015, Commune de Tassin-la-Demi-Lune, n° 372011, BJDU, 4/2015, p. 260

LESQUEN (de), Xavier, Conclusions, sous CE, 17 décembre 2014, M. Piersanti, n° 367134, BJDU, 2/2015, p. 92

D. Articles en ligne

BARNERON, Claude, « *Le permis de construire valant division, un outil efficace à consommer avec modération* », Le blog du droit de l'urbanisme et de l'aménagement, EFE, 2015, en ligne sur :
<http://droit-urbanisme-et-amenagement.efe.fr/2015/06/09/le-permis-de-construire-valant-division-un-outil-efficace-a-consommer-avec-moderation/>

BEDARIDE, Bruno, « *Gabarit-enveloppe* », Lexique juridique et fiscal, non daté, en ligne sur :
<http://www.bruno-bedaride-notaire.fr/fr/-/-/gabarit-enveloppe/lexique-juridique-et-fiscal-de-bedaride-notaire-d-affaires.html>

DURAND, Patrick, « *Un permis de construire portant sur deux unités foncières distinctes et non contiguës est-il nécessairement illégal de ce seul chef ?* », blog Jurisurba, 2013, en ligne sur : <http://jurisurba.blogspot.com/archive/2013/01/08/un-permis-de-construire-portant-sur-deux-unites-foncieres-di.html>

DURAND, Patrick, « *Sur la modification du cahier des charges des lotissements frappés par la caducité décennale prévue par l'article L.442-9 du Code de l'urbanisme* », Blog Jurisurba, 8 octobre 2013, en ligne sur : <http://jurisurba.blogspot.com/archive/2013/10/08/sur-la-modification-du-cahier-des-charges-des-lotissements-f.html>

V. ACTES, ETUDES, RAPPORTS ET COMPTE-RENDUS

103e congrès des notaires de France, *Division de l'immeuble bâti. Le sol – l'espace – le bâti*, Actes du congrès, Lyon, 23-26 sept. 2007, en ligne sur : <http://2007.congresdesnotaires.fr/fr>

APUR (Atelier parisien d'urbanisme), *Construire mieux et plus durable : incidences de la loi ALUR sur le bâti parisien*, 2014, disponible sur : http://www.apur.org/sites/default/files/documents/incidence_loi_alur_evolution_bati_parisien.pdf

CAPOULADE Pierre, *Copropriété et structures foncières dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, rapport de la Cour de cassation 1995, p. 85 : Administrer févr. 1996, p. 4

CDC Climat recherche, *Le versement pour sous densité : analyse d'un outil de densification urbaine et premiers retours d'expériences*, étude n° 36, mai 2014, en ligne sur : <http://www.localtis.info/cs/ContentServer?pagename=Localtis/LOCActu/ArticleActualite&cid=1250267462378&np=in2901311>

CLANCHE, François ; RASCOL, Odile, *Le découpage en unités urbaines de 2010 - L'espace urbain augmente de 19 % en une décennie*, département de la Démographie, Insee, 2011, en ligne sur : http://www.insee.fr/fr/themes/document.asp?reg_id=0&ref_id=ip1364%C2

FATOME, Etienne ; NOGUELLOU, Rozen, *Contrat et urbanisme*, Rapport, Décembre 2014, en ligne sur : <http://www.gridauh.fr/actualites/fiche/etude-contrat-et-urbanisme/>

FATOME, Etienne ; RAUNET, Michèle ; DONNIOU Malicia, « *Permis de construire et terrain d'assiette des constructions* », Compte-rendu séminaire du GRIDAUH, 25 juin 2012, en ligne sur : http://www.gridauh.fr/fileadmin/gridauh/MEDIA/2011/compte_rendu_de_travaux/seminaire_thematique/autorisation_urbanisme/COMPTE_RENDU_Semin_Gridauh_25_06_12.pdf

GODFRIN, Gilles, *Ecriture des règlements de zone : article 13*, Extrait des travaux du séminaire sur l'écriture du PLU, GRIDAUH, 2012, fiche 3- Plantations : espaces verts et arbres, en ligne sur : <http://www.gridauh.fr/comptes-rendus-de-travaux/ecriture-des-plu/>

GODFRIN, Gilles, *La règle d'urbanisme en question*, Rapport de synthèse des réflexions d'un groupe de travail du GRIDAUH présidé par Etienne Fatôme, BJDU, 1/2012, p.12 à 25

GRIDAUH - Groupement de recherche sur les institutions et le droit de l'aménagement, de l'urbanisme et de l'habitat (auteur non-identifié), *Contributions extérieures / questions-réponses, la faculté d'établir une servitude de cours communes pour assouplir les règles d'implantation de l'article 7 du règlement doit-elle avoir été prévue par le PLU ?*, Extrait des travaux du séminaire sur l'écriture du PLU, GRIDAUH, 2012, en ligne sur : <http://www.gridauh.fr/comptes-rendus-de-travaux/ecriture-des-plu/>

GRIDAUH - Groupement de recherche sur les institutions et le droit de l'aménagement, de l'urbanisme et de l'habitat, *La modernisation des outils de l'action foncière*, Rapport, 2012, en ligne sur : <http://www.gridauh.fr/comptes-rendus-de-travaux/contrats-de-recherche/bilan-et-evolution-des-instruments-de-laction-fonciere/>

INSERGUET, Jean-François, *contributions extérieures / questions-réponses, les règles des articles 6 et 7 des règlements de zone doivent-elles obligatoirement être rédigées sous la forme d'une distance ?*, Extrait des travaux du séminaire sur l'écriture du PLU, GRIDAUH, 2012, en ligne sur : <http://www.gridauh.fr/comptes-rendus-de-travaux/ecriture-des-plu/>

MENG, Jean-Philippe, *Réglementation des lotissements : les corrections apportées au régime des lotissements*, rapport définitif, GRIDAUH, Séminaires des 12 octobre-7 décembre 2011, en ligne sur : <http://www.gridauh.fr/comptes-rendus-de-travaux/seminaires-thematiques/actualite-du-droit-de-lurbanisme/>

PELISSIER, Gilles, « *Ecriture des règlements de zone : article 9* », Extrait des travaux du séminaire sur l'écriture du PLU, GRIDAUH, 2012, fiche 1 - Finalités et définitions, en ligne sur : <http://www.gridauh.fr/comptes-rendus-de-travaux/ecriture-des-plu/>

PELISSIER, Gilles, « *Ecriture des règlements de zone : article 10* », Extrait des travaux du séminaire sur l'écriture du PLU, GRIDAUH, 2012, fiche 2 - Les expressions de la règle de hauteur : fiche 3 - Les représentations graphiques de la règle de hauteur, en ligne sur : <http://www.gridauh.fr/comptes-rendus-de-travaux/ecriture-des-plu/>

PERIGNON, Sylvain, « *Ecriture des règlements de zone : article 5* », Extrait des travaux du séminaire sur l'écriture du PLU, GRIDAUH, 201, fiche 1 - La superficie minimale des terrains constructibles : une règle controversée, en ligne sur : <http://www.gridauh.fr/comptes-rendus-de-travaux/ecriture-des-plu/>

PERIGNON, Sylvain, « *Ecriture des règlements de zone : article 14* », Extrait des travaux du séminaire sur l'écriture du PLU, GRIDAUH, 2012, fiche 4 - Le transfert des possibilités de construction résultant du COS, en ligne sur : <http://www.gridauh.fr/comptes-rendus-de-travaux/ecriture-des-plu/>

PITTARD, Yves, « *Ecriture des articles 6, 7 et 8 du règlement des PLU* », Extrait des travaux du séminaire sur l'écriture du PLU, GRIDAUH, 2012, fiche 1 - La finalité des règles d'implantation ; fiche 3 - Les spécificités de l'écriture de l'article 6 ; fiche 4 - Les spécificités de l'écriture de l'article 7, en ligne sur : <http://www.gridauh.fr/comptes-rendus-de-travaux/ecriture-des-plu/>

VIALETTES, Maud, Intervention durant la journée d'études, Actualités 2014 du droit de l'urbanisme, organisée par le GRIDAUH et l'Ordre des avocats de Paris, 26 novembre 2014

VI. ARTICLES DE PRESSE

LELEU Jacques, *À Courchevel, la folie des profondeurs*, Le Dauphiné, 5 sept. 2012, en ligne sur : <http://www.ledauphine.com/savoie/2012/09/04/a-courchevel-la-folie-des-profondeurs>

LEVRAY, Nathalie, *Vers un urbanisme plus souple et plus simple... grâce à un règlement à la carte*, La gazette des communes, 22 oct. 2015 en ligne sur : <http://www.lagazettedescommunes.com/415367/vers-un-urbanisme-plus-souple-et-plus-simple-grace-a-un-reglement-a-la-carte>

SOURCES OFFICIELLES

I. JURISPRUDENCE

A. Administrative

CE, 15 oct. 1937, Ansel et Rivet : Rec. CE 1937, p. 814
CE 22 oct. 1965, Giraudon, n° 59886, § 156
CE, 29 mai 1970, Rousseau : Rec. CE 1970, p. 380, § 9
CE, 3 février 1978, Meppiel : Rec. CE, p. 54, p. 76
CE, 5 janv. 1979, Bizette, n° 00430, § 53
CE, 6 mai 1981, Bergeron, Rec. p. 974, § 53
CE, 13 avr. 1983, Assoc. tour. de plein-air à Belle-île-en-Mer : Rec. CE 1983, § 14
CE, 23 juillet 1983, Ragueneau de Clinchamps, n° 36646, § 113
CE, 22 juin 1984, Comité de défense de Neuilly-Plaisance : Rec. CE, p. 777, § 74
CE, 11 juill. 1984, Cne de Milly-la-Forêt, n° 47940, § 59
CE, 14 décembre 1984, Mme Dho, n° 46301, § 71
CE, 26 juin 1985, Synd. des Copr. de la rés. Trouz Ar Moor : Rec. CE, p. 806, p. 74
CE, 17 janv. 1986, Gonard, n° 40338, § 59
CE, 23 mars 1986, Époux Tisseyre et Mme Tourette, n° 73256, § 39
CE, 14 janv. 1987, Diaz, n° 040640, § 127
CE, 24 juill. 1987, SCI quai de Jemmapes, n° 56273, § 104
CE, 24 juill. 1987, Epoux Rayrole, n° 61164, § 102
CE, 23 octobre 1987, Campero, n° 63007, § 54
CE, 23 décembre 1987, Centre nat. d'opht. des Quinze-Vingts, n° 84114, § 91
CE, 27 mai 1988, Sekler, n° 79530, § 98
CE, 18 novembre 1988, M. et Mme Maurin, n° 81673, § 71
CE, 15 fév. 1989, Lefebvre, n° 80338, § 166
CE, 10 mars 1989, Commune de Reichstett, n° 70070, § 144, 137
CE, 31 janv. 1990, M. Patrignani, n° 79939, § 39
CE, 26 sept. 1990, Épx Seguin, n° 86058, § 104
CE, 10 oct. 1990, Roussel, n° 94808, § 166
CE, 20 sept. 1991, Min. Urbanisme, n° 75157, § 140
CE, 13 mars 1992, Rocaut, n° 98422, § 166
CE, 22 avril 1992, SA HLM de la ville de Laval, n° 91436, § 71
CE, 19 juin 1992, Koenig, n° 97118, § 166
CE, 27 avril 1994, Commune de Condé-sur-Noireau, n° 116279, § 57
CE, 27 avril 1994, Bouchy, n° 128478, § 113
CAA Lyon, 21 juin 1994, SARL Anciens Constructeurs, n°93LY01423, § 102
CE, 5 déc. 1994, Cne de Roquebrune-Cap-Martin, n° 262689, § 116
CE, 14 avr. 1995, SCI Les Terrasses de la mer, Rec. p. 1095, § 53
TA Nice, 24 mai 1995, M. Dupon c/ Commune de Nice, n° 93.1350, § 76, 170
CAA Lyon, 26 sept. 1995, Commune de Cannes, n° 94LY01695, § 71, 75
CE, 13 mai 1996, Min. de l'Équipement du logement, n° 90586, § 69
CE, 28 juin 1996, M. Durnez, n° 164480, § 10
CE, 21 août 1996, Ville de Toulouse, n° 137834, § 10, 104
TA Caen, 11 oct. 1996, Épx Rouet : CJEG 1996, p. 2421, § 49
CAA Lyon, 1re ch., 31 déc. 1996, Jourden : RFD adm. 1997, p. 446, § 49

CE, 30 juin 1997, Sté parisienne réalisation immobilière, n° 125598, § 59
 CAA Nancy, 1re ch., 4 janv. 1998, Garcia : Gaz Pal. 1999, 2, § 39
 CE, 13 mars 1998, M. et Mme Bellay, n° 178041, § 124
 TA Lyon, 2e ch., 1er déc. 1998, Gérard Conac : BJDU, n° 2, 2000, p. 83, § 88
 TA Versailles, 6 oct. 1998, Leclerc : BJDU 1/1999, p. 61, § 39
 CE, 16 nov. 1998, Ferly, n° 190200, § 14
 CE, 31 janv. 1999, Patrigani : BJDU 1999, p. 61, § 39
 CE, 26 mars 1999, Sarl société d'aménagement de Port Léman, n° 185841, § 88
 CAA Paris, 1er juin 1999, Mme Burgeot, BJDU 4/1999, p. 292, § 39
 CAA Marseille, 3 juin 1999, Sté SOPRAF, n° 97MA5313, § 104
 CE, 28 juill. 1999, SA HLM le nouv. logis Centre Limousin, n° 182167, § 71, 75, 170
 CE 7 juill. 2000, Commune de Saint-Tropez, n° 189606, § 39
 CE, 15 nov. 2000, Quelen, n° 194649, § 59
 CE, 11 févr. 2002, Urset, n° 221350, § 49, 53
 CE, 8 mars 2002, Bréault, n° 215190, § 53
 CE, 14 oct. 2002, Cne Lavandou, n° 244714, § 39
 CE, 20 novembre 2002, Blettry, n° 244453, § 116
 CE, 22 nov. 2002, François Poncet, n° 204244, § 102
 CAA Lyon, 18 février 2003, Cne du Breuil-sur-Couze, n° 02LY00891, § 130
 CE, 21 mars 2003, Assoc. de défense du site d'Annecy-le-Vieux, n° 222855, § 53
 CE 23 mai 2003, Commune des Allues, n° 234558, § 51
 CE, 5 nov. 2003, SCI Les Blés d'or, n° 237383, § 14
 CE, 11 févr. 2004, Schiocchet, req. n° 211510, § 7
 CAA Marseille, 18 mars 2004, Cne Beausoleil, n° 01MA00551, § 109
 CE, 14 juin 2004, Mariotte, n° 243811, § 53
 CAA Marseille, 21 octobre 2004, Lasry, n° 01MA02623, § 157
 CE, 3 nov. 2004, Cne de Berchères sur Vesgre : BJDU 2004, p. 450, § 7
 CAA Nancy, 9 décembre 2004, n° 00NC00815, § 10
 CE, 27 juin 2005, Commune de Chambéry, n° 264667, § 71
 CE, 26 octobre 2005, Cne de Sceaux, n° 265488, § 122
 CAA Versailles, 29 mars 2007, Pax, n° 06VE01147, § 90
 TA Paris, 2 août 2007, Préfet de Paris c. Ville de Paris, n° 0700962, § 45
 CE, 10 oct. 2007, Demoures et a., n° 277314, § 105
 CAA Paris 31 oct. 2007, SCI Paris Heine Source, RD imm. 2008, p. 115, § 47
 CE, 30 nov. 2007, Ville de Strasbourg, n° 271897, § 105
 CE, 27 févr. 2008, Gautier, n° 289945, § 10
 CE, 7 mars 2008, Commune Mareil-sur-Guyon, n° 296287, § 10
 CE, 21 mars 2008, Cortes, n° 296239, § 39
 CE, 17 juillet 2009, Commune de Grenoble, n° 301615, § 10, 75, 106
 CAA Marseille, 9 octobre 2009, n° 07MA02159, § 132
 CE, 13 nov. 2009, SNC Domaine de Sausset-les-Pins, n° 309093, § 18
 CAA Versailles 8 juill. 2010, Commune de Viroflay, n° 09VE02354, § 39
 CE, 14 mars 2011, Commune d'Ajaccio, n° 308987, § 53
 TA Lyon, 7 juill. 2011, Sté Groupe MCP Promotion, n° 0805509, § 102
 CE, 30 septembre 2011, Commune de Saint-Maur-des-Fossés, n° 339619, § 42
 CE, 15 février 2012, Mme Quennesson, n° 333631, § 76, 170
 CAA Nantes, 15 juin 2012, Thibaud, n° 10NT01321, § 157
 TA Marseille, 28 juin 2012, Synd. (...) Val d'Azur (...), n° 1105798, § 170
 CAA Marseille, 28 juin 2012, Cne de Villefranche-sur-Mer, n° 10MA03013, § 150
 CE, 27 juillet 2012, Hoffmann, n° 342908, § 10

CAA. Douai, 14 décembre 2012, Oise Habitat, n°11DA01028, § 75
 CE, 20 févr. 2013, Buiret-Fedit, n° 345728, § 81
 CE, 1er mars 2013, Fritot, n° 350306, § 106
 CAA Lyon, 9 juillet 2013, M. E c/ Cne La Tronche, n°12LY03219, § 125
 CE, 7 oct. 2013, Commune de Saint-Jean-des-Monts, n° 361934, § 157
 CAA Lyon, 12 nov. 2013, M. D. c/ Cne Chaponost, n° 13LY00584, § 91
 CAA, Bordeaux, 14 janvier 2014, n° 12BX02434, § 128
 CAA Nancy, 24 mars 2014, n° 13NC01609, § 124
 CAA Paris, 6 juin 2014, SCI Suchet Montmorency, n° 12PA03899, § 125
 CE, 15 oct. 2014, Assoc. (...) Plan du Bois à La Gaude, n° 349775, § 152
 CE, 17 octobre 2014, Assoc. Synd. libre (...) Baie du Gaou Benat, n°359459, § 132
 CE, 17 décembre 2014, M. Piersanti, n° 367134, § 124
 CAA Marseille, 4 févr. 2015, n° 13MA03801, § 124
 CE, 11 février 2015, Cne de Gretz-Armainvilliers, n° 367414, § 59
 CE, 9 avril 2015, Commune de Tassin-la-Demi-Lune, n° 372011, § 125
 CE, 24 février 2016, Commune de Pia, n° 383079, § 124
 CE, 9 mars 2016, Ass. des propr. riverains du ch. du Collet Redon, n° 376042, § 124
 CAA Nantes, 11 mars 2016, n° 14NT03230, § 48
 CAA Marseille, 15 avril 2016, n° 14MA03169, § 132
 CAA Versailles, 19 mai 2016, n° 14VE01628, § 48

B. Constitutionnel

CC, déc. n° 85-198, 13 déc. 1985, § 14
 CC, déc. n° 2000-436 DC, *loi SRU*, § 7
 CC, déc. n° 2010-43 QPC du 6 octobre 2010, § 7
 CC, déc. n° 2013-672 DC, 13 juin 2013, § 154

C. Judiciaire

CA Pau, 21 mars 1893 : S. 1893, 2, p. 168, § 172
 Trib. Paris, 27 mars 1924, D.H. 1924, p. 398, § 144
 Cass. Civ., 12 juin 1934, D.H. 1934, p. 411 ; Gaz. Pal. 1934.II.367, § 144
 Cass. Civ. 30 juin 1936, note A. Besson, D.P. 1938.I.65, § 139
 CA Paris, 28 février 1962, Dame Denis c./ Sté Cie Centrale Rousselot, § 127
 Cass. civ. I, 27 février 1963, Gaz. Pal. 1963.II.161, § 144
 Cass. 3^{ème} civ., 31 janvier 1969, Dame Sombstay, J.C.P. 1969.II.15982, § 139
 CA Paris, 23 février 1971, Gaz. Pal. 1971.I.225, § 144
 Cass. 3^{ème} civ., 23 oct. 1974 : Bull. civ. 1974, III, n° 373, § 15
 Cass. 3^{ème} civ., 5 mai 1975 : Defrénois 1975, art. 30995, p. 1256, § 49
 Cass. 3^{ème} civ., 9 mars 1977 : Bull. civ. 1977, III, n° 115, § 34
 Cass. 3^{ème} civ., 18 mai 1983 : Bull. civ. 1983, III, n° 117, § 150
 CA Paris, 26 oct. 1983 : JCP N 1985, II, 51, § 164
 CA Paris, 19e ch. B, 4 mars 1988, § 164
 Cass. 3^{ème} civ., 15 nov. 1989, n° 87-18188, § 104, 161
 CA Paris, 2e ch. A, 17 janv. 1990 : Loyers et copr. 1990, comm. 196, § 104
 Cass. 3^{ème} civ., 27 mars 1991, n° 89-19667, § 147
 Cass. 3^{ème} civ., 23 mai 1991, n° 89-19.363, § 143
 Cass. 1^{ère} civ., 25 juin 1991 : Bull. civ. 1991, I, n° 215, § 150
 Cass. 3^{ème} civ., 14 nov. 1991, n° 89-21167, § 161

Cass. 3^{ème} civ., 18 déc. 1991, n° 89-21046, § 147, 153
 Cass. 1^{ère} civ., 13 octobre 1992, n° 89-19667, § 147
 Cass. 3^{ème} civ., 30 juin 1993, n° 90-18.906, § 140, 156
 Cass. 3^{ème} civ., 27 oct. 1993, n° 91-19.874, § 143, 155
 Cass. 3^{ème} civ., 30 juin 1994, n° 90-19672, § 147
 CA Paris, 23e ch. B, 8 juill. 1994, § 164
 CA Paris, 19e ch. A, 11 oct. 1994, § 164
 Cass. 3^{ème} civ., 11 janvier 1995, n° 92-15732, § 147
 Cass. 3^{ème} civ., 22 mai 1996, n° 94-12146, § 147
 CA Aix-en-Provence, 30 avr. 1998, n° 94/8512, § 162
 Cass. 3^{ème} civ. 20 mai 1998, n° 96-16639, § 157
 Cass. 3^{ème} civ., 4 nov. 1998 : Bull. civ. 1998, III, n° 207, § 150
 Cass. 3^{ème} civ., 15 déc. 1999, Constr.-urb. 2000, comm. 77, § 150
 Cass. 3^{ème} civ. 21 juin 2000, n° 98-21129, § 157
 Cass. 1^{ère} civ., 17 nov. 2000, n° 98-17731, § 174
 Cass. 3^{ème} civ., 20 déc. 2000, n° 99-14372, § 143
 Cass. 3^{ème} civ., 24 avr. 2003, n° 01-13.393, § 140
 Cass. 3^{ème} civ., 4 février 2004, n° 02-11409, § 137
 CA Paris, 23e ch. B, 13 mai 2004, n° 2003/06995, § 164
 Cass. 3^{ème} civ. 30 juin 2004, n° 03-11.562, § 159
 Cass. 3^{ème} civ., 17 nov. 2004, n° 03-15193, § 10
 CA Limoges, 2e ch. civ., 10 mai 2006, n° C04-1725, § 164
 Cass. 3^{ème} civ. 16 décembre 2008, n° 07-14307, § 157
 CA Aix-en-Provence, 4e ch. A, 12 mars 2010, n° 2010/93, § 164
 Cass. 3^{ème} civ., 4 nov. 2010, n° 09-70.235, § 162
 Cass. 3^{ème} civ., 1^{er} déc. 2010, n° 09-17117, § 147
 Cass. 3^{ème} civ., 16 mars 2011, n° 10-13.771, § 143, 155
 Cass. 3^{ème} civ., 8 juin 2011, n° 10-20.276, § 162
 Cass. 3^{ème} civ., 22 mai 2012, n° 10-25227, § 150
 Cass. com., 12 juin 2012, n° 11-11.424, § 8
 Cass. 3^{ème} civ., 23 oct. 2012, n° 11-17.601, § 140, 148
 Cass. 3^{ème} civ., 21 nov. 2012, n° 11-25668, § 140, 148
 Cass. 3^{ème} civ., 15 janv. 2013, n° 10-28641, § 150
 Cass. 3^{ème} civ., 23 janvier 2013, n° 11-27086, § 48
 Cass. 3^{ème} civ., 26 juin 2013, n° 12-19.698, § 140, 148
 Cass. 3^{ème} civ., 18 sept. 2013, n° 12-16357, § 161
 CA Aix-en-Pce, 6 mars 2014, n° 2014/100, § 148
 CA Nouméa, 5 juin 2014, n° 12/00360, § 154
 Cass. 3^{ème} civ., 8 juillet 2014, n° 13-20031, § 153
 Cass. 3^{ème} civ., 7 oct. 2014, n° 13-21.475, § 143
 CA Paris, 2e ch., 21 janv. 2015, n° 13/03562, 162
 Cass. 3^{ème} civ., 25 janv. 2015, n° 14-10013, § 143
 Cass. 3^{ème} civ., 10 mars 2015, n° 13-21539, § 141
 Cass. 3^{ème} civ., 7 avril 2015, n° 14-11.683, § 151
 CA Pau, 28 mai 2015, n° 15/2138, 13/04442, § 148
 Cass. 3^{ème} civ. 8 juill. 2015, n° 14-16975, § 159
 CA Paris, 1er octobre 2015, n° 13/09882, § 148
 Cass. 3^{ème} civ., 17 déc. 2015, n° 14-22.095, § 17
 Cass. 3^{ème} civ., 7 janv. 2016, n° 14-24.445, § 151
 Cass. 3^{ème} civ., 21 janv. 2016, n° 15-10566, § 144, 163

II. DOCTRINE ADMINISTRATIVE

A. Circulaires et Notes administratives

Circulaire n°78-42 bis du 3 août 1978, BOMELT, relative au champ d'application de la réglementation des lotissements et des divisions de la propriété (non codifié), § 71

Circulaire n° 87-107 du 2 nov. 1987 relative au décret n° 87-885 du 30 octobre 1987 modifiant diverses dispositions du code de l'urbanisme, JCP N 1987, prat. 352, § 131

Circulaire n° 2001-3 du 18 janvier 2001 portant présentation de la loi SRU et premières directives d'application, § 150, en ligne sur :
http://www.developpement-durable.gouv.fr/IMG/pdf/circulaire_180101.pdf

Circulaire du 3 février 2012 relative au respect des modalités de calcul de la surface de plancher des constructions définies par le livre I du code de l'urbanisme (texte non paru au journal officiel), § 40, en ligne sur :
http://circulaire.legifrance.gouv.fr/pdf/2012/02/cir_34719.pdf

Note administrative de mai 2012 relative au dispositif de majoration des droits à construire de 30%, § 67, en ligne sur :
http://www.developpement-durable.gouv.fr/IMG/pdf/Dispositif_de_majoration_des_droits_a_construire_de_30_.pdf

Note administrative de juin 2014 relative à la biodiversité dans les PLU et les SCOT suite à la loi ALUR, § 43, en ligne sur :
http://www.logement.gouv.fr/IMG/pdf/alur_fiche_la_biodiversite_dans_les_plu_et_scot.pdf

Note administrative de juin 2014 relative à la mobilisation des terrains issus du lotissement suite à la loi ALUR, § 152, en ligne sur :
http://www.logement.gouv.fr/IMG/pdf/alur_fiche_mobilisation_des_terrains_issus_de_lotissement_vf.pdf

Note administrative de mars 2016 relative à la modernisation du contenu du PLU, § 23, en ligne sur :
http://www.logement.gouv.fr/IMG/pdf/20160401-mlhd_reglement_plu_presentation_reforme-internet.pdf

B. Réponses ministérielles

Rép. min. n° 26060 : JOAN Q 27 juin 1983, p. 2869 (sur le transfert de COS), § 168

Rép. min. n° 57914 : JOAN Q 13 juillet 1992, p. 3171 (sur le terrain d'assiette multi-parcellaire), § 79

Rép. min. n° 02897 : JO Sénat Q, 16 décembre 1993, p. 2414 (sur la prise en compte des balcons dans l'appréciation des règles de prospect), § 51

Rép. min. n° 21030 : JOAN Q 8 avr. 1994, p. 1429 (sur le caractère d'opération constitutive de lotissement d'une copropriété horizontale), § 104

Rép. min. n° 13097 : JO Sénat Q, 26 août 2004, p. 1941 (sur l'applicabilité immédiate d'une servitude d'utilité publique), § 17

Rép. min. n° 16282 : JOAN Q, 12 août 2008, p. 6953 (sur la distinction entre un lotissement et un permis de construire valant division), § 102

Rép. min. n° 17462 : JOAN Q, 22 déc. 2009, p. 12253 (sur le caractère d'acte administratif de la demande de permis de construire), § 10

Rép. min. n° 33533 : JOAN Q 9 mars 2010, p. 2674 (sur le maintien de l'opposabilité contractuelle d'un cahier des charges de ZAC devenu caduc), § 153

Rép. min. n° 41206 : JOAN 13 avril 2010, p. 4245 (sur l'inapplicabilité de l'article L. 442-10 aux cahiers des charges de lotissement devenus caducs), § 157

Rép. min. n° 61682 : JOAN Q, 20 avr. 2010, p. 4494 (sur la péremption des cahiers des charges de ZAC signés avant la loi SRU), § 148

Rép. min. n° 65630 : JOAN Q, 6 juillet 2010, p. 7649 (sur le non-fractionnement de l'unité foncière comme assiette d'une demande de permis de construire), § 90

Rép. min. n° 79416 : JOAN Q, 22 mars 2011, p. 2878 (sur la cession de l'assiette d'une construction de maison individuelle résultant d'un PCVD), § 102

Rép. min. n° 12885 : JOAN 12 mars 2013, p. 2845 (sur la division réalisée dans le cadre d'un PCVD intervenant avant l'achèvement des travaux), § 102

Rép. min. n° 74329 : JOAN Q, 9 juin 2015, p. 4366 (sur le recours aux dispositifs de majoration des droits à bâtir), § 62

Rép. min. n° 82539 : JOAN Q, 10 novembre 2015, p. 8247 (sur la distinction entre stipulations et règles d'urbanisme dans les cahiers des charges de lotissement), § 153

Qu. n° 90049, JO question, 6 oct. 2015, p. 7554 (sur le changement d'affectation des parties communes du lotissement – en attente de réponse), § 158

III. DOCUMENTS PARLEMENTAIRES

Assemblée nationale, *Amendement n°2352*, présenté par Mme de La Raudière, Transition énergétique (n°2230), 1er octobre 2014, § 67

Assemblée nationale, *Compte-rendu de séance parlementaire du projet de loi urbanisme et habitat*, JO AN CR 28 janv. 2003, p. 613-614, § 55

Assemblée nationale, *Etude d'impact du projet de loi ALUR*, 25 juin 2013, § 133, en ligne sur :

<http://www.assemblee-nationale.fr/14/projets/pl1179-ei.asp>

Assemblée nationale, *Etude d'impact du projet de loi relatif à la transition énergétique pour la croissance verte*, 29 juillet 2014, § 67, en ligne sur :

http://www.assemblee-nationale.fr/14/dossiers/transition_energetique_croissance_verte.asp

KALTENBACH, Philippe (Sénateur), *Exposé des motifs de la proposition de loi tendant à abroger la majoration des droits à construire*, n° 566, enregistré à la Présidence du Sénat le 29 mai 2012, § 62, en ligne sur :

<http://www.senat.fr/leg/pp111-566.html>