

Des accords de transfert d'indices de constructibilité

Résumé de thèse de doctorat

FABIEN ANDREY*

MOTS CLEFS

Aménagement du territoire – indices de constructibilité – transfert d'indice – contrat de droit administratif

I. Introduction

Le sol suisse constitue une ressource nationale non renouvelable. Cette ressource, quantitativement *limitée*, doit faire l'objet d'un usage raisonné, mis en œuvre par l'aménagement du territoire¹. Cela signifie que les collectivités territoriales doivent planifier l'usage du sol de manière à en assurer une *utilisation mesurée*, soit à en *prévenir le gaspillage*².

L'un des moyens de prévenir ce gaspillage consiste en une densification saine de l'habitat et de l'activité humaine³. Bien pensée, la densification des centres urbains permet en effet de *rationaliser* l'usage des surfaces d'ores et déjà bâties et de *diminuer* la pression d'un étalement incontrôlé des constructions sur les espaces agricoles et naturels.

Cette densification requiert toutefois des outils de mesure à même de *quantifier* les besoins du territoire et d'y répondre de manière opportune en densifiant « ni trop, ni trop peu » les villes. En d'autres termes, le développement d'un centre urbain doit être planifié *prospectivement*, de manière à répondre de manière précise à un *besoin* futur

de la population⁴. Selon le besoin identifié, une collectivité pourra par exemple choisir de densifier des parties localisées de son territoire bâti. Pour ce faire, elle impartira aux parcelles concernées des quotités de droits à bâtir, généralement sous la forme d'« *indices de constructibilité* »⁵.

Si ce processus apparaît parfaitement fondé, qu'en est-il dans les cas où ces indices de constructibilité ne se réalisent pas entièrement sur certaines parcelles ? *Existe-t-il alors un intérêt public à en assurer malgré toute la réalisation intégrale ?*

En effet, comme nous l'exposons⁶, un potentiel à bâtir peut – moyennant l'accord des propriétaires concernés et le respect de diverses conditions – faire l'objet d'un transfert d'une parcelle à une autre afin d'y être réalisé. Ceci suscite de nombreuses interrogations que l'on peut formuler ainsi : *qu'en est-il de la nature et de la qualification de cet accord ? Celui-ci se met-il au service de l'aménagement du territoire ?*

II. Les indices de constructibilité en milieu bâti et leur transfert

A. Deux perspectives

De manière générale, l'indice de constructibilité constitue un droit à bâtir, ce qui revient à constituer deux faces d'une même pièce de monnaie : celle des administrés et proprié-

* FABIEN ANDREY, Le transfert d'indices de constructibilité, thèse, à paraître Berne 2022.

¹ Sur ce sujet, RAPHAËL MAHAIM, Le principe de durabilité et l'aménagement du territoire/Le mitage du territoire à l'épreuve du droit : utilisation mesurée du sol, urbanisation et dimensionnement des zones à bâtir, thèse, Genève/Zurich/Bâle 2014, 146 ss.

² Art. 1 al. 1 de la Loi fédérale sur l'aménagement du territoire du 22 juin 1979 (LAT ; RS 700). FRANCOIS BELLANGER, Les droits à bâtir : une notion virtuelle pour une valeur réelle, in : Good/Platipodis (éd.), Direkte Demokratie/Herausforderung zwischen Politik und Recht/Festschrift für Andreas Auer zum 65. Geburtstag, Berne 2013, 287-307, 289 ss (cité : Les droits à bâtir). THIERRY TANQUEREL, Manuel de droit administratif, Genève 2018, no 1093.

³ ATF 137 II 23, c. 4.3, 27 ; 119 Ia 300, c. 3c, 304 et 305 ; 113 Ia 266, c. 3a, 269. MAHAIM (n.1), 223.

⁴ Art. 15 al. 1 LAT. Art. 15a LAT. V. ég. BENOÎT BOVAY / PAULINE MONOD, Les conventions de droit à bâtir, in : Boillet/ Favre/ Largey / Martenet (éd.), La contractualisation en droit public, Genève / Zurich / Bâle 2021, 139-173, 144 (cité : Les conventions de droit à bâtir).

⁵ Cf. *infra* II.

⁶ Cf. *infra* II let. C. À paraître : FABIEN ANDREY, Le transfert d'indices de constructibilité, thèse, Berne 2022.

taires de terrains (1), et celle de l'autorité planifiant l'usage de son territoire (2).

De la perspective du **propriétaire foncier** (1) qui habite et vit sur le territoire, un indice de constructibilité constitue en effet ce que l'on dénomme communément un « *droit à bâtir* »⁷. En zone à bâtir⁸, un indice de constructibilité – dont le contenu et les appellations varient⁹ – confère à une parcelle donnée un « *potentiel à bâtir* ».

Cet indice présage en effet de la *taille* de la bâtisse et/ou de l'*intensité* de l'usage¹⁰ qui sera autorisé par l'autorité sur une parcelle donnée. Cette institution du droit de la construction traduit ainsi tant la *valeur*¹¹ que les *qualités* d'un terrain, notamment eu égard à ses caractéristiques techniques, à sa localisation ou la qualité de sa desserte en transport public.

Du point de vue de la **collectivité** (2), l'indice de constructibilité constitue un outil *quantitatif* et *arithmétique* dédié à la mesure de l'usage *actuel* du sol ainsi qu'à la planification *prospective* de la zone à bâtir pour un horizon temporel à quinze ans¹². L'indice de constructibilité met dès lors en œuvre le principe de l'*utilisation mesurée du sol* (art. 1 al. 1 LAT)¹³ déjà évoqué, ceci en assurant un usage économe de la ressource « sol ».

B. La mesure de l'usage du sol

De manière générale¹⁴, un indice de constructibilité (ou coefficient¹⁵) détermine la *densité* ou l'*occupation de surface*¹⁶ sur une parcelle. La **densité** de l'habitation ou l'intensité de l'activité humaine se mesure ainsi en principe par la *surface de plancher* totale sur une parcelle donnée (soit la somme des surfaces de plancher de ce que tous les étages d'une ou de plusieurs constructions pourront cumuler). L'**occupation** de surface mesurera quant à elle la part de terrain qui sera *occupée* (soit la projection au sol des constructions) par une ou plusieurs constructions sur une parcelle donnée. Ainsi :

- un **indice d'utilisation du sol** de 0.5 appliqué à la surface de terrain de 700 m² de la parcelle concernée permettra d'y réaliser une surface de plancher maximale de 350 m². Cette surface de plancher permettra par exemple la construction d'un ou de plusieurs bâtiments de plusieurs étages comportant un total cumulé de 350 m² de surface de plancher ;
- un **indice d'occupation du sol** de 0.5 appliqué à une surface de terrain de 700 m² de la parcelle concernée permettra de réaliser un bâtiment occupant 350 m² de surface de cette parcelle. Cette occupation autorisée permettra ainsi de réaliser un bâtiment dont la projection verticale au sol occupera 350 m², ceci sans égard à son volume/hauteur.

⁷ BELLANGER, Les droits à bâtir (n. 2), 287 ss.

⁸ Art. 15 LAT.

⁹ Le contenu d'un indice de constructibilité – soit les éléments à prendre en compte pour son calcul – peut varier entre cantons. En effet, ils définissent « *les modes efficaces d'usage du sol* », concrétisant ainsi les buts et principes de l'aménagement du territoire, en particulier l'utilisation mesurée du sol. Au sein d'un canton, les indices peuvent également varier entre les communes selon l'étendue de leur compétence en la matière, par exemple dans le Canton de Vaud. BELLANGER, Les droits à bâtir (n. 2), 289. Arrêts en ligne de la Cour de droit administratif et public du Tribunal cantonal du canton de Vaud TC/VD AC.2016.0263, c. 1a. Arrêts 1C_592/2015 du 27 juillet 2016, c. 4.2 (*occupation du sol*). V. ég. ANDREY, Le transfert d'indices de constructibilité (n. 6), nos 61 à 365.

¹⁰ En termes d'activités humaines ou d'habitat, par exemple sous la forme de locaux dédiés aux commerces, aux activités tertiaires ou à l'habitation individuelle ou collective.

¹¹ BOVAY/MONOD, Les conventions de droit à bâtir (n. 4), 164. V. ég. ANDREY, Le transfert d'indices de constructibilité (n. 6), nos 903 à 911.

¹² En effet, aux termes de l'art. 15 al. 1 LAT, la zone à bâtir doit répondre aux besoins prévisibles pour les quinze prochaines années.

¹³ ATF 137 II 23, c. 4.3 et 4.4, 27 et 28 ; 113 Ia 266, c. 3, 269.

¹⁴ Les exemples cités dans cette contribution se voulant illustratifs de l'approche arithmétique et quantitative des indices, nous ne nous référons pas ici expressément à l'une ou l'autre des notions figurant dans le droit suisse, mais à leur principe. Pour plus de détails, v. p. ex. : Accord intercantonal du 22 septembre 2005 harmonisant la terminologie dans le domaine des constructions (AIHC) et ses annexes ; normes ORL 514 420 de l'Institut für Orts-, Regional- und Landesplanung, édition 1966, SN 504 416/1, Indices de calcul pour les installations du bâtiment – dimensions des éléments de construction, grandeurs de référence, indices pour la physique du bâtiment, l'énergie et les installations du bâtiment, édition 2007 ou Norme SN 504 421, Aménagement du territoire – indices d'utilisation du sol, édition 2006 ; www.densite.ch. V. ég. ANDREY, Le transfert d'indices de constructibilité (n. 6), nos 61 à 365.

¹⁵ Normes ORL 514 420 de l'Institut für Orts-, Regional- und Landesplanung, édition 1966. BOVAY/MONOD, Les conventions de droit à bâtir (n. 4), 161 ss.

¹⁶ AIHTC, Commentaire AIHC, état du 3.9.2013, www.dtap.ch > Concordats > AIHC > Commentaire du 03.09.2013 (24.09.2013), « Mesure d'utilisation du sol », ch. 1.

C. La nature juridique

Formellement, l'indice de constructibilité repose directement sur un plan d'affectation¹⁷, lequel se compose d'un document « plan » et d'un règlement de construction¹⁸. Il s'agit d'une faculté d'usage (*quasi*-)réelle¹⁹, rattachée à une parcelle et dont la jurisprudence fédérale reconnaît qu'elle peut faire l'objet de transfert en faveur d'une autre parcelle²⁰.

Quant à son usage, seule une décision d'autorisation de construire au sens de l'art. 22 LAT²¹ épuise l'indice de constructibilité et autorisera sa réalisation sous la forme d'une ou de plusieurs constructions.

III. Le contrat de transfert

Comme évoqué, la jurisprudence fédérale reconnaît la possibilité pour un administré de céder l'indice de constructibilité dont il est titulaire à un autre administré moyennant le respect de diverses conditions.

La nouvelle de la LAT, entrée en vigueur le 1^{er} mai 2014, vise principalement à la densification du milieu bâti, notamment par l'entremise de l'exploitation des surfaces sous-utilisées²². À cet égard, l'accord de transfert d'indices apparaît comme un outil à même de contribuer à la réalisation des objectifs de création d'un milieu bâti compact et de densification que s'est donnée la population²³.

Cela étant, la qualification de ces accords de transfert fait l'objet de discussion en doctrine²⁴ dans la mesure où le Tribunal fédéral n'a jamais eu à se pencher sur cette question.

En effet, la convention de transfert d'indices présente des caractéristiques relativement uniques. Cet accord prend place *entre deux sujets de droit privé* et son *objet* se caractérise par un transfert direct²⁵ d'une quotité de droits à bâtir entre parcelles. De surcroît, l'autorité administrative compétente en matière de permis de construire ne prend pas directement part à l'accord de transfert, car elle n'est pas titulaire de cette quotité d'indice.

De toute évidence, cette constellation juridique ne correspond pas aux « canons » des contrats de droit administratif, qui prennent généralement place lorsqu'un accord concerne deux autorités ou une autorité et un administré.

Cela étant, nous sommes d'avis que ni la *nature privée* des sujets²⁶ ni le fait qu'aucune des parties ne bénéficie d'une délégation de l'exercice d'une puissance publique²⁷ viennent exclure la figure du contrat de droit administratif dans la situation d'espèce²⁸. Bien au contraire, l'*objet* du contrat de transfert d'indices de constructibilité, soit sa prestation déterminante, apparaît comme le critère quali-

¹⁷ Il s'agit d'un *aliud* juridique, lequel prend la qualification d'une décision ou d'une norme selon les cas. ATF 90 I 345, c. 2b, 350 à 355 ; 121 II 317, c. 12c, 346 ; 135 II 328, c. 2.1, 331. BOVAY/MONOD, Les conventions de droit à bâtir (n. 4), 160.

¹⁸ PIERRE MOOR /ÉTIENNE POLTIER, Droit administratif/Les actes administratifs et leur contrôle, vol. 2, 3e éd., Berne 2011, 519.

¹⁹ ANDRÉ GRISEL, À propos de la succession en droit public/Le transfert des droits et des obligations des administrés, in : Mélanges Henri Zwahlen, Lausanne 1977, p. 300 (cité : Le transfert). Sur cette notion, v. MOOR/POLTIER (n. 18), 83. ANDREY, Le transfert d'indices de constructibilité (n. 6), nos 423 à 437.

²⁰ ATF 96 I 537, c. 3 et 4, 542 ; 101 Ia 289, c. 3a, 90 à 292 ; 104 Ia 328, c. 5e, 335 ; 108 Ia 116, c. 3b, 121 et 122 ; 109 Ia 188 « *Flims* », c. 3, 190 et 191. Plus récemment arrêts TF 1C_430/2015 du 15 avril 2016, c. 5.1 ; 1C_252/2014 du 4 novembre 2014, c. 2.2 ; 1C_389/2013 du 25 mars 2014, c. 4.1 ; 1C_161/2010 du 21 octobre 2010, c. 4.2 ; 1C_332/2007, c. 4 du 13 mars 2008 ; 1P.459/2004 du 9 février 2005, c. 4.2.3.

²¹ ATF 137 II 254, c. 3.1, 257. Arrêt TF 1C_429/2018 du 30 septembre 2019, c. 4.1.

²² Message du 20 janvier 2010 relatif à une révision partielle de la loi sur l'aménagement du territoire (FF 2010 I 0959, 975, pt. 2.2). BOVAY/MONOD, Les conventions de droit à bâtir (n. 4), 164.

²³ Art. 1 al. 2 let. b LAT.

²⁴ V. ANDREY, Le transfert d'indices de constructibilité (n. 6), nos 1287 à 1290. DENIS PROTET, Le transfert des droits à bâtir, in : Morger (éd.), La densification du territoire et son impact sur les transactions immobilières – Contributions des séminaires de formation continue organisés par la Fondation Notariat Suisse le 21 août 2017 à Zurich et le 14 septembre 2017 à Lausanne, Genève/Zurich/Bâle 2019, 155-184, 162 et 163 (contrat de droit administratif) (cité : Le transfert des droits à bâtir) ; BOVAY/MONOD, Les conventions de droit à bâtir (n. 4), 164 (contrat de droit privé).

²⁵ Par opposition à la vente d'une fraction de l'immeuble, laquelle emporte le transfert – indirect – de la quotité d'indice de constructibilité qui s'y rattache. V. MOOR/POLTIER (n. 18), 78. ANDREY, Le transfert d'indices de constructibilité (n. 6), nos 635 à 638.

²⁶ ATF 93 I 506, c. 1, 508 ss ; 99 Ib 115, c. 2, 120. V. ég : RVJ 1979, 21 précité. Plus récemment : ATAF B-7849/2007 du 19 novembre 2008, c. 5. JACQUES DUBEY/JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY, Droit administratif général, Bâle 2014, nos 1077 à 1080. ANDRÉ GRISEL, Traité de droit administratif, vol. 1, Neuchâtel 1984, 449. MOOR/POLTIER (n. 18), 433. BOVAY/MONOD, Les conventions de droit à bâtir (n. 4), 163.

²⁷ En effet, la délégation de compétence apparaît comme une manifestation de l'appartenance au droit public, et non l'inverse. V. sur ce point, GRISEL, vol. 1 (n. 26), 107. *Contra* : BOVAY/MONOD, Les conventions de droit à bâtir (n. 4), 164.

²⁸ ANDREY, Le transfert d'indices de constructibilité (n. 6), nos 1184 à 1290.

ficatif déterminant²⁹ dans la mesure où le *contenu*, la *fonction*, l'*organisation* et la *concrétisation* de cette prestation déterminante reposent exclusivement sur le droit public.

En effet, comme précédemment mentionné, l'indice se fonde sur un plan d'affectation et son règlement. À cet égard, l'indice et l'accord de transfert ne se définissent et ne s'organisent qu'en relation avec le droit public de l'aménagement du territoire et de la police des constructions. En effet, le contenu de l'indice découle du droit cantonal ou communal et sa localisation intervient par le biais du document « plan » du plan d'affectation. De surcroît, le transfert opère une diminution et une augmentation simultanées des facultés d'usage de droit public³⁰, de même qu'un changement de titularité entre administrés.

Par ailleurs, la *fonction* de l'indice et de son transfert découle des buts et principes de l'aménagement du territoire (art. 1 et 3 LAT). En effet, comme déjà évoqué, si l'indice contribue à une utilisation mesurée du sol (art. 1 al. 1 LAT), son transfert y contribue également puisqu'il permet, d'une part, de réaliser le tissu bâti planifié par l'autorité (et donc le potentiel d'accueil prévu pour les nouveaux habitants et/ou emplois) et, d'autre part, d'assurer une meilleure utilisation des surfaces sous exploitées (art. 3 al. 3 let. a^{bis} LAT). Sur ce dernier point, il faut d'ailleurs souligner que le transfert d'indices prendra généralement place parce que son titulaire n'est pas en mesure ou ne souhaite pas réaliser celui-ci sur sa parcelle.

Enfin, on rappellera que l'usage effectif de l'indice, qu'il soit transféré ou non, découle nécessairement de l'octroi d'une autorisation de construire au sens de l'art. 22 LAT³¹. En d'autres termes, la concrétisation de cette opération de transfert découle nécessairement d'une norme de droit public : celle conférant la compétence de police à l'autorité délivrant les autorisations de construire.

IV. Conclusion

Pour les motifs évoqués ci-dessus, nous sommes d'avis³² qu'une convention portant sur le transfert d'indices de constructibilité contribue à la réalisation des potentiels de droit à bâtir, ainsi qu'à une densification saine du territoire bâti.

En outre, le *contenu*, la *fonction*, l'*organisation* et la *concrétisation* de l'objet de cette convention reposent exclusivement sur le droit public ; celle-ci met d'ailleurs en œuvre l'intérêt public indépendamment de la qualité de parties mais aussi de leurs intérêts privés respectifs, matériels ou financiers. Ainsi, il apparaît raisonnable de considérer qu'une telle convention peut être qualifiée de contrat de droit administratif³³.

De cette qualification découlent de nombreuses et fort intéressantes questions³⁴, qui dépassent toutefois le cadre de la présente publication, telles que le respect des exigences relatives au contrat de droit administratif, en particulier celles du *principe de la légalité* ou du *contentieux contractuel*, des *pathologies* de ce contrat et de sa fiscalité, que l'on pourrait communément qualifier de « hors normes ».

²⁹ Dans une approche dite « sélective » de la qualification du contrat en cause, laquelle consiste à choisir parmi différents critères celui qui apparaît comme le plus adéquat pour sa qualification. ATF 120 II 412, c. 1, 414. RDAF 2008 I, 361 ss, ch. II.3.a. ANDREY, Le transfert d'indices de constructibilité (n. 6), nos 1153 à 1164. V. ég. : BOVAY/MONOD, Les conventions de droit à bâtir (n. 4), 163.

³⁰ BOVAY/MONOD, Les conventions de droit à bâtir (n. 4), 160 et 162.

³¹ En ce sens : BOVAY/MONOD, Les conventions de droit à bâtir (n. 4), 163.

³² V. ANDREY, Le transfert d'indices de constructibilité (n. 6), nos 1145 à 1290.

³³ PIOTET, Le transfert des droits à bâtir (n. 24), 162 et 163. *Contra* : BOVAY/MONOD, Les conventions de droit à bâtir (n. 4), 163.

³⁴ V. ANDREY, Le transfert d'indices de constructibilité (n. 6), nos 1298 ss.