

Direkte Demokratie

Herausforderungen zwischen Politik und Recht

**Festschrift für Andreas Auer
zum 65. Geburtstag**

Herausgegeben von
Andrea Good
Bettina Platipodis



Stämpfli Verlag

Direkte Demokratie

Festschrift für Andreas Auer zum 65. Geburtstag



Audax 05

Direkte Demokratie

Herausforderungen zwischen Politik und Recht

**Festschrift für Andreas Auer
zum 65. Geburtstag**

Herausgegeben von
Andrea Good
Bettina Platipodis



Stämpfli Verlag

Zitervorschlag:

Autor, Beitrag, in Festschrift Andreas Auer, Direkte Demokratie

Abbildung auf der Frontispiz-Seite: Olivier Vogelsang

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten, insbesondere das Recht der Vervielfältigung, der Verbreitung und der Übersetzung. Das Werk oder Teile davon dürfen ausser in den gesetzlich vorgesehenen Fällen ohne schriftliche Genehmigung des Verlags weder in irgendeiner Form reproduziert (z.B. fotokopiert) noch elektronisch gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

Gesamtherstellung:

Stämpfli Publikationen AG, Bern
Printed in Switzerland

© Stämpfli Verlag AG Bern · 2013

www.staempfliiverlag.com

ISBN 978-3-7272-2966-4



Les droits à bâtir: une notion virtuelle pour une valeur réelle

FRANÇOIS BELLANGER

Sommaire

I.	Introduction.....	287
II.	Les fondements de l'existence des droits à bâtir.....	288
1.	Le cadre légal	288
a)	Le droit fédéral.....	288
b)	Le droit cantonal	290
2.	Les instruments d'aménagement.....	293
a)	Le plan directeur	293
b)	Les plans directeurs localisés	298
c)	Les plans localisés de quartier.....	299
III.	Le transfert des droits à bâtir.....	304
1.	Les règles générales.....	304
2.	Le report de droit dans les zones inconstructibles.....	306
IV.	Conclusion	306

I. Introduction

Droits à bâtir, indice d'utilisation du sol ou encore densité des constructions sont des notions essentielles dans le domaine des constructions, mais sans véritable ancrage juridique. La Loi fédérale sur l'aménagement du territoire du 22 juin 1979¹ comme nombre de ses lois cantonales d'application sont muettes sur ce point. Pourtant, l'indice d'utilisation du sol ou IUS, prévu par de nombreux plans spéciaux et correspondant au rapport entre la surface du sol et celle des constructions érigées sur celui-ci, détermine les possibilités de construire à l'intérieur du périmètre d'un plan et donc la valeur des terrains compris dans celui-ci. De même, une limitation de la densité admissible dans certaines zones est de nature à rendre plus difficile la réalisation de constructions avec des conséquences sur les possibilités d'usage des terrains. La présente étude a pour objet de cerner les contours juridiques de la notion virtuelle de «droits à bâtir» afin de définir les règles légales ou jurisprudentielles gouvernant leur existence, leur étendue et leur usage afin d'en déterminer la

¹ RS 700; «LAT».

valeur réelle. Nous effectuerons cet exercice au regard du droit genevois, qui illustre les solutions cantonales pour traiter ces droits.

Nous commencerons par exposer les fondements de l'existence de droits à bâtir dans la législation et dans les instruments de planification (II.), avant d'examiner leur traitement dans les mesures de planification cantonale (III.) et de terminer sur les règles gouvernant leur transfert (IV.).

II. Les fondements de l'existence des droits à bâtir

1. Le cadre légal

a) Le droit fédéral

Selon l'article 75, alinéa 1, de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999², «la Confédération fixe les principes applicables à l'aménagement du territoire. Celui-ci incombe aux cantons et sert une utilisation judicieuse et mesurée du sol et une occupation rationnelle du territoire». Il appartient donc à la Confédération de fixer un cadre général, lequel doit être mis en œuvre par les cantons en fonction de leurs législations³. Tel qu'il est prévu par l'article 75 Cst., l'aménagement du territoire a deux composantes⁴.

En premier lieu, le régime d'affectation du sol s'étend à tout le territoire et fixe une stricte séparation entre les terrains à bâtir et les terrains inconstructibles. Une pesée des intérêts entre la mise à disposition de terrains destinés à la construction, le maintien de surfaces agricoles suffisantes et les autres besoins d'utilisation du sol, d'une part, et une concentration des constructions dans des zones à bâtir desservies par des infrastructures adéquates et raisonnablement délimitées en fonction des besoins actuels ou prévisibles pour les quinze prochaines années, d'autre part, permettent une utilisation judicieuse du sol et une occupation rationnelle du territoire⁵. L'aménagement du territoire tend

² RS 101; «Cst.».

³ Martin Lendi, N° 24 ad art. 75 Cst., in: Ehrenzeller, Mastronardi, Schweizer, Vallender (éd.), *Die Schweizerische Bundesverfassung*, 2^e éd., Zurich 2009; Giovanni Biaggini, BV, *Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft und Auszüge aus der EMRK, den UNO-Pakten sowie dem BGG*, Zurich 2007, N° 3 ad art. 75 Cst.; Pascal Mahon, N° 4-5 ad art. 75 Cst., in: Jean-François Aubert, Pascal Mahon, *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999*, Zurich 2003.

⁴ Sur ce point, voir Peter Tschanen, N° 1 ss ad art. 1 & 3 LAT in: Aemisegger et al., *Commentaire de la loi fédérale sur l'aménagement du territoire*, Zurich 1999; Giovanni Biaggini, N° 4 ad art. 75 Cst; Pascal Mahon, N° 2 ad art. 75, in: Jean-François Aubert, Pascal Mahon, *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999*, Zurich 2003.

⁵ Martin Lendi, N° 26-27 ad art. 75 in: Ehrenzeller, Mastronardi, Schweizer, Vallender (éd.), *Die Schweizerische Bundesverfassung*, 2^e éd., Zurich 2009.

ainsi à éviter le gaspillage du sol⁶. La réalisation de cet objectif nécessite la définition dans les cantons de modes efficients d'usage du sol, qui peuvent inclure la définition d'IUS assurant la réalisation de constructions suffisamment denses en fonction des caractéristiques des zones en cause pour garantir une occupation rationnelle de l'espace.

En second lieu, l'aménagement du territoire impose la coordination des mesures qui ont des effets sur l'organisation du territoire. Pour atteindre cet objectif, il est nécessaire de prendre en considération le développement dans son ensemble et d'ajuster les différentes mesures les unes en fonction des autres⁷, comme par exemple, assurer le lien entre les infrastructures de transport existantes ou planifiées et la création de zones d'activités⁸. Ce but impose de répartir de façon rationnelle les différents usages du sol⁹ en utilisant des instruments précis comprenant notamment la quantification des droits d'usage du sol.

L'institution des droits à bâtir trouve donc son fondement théorique dans les buts de l'aménagement du territoire. Elle ne constitue pourtant pas l'un des moyens retenus par LAT et l'Ordonnance sur l'aménagement du territoire du 28 juin 2000¹⁰. En effet, dans la construction pyramidale mise en place par la LAT (le plan directeur, le plan d'affectation et l'autorisation de construire), les droits à bâtir ne sont pas mentionnés.

Ce silence du législateur fédéral ne signifie pas qu'il n'a pas entendu mettre en place une réglementation des droits à bâtir, car l'existence de ces droits découle des instruments d'aménagement mis en place par le droit fédéral; ainsi, le fait de créer des zones à bâtir au sens de l'article 15 LAT signifie que les propriétaires de terrains à l'intérieur de ces zones devront disposer de droits à bâtir. Le choix du législateur fédéral est de laisser au droit cantonal la définition de l'existence et de l'étendue des droits à bâtir¹¹. Elle dépendra tant du contenu des plans cantonaux que des conditions particulières des autorisations de construire réservées par l'article 22, alinéa 3, LAT.

⁶ Thierry Tanquerel, Manuel de droit administratif, Genève 2011, N° 1093.

⁷ Peter Tschanne, N° 19 ad art. 1 LAT in: Aemisegger et al., Commentaire de la loi fédérale sur l'aménagement du territoire, Zurich 1999.

⁸ Voir l'arrêt de principe ATF 116 Ib 265.

⁹ Thierry Tanquerel, Manuel de droit administratif, Genève 2011, N° 1093.

¹⁰ RS 700.1; «OAT».

¹¹ Alexandre Flückiger, Stéphane Grodecki, N° 20 ad art. 15 LAT, in: Aemisegger et al., Commentaire de la Loi fédérale sur l'aménagement du territoire, Zurich 2009; Denis Piotet, «Le transfert du coefficient d'utilisation ou d'occupation du sol et le droit privé fédéral», DC 2000, p. 39.

b) Le droit cantonal

Les lois cantonales genevoises concrétisant les principes de la LAT¹² sont la Loi d'application de la loi fédérale sur l'aménagement du territoire du 4 juin 1987¹³ ainsi que d'autres lois réglant des questions particulières d'aménagement, notamment la Loi générale sur les zones de développement du 29 juin 1957¹⁴ et la Loi sur l'extension des voies de communication et l'aménagement des quartiers ou localités du 9 mars 1929¹⁵. L'application des mesures d'aménagement prévues par ces lois emporte, en outre, la mise en œuvre des règles fixées dans la Loi générale sur le logement et la protection des locataires du 4 décembre 1977¹⁶ et la Loi sur la construction de logements d'utilité publique du 24 mai 2007¹⁷.

Aucune de ces normes ne traite expressément de la création et de l'étendue des droits à bâtir¹⁸. Cette notion ne figure pas dans la LaLAT, notamment à son article 19 qui fixe la destination des zones à bâtir cantonales, et n'est même pas mentionnée aux articles 3 LGZD ou 3 LExt, qui définissent le contenu des plans d'affectation spéciaux, appelés plans localisés de quartier. Les seules normes légales définissant l'étendue des droits à bâtir figurent dans la Loi sur les constructions et installations diverses du 14 avril 1988¹⁹.

L'article 59 LCI détermine un indice légal d'utilisation du sol dans la zone 5 de construction, soit la zone résidentielle destinée aux villas selon l'article 19, alinéa 3, LaLAT.

Selon l'article 59, alinéa 1, LCI, la surface de la construction, exprimée en m² de plancher, ne doit pas excéder 20% de la surface de la parcelle ou des parcelles concernées²⁰, ce qui correspond à un IUS de 0.2. Ce taux peut être augmenté à plusieurs conditions. L'indice est calculé en prenant le rapport entre la surface de la parcelle ou des parcelles concernées et la surface brute

¹² Pour un aperçu des dispositions constitutionnelles genevoises concernant l'aménagement du territoire, voir Thierry Tanquerel, *La participation de la population à l'aménagement du territoire*, Lausanne 1998, p. 25 ss. Le projet de Constitution de la République et canton de Genève, du 31 mai 2012, accepté en votation populaire le 14 octobre 2012 et qui entrera en vigueur le 1^{er} juin 2013, règle l'aménagement du territoire à ses art. 163 ss.

¹³ RS/GE L 1 30; «LaLAT».

¹⁴ RS/GE L 1 35; «LGZD».

¹⁵ RS/GE L 1 40; «LExt».

¹⁶ RS/GE I 4 05; «LGL».

¹⁷ RS/GE I 4 06; «LUP».

¹⁸ Il est fait mention des droits à bâtir aux articles 4, alinéa 4, LGZD, 2, alinéas 4 litt. d et 11 RGZD, 9, alinéa 3 LGL et 16 du Règlement d'exécution de la loi pour la construction de logements d'utilité publique du 23 novembre 2009 (RS/GE I 4 06.01; «RUP»); ces dispositions se limitent à se référer à certaines conséquences de l'existence de ces droits.

¹⁹ RS/GE L 5 05; «LCI».

²⁰ Ces parcelles peuvent inclure, dans la limite des droits de parcelle principale, des dépendances sur lesquelles est construit un chemin d'accès commun à plusieurs propriétaires (Arrêt du Tribunal fédéral 1P_72/2006 du 14 juillet 2006, c. 3.3).

de plancher de la totalité de la construction hors sol²¹ conformément à l'article 59, alinéa 2, LCI²². Cette dernière correspond à la surface de la construction à compter du bord extérieur des murs; elle est donc supérieure à la surface nette, hors murs extérieurs et murs de séparation, utilisée souvent pour le calcul de la surface utile.

En premier lieu, à teneur de l'article 59, alinéa 1, LCI, la surface peut être portée à 22% lorsque la construction est conforme à un standard de haute performance énergétique, équivalent à la norme MINERGIE, respectivement à 24% lorsque la construction est conforme à un standard de très haute performance énergétique, correspondant au moins à la norme MINERGIE-P²³⁻²⁴.

En deuxième lieu, l'article 59, alinéa 3, LCI autorise l'autorité compétente, lorsque les circonstances le justifient et que cette mesure est compatible avec le caractère, l'harmonie et l'aménagement du quartier, à renoncer à prendre en considération dans le calcul du rapport des surfaces, la surface de plancher des combles, lorsque le vide d'étages est inférieur à 2,40 m par rapport au niveau supérieur de la faîtérie, des combles de peu d'importance, indépendamment du vide d'étages, des garages de dimensions modestes, lorsque ceux-ci font partie intégrante du bâtiment principal ou encore des serres, jardins d'hiver ou constructions analogues en matériaux légers et de dimensions modestes²⁵.

Enfin, l'article 59, alinéa 4, LCI prévoit deux dérogations plus importantes pour des projets concernant des constructions contigües²⁶ ou groupées²⁷ en

²¹ Ne sont pas comprises dans les surfaces hors sol, la surface des constructions de peu d'importance, au sens de l'article 3, alinéa 3, RCI, soit des constructions qui ne servent ni à l'habitation, ni à l'exercice d'une activité commerciale, industrielle ou artisanale, dont la surface n'excède pas 50 m² et qui s'inscrivent dans un gabarit limité par une ligne verticale dont la hauteur n'excède pas 2,50 m, une ligne oblique faisant avec l'horizontale partant du sommet de la ligne verticale un angle de 30 et une ligne horizontale de faîtage située à 4,50 m du sol au maximum (art. 59, al. 7, LCI; voir, par exemple, l'ATA/15/2008 du 15 janvier 2008, consid. 4).

²² Voir, par exemple, l'ATA/568/2006 du 31 octobre 2006, c. 6.

²³ Ces dérogations sont applicables dans la zone de protection des rives du lac, même si l'article 3, alinéa 1, de la Loi sur la protection générale des rives du lac du 4 décembre 1992 (RS/GE L 4 10 – «LPRLac») impose de respecter la densité de 0.2. En effet, cette norme indique dans sa seconde phrase que «L'article 59, alinéa 4, de la loi sur les constructions et les installations diverses, du 14 avril 1988, n'est donc pas applicable». Pour ce motif, elle doit être comprise comme limitant la densité à 0.2 avec l'augmentation de 10% à 20% admise pour les constructions avec le standard énergétique adéquat, mais excluant des dérogations plus importantes visant une densité supérieure.

²⁴ Selon le PL 10891-A en cours d'examen par le Grand Conseil, ces taux pourraient être portés à 25%, 27.5% et 30%.

²⁵ Voir, par exemple, l'ATA/125/2008 du 18 mars 2008.

²⁶ L'article 58, alinéa 2, LCI définit la construction en ordre contigu comme l'édification de deux maisons au moins, réunies par un mur mitoyen ou par une construction de peu d'importance et disposant chacune de son propre accès de plain-pied. Voir par exemple l'ATA/98/2012 du 21 février 2012.

exigeant dans les deux cas que les circonstances le justifient et que la mesure soit compatible avec le caractère, l'harmonie et l'aménagement du quartier²⁸. D'une part, selon la lettre a, l'autorité peut autoriser, après consultation de la commune et de la commission d'architecture, un projet de construction en ordre contigu dont la surface de plancher habitable n'excède pas 25% de la surface du terrain; ce taux peut monter à 27.5%, voire 30% en fonction du standard énergétique retenu pour la construction²⁹. D'autre part, l'autorité peut, à teneur de la lettre b, autoriser exceptionnellement, avec l'accord de la commune, exprimé sous la forme d'une délibération municipale, et après consultation de la commission d'architecture, un projet de construction en ordre contigu ou sous forme d'habitat groupé dont la surface de plancher habitable n'excède pas 40% de la surface du terrain; ce taux peut à nouveau atteindre 44% ou 48% selon la solution énergétique³⁰.

L'article 59, alinéas 8 et 9, LCI prévoit également un indice d'utilisation du sous-sol identique à celui prévu à l'article 59, alinéa 1, LCI, mais sans le bonus de 10% ou 20% en fonction du standard énergétique, soit au plus 0.2. L'article 59, alinéa 10, LCI autorise toutefois une dérogation et l'application d'un indice plus élevé si les surfaces excédant l'indice de 0.2 sont destinées à la construction de garages au sous-sol qui permettent de renoncer à l'édification de constructions de peu d'importance à destination de garages en surface.

Le droit cantonal contient donc une réglementation très précise de l'usage du sol en zone villa. Ces règles définissent l'étendue des droits à bâtrir dans cette zone et sont les seules règles expresses en la matière.

En effet, l'article 11, alinéa 4, litt. b, LCI autorise des dépassements de gabarit légaux lorsque les constructions prévues n'excèdent pas l'IUS qui résulterait de la stricte application de la loi. Toutefois, la LCI ne contient pas, sous réserve de la zone villa, de règles fixant des IUS. Ces derniers ne peuvent, au sens de la LCI, dans les quatre premières zones de construction, que résulter de l'application des règles légales sur les distances des bâtiments par rapport aux limites de propriété et la hauteur maximale des constructions. En imposant le positionnement d'une construction sur une parcelle et sa hauteur maximale, elles déterminent dans chaque cas particulier, l'usage maximal du sol pouvant être effectué et donc un indice ponctuel d'utilisation du sol. Cette disposition se réfère donc à la notion d'IUS, mais uniquement en relation

²⁷ La loi ne définit pas cette notion. Il peut s'agir soit d'une seule construction comprenant plusieurs logements, soit de constructions liées entre elles de manière à démontrer leur caractère groupé.

²⁸ Cette disposition est inapplicable dans le périmètre de protection des rives du lac selon l'article 3 LPRLac.

²⁹ Selon le PL 10891-A, ces taux pourraient être portés à 40%, 44% et 48%.

³⁰ Selon le PL 10891-A, ces taux pourraient être portés, pour une parcelle ou des parcelles réunies pour un même projet de plus de 5'000 m², à 50%, 55% et 60%.

avec une problématique isolée de dérogation et non de façon générale pour réglementer cet usage.

Au surplus, le droit cantonal est muet quant à la définition de l'étendue des IUS. Il faut donc se référer aux plans d'aménagement pour déterminer l'existence et le nombre de droits à bâtir éventuels.

2. Les instruments d'aménagement

a) Le plan directeur

En vertu de l'article 6 LAT, les cantons doivent déterminer dans les grandes lignes le cours que doit suivre l'aménagement de leur territoire et traduire ces orientations dans le plan directeur cantonal³¹. A Genève, le Plan directeur cantonal 2015 («PDC») actuellement en vigueur a été adopté par le Grand Conseil en 2001 et a fait l'objet de deux mises à jour partielles par le Conseil d'Etat en 2006 et 2010³². Une révision du Plan directeur cantonal est par ailleurs en cours, en vue d'une adoption du Plan directeur cantonal 2030 («PDCn 2030»)³³.

Le plan directeur en force actuellement à Genève prévoit des indices usuels d'utilisation du sol, qui n'ont pas force obligatoire³⁴ et se limitent à tracer, sous forme d'objectifs, les lignes directrices de l'aménagement du territoire cantonal³⁵.

Selon la fiche 2.12 du Concept de l'aménagement cantonal³⁶, la densification différenciée de la couronne et de la périphérie suburbaine devrait intervenir en fonction des règles suivantes. En premier lieu, dans la zone 3 de développement, située principalement dans la couronne suburbaine, l'urbanisation est prévue selon l'indice usuel de 1,2, voire plus dans les sites qui s'y prêtent ou moins dans les sites sensibles. En deuxième lieu, dans la zone 4A et 4A de développement, le respect de l'indice usuel de 0,8 est préconisé. En

³¹ Peter Tschannen, N° 16 ss ad art. 6 LAT, in: Aemisegger et al., *Commentaire de la Loi fédérale sur l'aménagement du territoire*, Zurich 1999.

³² La mise à jour partielle de 2010 par le Conseil d'Etat du plan directeur cantonal avait pour objectif d'intégrer les mesures d'infrastructures figurant le projet d'agglomération soumis à la Confédération pour bénéficier de financements prévus par la loi fédérale sur le fonds d'infrastructure du 6 octobre 2006 (LFIInfr; RS 725.13), par la loi fédérale sur l'utilisation de l'impôt sur les huiles minérales à affectation obligatoire du 22 mars 1985, ainsi que son ordonnance du 7 novembre 2007 («LUMin», RS 725.116.2; «OUMin», RS 725.116.25). Cinq fiches ont été modifiées: 1.06 Projet d'agglomération, 2.08 Voies urbaines structurantes, 4.02 CEVA, 4.03 Desserte ferroviaire régionale, 4.04 Réseau de tram.

³³ Etat de Genève, *Enjeux du PDCn 2030*, http://etat.geneve.ch/dt/amenagement/enjeux_plan_directeur_cantonal_2030-686-4991-11909.html (l'état des liens Internet de la présente contribution est au 10 octobre 2012).

³⁴ Voir ATA/543/2007 du 30 octobre 2007, c. 7, confirmé par l'arrêt du Tribunal fédéral 1C_17/08 du 15 janvier 2008.

³⁵ ATA/532/2012 du 21 août 2012, c. 4a.

³⁶ http://www.geneve.ch/plan-directeur/asp/consult_concept.asp?num=18.

troisième lieu, pour la zone 4B et 4B de développement correspondant généralement aux noyaux villageois de la périphérie urbaine, un indice usuel de 0,6 est mentionné comme plus approprié. En quatrième lieu, dans la 5^e zone, destinée aux villas, située principalement dans la périphérie urbaine, l'utilisation des terrains à bâtir intervient selon l'indice usuel de 0,2–0,4, avec une préférence pour ce dernier vu la rareté des terrains. Enfin, dans les sites sensibles, l'indice usuel est de 0,2, voire moins, si le site l'exige.

Ces objectifs ne peuvent être atteints, selon la Chambre administrative, que si les impératifs de la protection du patrimoine et des sites le permettent³⁷. La fiche 2.01 des projets et mesures du schéma directeur cantonal concernant la densification de la couronne suburbaine de l'agglomération genevoise³⁸ prévoit le maintien de poches faiblement urbanisées en l'état et la prise de mesures de protection, tel que des plans de site, dans les sites sensibles présentant une valeur patrimoniale d'ensemble à l'intérieur de la couronne suburbaine. Elle est constituée principalement de zones de développement 3 et 4A, situées sur la Ville de Genève et dans les communes de Lancy, Onex, Plan-les-Ouates, Carouge, Chêne-Bougeries, Chêne-Bourg, Thônex, Vernier, Meyrin et Grand-Saconnex. Ces zones comprennent des terrains avec un potentiel à bâtir correspondant à 35% de la surface totale constructible dans le canton à l'horizon 2020. Le PDC propose de densifier ces zones tout en tenant compte des exigences de la protection des sites et du patrimoine en fonction des principes suivants.

La règle de base est d'avoir un IUS de 1.2, voire plus, dans les zones se prêtant à des constructions plus denses, notamment en raison de la proximité d'infrastructure de transports collectifs ou individuels et d'équipements socio-éducatifs de quartier déjà existants ou facilement réalisables, l'absence de contraintes patrimoniales, de site ou foncières ou encore l'opportunité de créer ou de renforcer une centralité³⁹. En revanche, un IUS de 0.5 à 1.0, correspondant à une densification intermédiaire, s'appliquera si le secteur en cause joue un rôle dans le réseau des parcs et des cheminements piétonniers, contient des espaces non bâties avec une valeur environnementale, comprend des structures bâties et aménagées existantes qui ont une valeur patrimoniale, historique et culturelle, est situé dans une zone où le tissu bâti des quartiers environnants est sur-densifié ou encore est confronté à des contraintes foncières, notamment des servitudes, restreignant les possibilités constructives. A l'intérieur de ces périmètres, il pourra y avoir des secteurs dits «sensibles», où il sera nécessaire de maintenir des poches faiblement urbanisées en l'état et de prendre des mesures de protection telles que plans de site, en particulier,

³⁷ ATA/445/2012 du 30 juillet 2012, c. 9-10.

³⁸ http://etat.geneve.ch/sadconsult/map/documents/fiches_pdf/fiche201.pdf.

³⁹ Fiche 2.01 PDC, p. 2.

lorsque la structure bâtie et/ou arborée présente une valeur patrimoniale d'ensemble. Pour ces dernières, un IUS maximal de 0.4 est prévu⁴⁰.

Le Conseil d'Etat a adopté le 24 janvier 2001 un plan d'ensemble des périmètres à urbaniser dans la couronne suburbaine mettant en évidence la couronne suburbaine et identifiant les zones avec un IUS de 1.2 ou plus, de 0.5 à 1 ou de 0.4 au plus. Ce plan a été modifié lors de la révision du plan directeur en 2006 et sa version 2 a été adoptée par le Conseil d'Etat le 28 mars 2007. Il forme l'annexe à la fiche 2.01⁴¹.

Du point de vue du Conseil d'Etat, lorsqu'un périmètre situé dans cette couronne suburbaine doit être densifié, il serait possible de faire un calcul global permettant de prendre en considération l'IUS inférieur dans une zone protégée et l'IUS dans la zone adjacente pour examiner si, en additionnant les deux IUS, l'IUS prévu par le PDC est respecté. La Chambre administrative (à l'époque le Tribunal administratif) a toutefois retenu une approche différente dans un ATA/426/2010 du 22 juin 2010 avec des conséquences juridiques importantes en matière d'aménagement du territoire et, plus particulièrement, de densité des constructions.

Cet arrêt concernait un plan localisé de quartier (PLQ) N° 29489-511 visant sept parcelles d'une surface totale de 9'460 m², situées en zone de développement 3, entre la route de Chêne, le chemin Faletti au sud-ouest et le chemin de Grange-Canal au nord-ouest. Il prévoyait la construction de sept bâtiments ainsi que le maintien de deux immeubles existants. Ces constructions avaient une densité de 1.05, supérieure de 0.5, soit 473 m² de SBP équivalant à environ 4 logements. Ce plan était adjacent à un autre secteur faisant l'objet d'un plan de site N° 29577 dont la conséquence était de bloquer la densité de son périmètre à 0.95⁴². Les deux secteurs en cause étaient classés dans une zone de densification intermédiaire avec un IUS de 0.5 à 1 par l'annexe 1 à la fiche 2.01 du PDC. En additionnant la densité des deux plans, l'excès de 0.05 du PLQ était compensé par l'indice inférieur de 0.05 dans le plan de site. Bien que faible en zone 3, cet indice de 1.05 est devenu un enjeu du débat juridique devant la Chambre administrative: les propriétaires concernés par le plan demandant à ce que cet indice soit augmenté à 1.2 et les opposants aux constructions à ce qu'il soit réduit à 1. Entre les deux parties, le Conseil d'Etat soutenait que la compensation entre les deux plans était admissible et permettait de respecter l'IUS de 1 prévu par le plan directeur.

La Chambre administrative a refusé ce raisonnement en affirmant, d'une part, que le PDC est obligatoire pour les autorités cantonales et, d'autre part, qu'une compensation viderait de son sens le but de protection des zones à

⁴⁰ Fiche 2.01 PDC, p. 2.

⁴¹ http://etat.geneve.ch/sadconsult/map/documents/annexes/Annexe_fiche201.pdf.

⁴² Ce plan a donné lieu à deux recours qui ont été rejetés par la Chambre administrative (ATA/427/2010 du 22 juin 2010, confirmé par un arrêt du Tribunal fédéral 1C_386/2010 du 17 janvier 2011, et ATA/428/2010 du 22 juin 2010).

plus faible densité. Cette juridiction utilise des termes très forts en affirmant qu'il y aurait détournement de la loi. Elle n'admet qu'une légère compensation entre des sous-secteurs situés dans un même périmètre, régis par une même zone et soumis à la même protection. Ainsi, des terrains situés à proximité des transports publics et subissant moins de contraintes que leurs voisins pourraient avoir un IUS légèrement supérieur à la fourchette préconisée par le PDC si ce dépassement est compensé par un abaissement de l'IUS pour le reste du périmètre. Dans l'optique de la Chambre administrative, un PLQ peut ainsi comprendre deux sous-secteurs, l'un plus dense, l'autre moins dense, pour autant que ce PLQ respecte l'IUS préconisé par le PDC. La Chambre administrative qualifie ce traitement de «*subtilité dans la perspective d'un aménagement intelligent, afin qu'il puisse être tenu compte, de la meilleure façon possible, des contraintes ou des particularités du lieu à aménager*»⁴³. Il n'est, en revanche pas «*un outil pour densifier et rentabiliser au maximum les opérations immobilières*»⁴⁴.

Pour étayer sa position juridique, la Chambre administrative se réfère à deux de ses arrêts antérieurs, un ATA/619/2007 du 4 décembre 2007⁴⁵ et un ATA/200/2008 du 29 avril 2008⁴⁶. Ces deux arrêts ne contiennent pas une affirmation aussi forte que celle formulée dans l'ATA/426/2010 et ne correspondent pas à l'ensemble de la jurisprudence de la Chambre administrative sur cette question de la densité des constructions dans la couronne suburbaine.

⁴³ ATA/426/2010, c. 4 in fine.

⁴⁴ ATA/426/2010, c. 4 in fine. Voir également sur cette question, l'ATA/619/2007 du 4 décembre 2007 et l'ATA/474/2006 du 31 août 2006 confirmé par l'arrêt du Tribunal fédéral 1C_268/2008 du 25 septembre 2008.

⁴⁵ L'ATA/619/2007 concernait le quartier du Mervelet. Trois plans étaient concernés, le PLQ N° 29416-206 situé à l'avenue de Joli-Mont, le PLQ N° 29451-206 situé à l'avenue Louis-Casaï, à l'avenue de Joli-Mont et à l'avenue de Riant-Parc, et enfin le PLQ N° 29452-206 à l'avenue Louis-Casaï, à l'avenue de Riant-Parc et au chemin Charles-Georg. Ces trois plans prévoyaient respectivement des IUS de 1.15, 1.30 et 1.17. Ces trois indices étaient supérieurs à l'IUS de 0.5 à 1 recommandé par le PDC pour le quartier du Mervelet. Toutefois, dans un périmètre voisin, couvert par un plan de site, l'IUS devait être sensiblement inférieur. La Chambre administrative a admis que l'adoption d'un IUS élevé dans les trois PLQ permettrait l'utilisation d'un IUS plus faible dans le reste du quartier, l'idée étant de réaliser une forte densification aux endroits les moins dommageables. Toutefois, la Chambre administrative a insisté sur le fait que l'utilisation pour tout le quartier de tels indices violerait le PDC (c. 4, in fine).

⁴⁶ L'ATA/200/2008 concernait un seul PLQ N° 29104-275, adopté le 12 octobre 2005 par le Conseil d'Etat et valant pour partie plan de site. Il concernait plusieurs parcelles à l'angle de route de Florissant et la rue Giovanni-Gambini dans le secteur du Pré-de-l'Ours. Ce plan prévoyait la construction de deux groupes immeubles avec un IUS de 0.75 alors que les parcelles situées dans le sous-périmètre du plan de site bénéficiaient d'un IUS de 0.2. Dans ce cas, la Chambre administrative a uniquement effectué la moyenne des IUS sur l'ensemble du périmètre pour aboutir à un indice de 0.56, qu'elle a jugé compatible avec le PDC, car situé dans la fourchette de 0.5 à 1. Cet arrêt a fait l'objet d'un recours au Tribunal fédéral qui a été rejeté sans que cette question de la péréquation entre deux périmètres soit traitée (arrêt du Tribunal fédéral 1C_268/2008 du 25 septembre 2008, c. 4).

ne. En dépit de cette faiblesse dans son argumentation, l'arrêt fixe en l'état le régime applicable aux droits à bâtir dans la couronne suburbaine.

Les principes énoncés dans cet arrêt ont été repris dans un arrêt plus récent qui concernait le quartier du Point-du-Jour, également situé en zone de développement 3 en zone suburbaine⁴⁷. Bien qu'admettant dans son principe la densification différenciée, la Chambre administrative a ajouté que la compensation entre sous-secteurs implique de pouvoir disposer d'une vision globale de l'ensemble du site. Or, une telle vision globale n'existe pas lorsque les PLQ destinés à densifier le périmètre ne sont pas encore à l'étude ou adoptés, puisque dans ce cas les densités ne sont pas encore connues de manière certaine⁴⁸.

Pourtant, dans un arrêt rendu quelques mois auparavant, la Chambre administrative a jugé «*qu'il n'est pas contraire à la loi ou au PDC ni à l'esprit de ceux-ci d'opter pour une densification différenciée, à l'intérieur même d'un quartier, en utilisant au maximum le potentiel constructible des parcelles qui se trouvent les plus proches des voies de communication existantes et en préservant, par ce biais, l'intérieur du quartier et la végétation d'une forte urbanisation (ATA/200/2008 du 29 avril 2008;ATA/619/2007 du 4 décembre 2007). La souplesse du PDC s'accorde ainsi d'une légère compensation entre des sous-secteurs situés dans un même périmètre, régis par une même zone et soumis à la même protection. Ce procédé ne doit pas être conçu comme une véritable compensation de surfaces. Il doit permettre uniquement d'apporter de la subtilité dans la perspective d'un aménagement intelligent, afin qu'il puisse être tenu compte, de la meilleure façon possible, des contraintes ou des particularités du lieu à aménager. Il n'est pas un outil pour densifier et rentabiliser au maximum les opérations immobilières*»⁴⁹. Cet arrêt se réfère uniquement aux deux arrêts que nous avons mentionnés aux notes 45 et 46, qui ont une approche plus souple de la portée du PDC que l'ATA/427/2010.

En conséquence, même si la jurisprudence de la Chambre administrative semble fluctuer, l'approche rigide exprimée dans l'ATA/427/2010 et confirmée dans l'ATA/532/2012 parait prédominer.

D'un point de vue géographique, la portée de ces arrêts reste limitée aux seules zones visées par l'annexe à la fiche 2.01⁵⁰. Elle ne peut être étendue aux autres zones destinées à être densifiées. D'ailleurs, en zone urbaine autre

⁴⁷ ATA/532/2012 du 21 août 2012.

⁴⁸ ATA/532/2012 du 21 août 2012, c. 3b.

⁴⁹ ATA/99/2012 du 21 février 2012, c. 10.

⁵⁰ Arrêt du Tribunal fédéral 1C_248/2008 du 25 septembre 2008, c. 2.

que la couronne, un certain nombre de plans récents prévoient des IUS plus élevés que l'indice maximal de 1.2⁵¹.

Du point de vue du droit, ces arrêts aboutissent à deux résultats qui n'ont probablement ni été anticipés, ni voulus par le législateur. D'une part, ils donnent un caractère obligatoire non seulement pour les autorités mais aussi les particuliers à certains des IUS figurant dans le plan directeur cantonal. D'autre part, ils excluent dans de nombreux cas une flexibilité souhaitable dans la mise en œuvre des IUS mentionnés dans le PDC. Ces résultats sont juridiquement erronés. Il n'existe aucun élément juridique permettant de traiter de façon différente les indices généraux figurant au chiffre 2.12 du concept de l'aménagement cantonal et ceux mentionnés dans la fiche 2.01. Ces deux documents ont la même portée et visent à donner des objectifs généraux adaptables en fonction des circonstances particulières de chaque périmètre. Pourtant, la Chambre administrative les traite de façon contradictoire en considérant les uns comme des objectifs généraux et les autres comme des indices obligatoires. Cette approche, qui ne trouve aucun fondement dans le plan directeur, transforme la fiche 2.01 du plan directeur en une sorte de norme légale limitant l'utilisation du sol alors que ni la LaLAT, ni la LCI ne prévoient de tels taux impératifs. La Chambre administrative compense l'absence de base légale en transformant le plan directeur en une telle norme impérative, contrairement à la nature de cet instrument juridique⁵².

b) Les plans directeurs localisés

Les plans directeurs localisés (PDL), prévus par l'article 10 LaLAT, sont une création genevoise, qui font partie de la planification directrice. Ils ont été intégrés dans la loi en 2002 afin de notamment confier au canton et aux communes un instrument de concertation et d'aide à la décision dans les domaines relevant de leur compétence permettant de fixer les grandes lignes de l'aménagement de tout ou partie du territoire d'une ou plusieurs communes⁵³. La loi distingue entre deux catégories de PDL, selon le périmètre qu'ils recouvrent: le plan directeur communal (PDCom) et le plan directeur de quartier (PDQ).

⁵¹ Voir par exemple: PLQ 29594 (chemin Terroux): 1.32; PLQ 29584 (Gare CEVA Pont-Rouge): 1.32; PLQ 29583 (Gare CEVA Route des Jeunes): 3.68; PLQ 29574 (Chemin Vandelle, Versoix): 1.55; PLQ 29566 (Roseraie): 1.81.

⁵² Dans un ATA/497/2006, c. 28, la Chambre administrative a retenu exactement l'inverse concernant le rapport entre la fiche 2.01 et l'article 3, alinéa 5, LGZD, qui autorise un dépassement de 10% au plus la surface de plancher constructible prévue par un PLQ pour des constructions à haut standard énergétique. Elle a jugé qu'en vertu du principe de la hiérarchie des normes, cette disposition légale prend le pas sur les normes de rang inférieur, comme sur le plan directeur qui ne saurait en paralyser l'application.

⁵³ Exposé des motifs à l'appui du PL 8548 modifiant la loi d'application de la Loi fédérale sur l'aménagement du territoire, déposé au Secrétariat du Grand Conseil le 3 août 2001, p. 6-7.

Les PDL adoptés par une commune et approuvés par le Conseil d'Etat ont force obligatoire pour ces autorités. Aussi les autorités chargées de la planification d'affectation dans le périmètre des PDL doivent veiller à ne pas s'écartez sans motifs des orientations retenues par le PDL. En revanche, les PDL ne produisent aucun effet juridique à l'égard des particuliers, qui n'ont pas un droit de recours à leur encontre, que ce soit à titre principal ou à titre préjudiciel (art. 10, al. 8, LaLAT). Selon la formule consacrée figurant tant dans les travaux préparatoires que dans la jurisprudence, «*les plans directeurs localisés ont le caractère d'un outil de travail consensuel liant les autorités entre elles. Il ne s'agit pas d'un nouvel instrument formel d'aménagement du territoire, venant s'ajouter à ceux existants, pouvant être invoqué par des tiers dans le cadre de la procédure d'adoption des plans d'affectation du sol et donc susceptible de retarder ce dernier type de procédure, ce qu'il convient bien entendu d'éviter*»⁵⁴. Les PDL sont conçus pour permettre d'accélérer les procédures subséquentes⁵⁵.

Les PDL peuvent fixer un indice général d'utilisation du sol sur l'ensemble de leur périmètre. Le projet de plan directeur de quartier pour la zone dite des «Cherpines» prévoit ainsi un IUS de référence de 1.01⁵⁶. Un tel indice ne lie pas les propriétaires privés, mais doit être respecté dans la mesure du possible par les autorités dans l'application du plan. En particulier, si on transpose à cet indice la jurisprudence de la Chambre administrative relative à la couronne suburbaine que nous avons exposée *supra* au point 1., cet indice serait obligatoire pour tous les plans d'affectation spéciaux adoptés dans le périmètre du PDL.

c) Les plans localisés de quartier

Le plan localisé de quartier ou PLQ est un plan d'affectation spécial⁵⁷ tel que défini aux articles 14 et suivants de la LAT, soit un plan qui règle le mode d'utilisation du sol en déterminant, de façon contraignante, le mode, la localisation et la mesure de l'utilisation admissible du sol pour chaque parcelle sise dans son périmètre⁵⁸. Les PLQ relèvent en droit genevois principalement de la LGZD. Cette loi réglemente les zones de développement qui ont notamment

⁵⁴ Exposé des motifs à l'appui du PL 8548 modifiant la loi d'application de la Loi fédérale sur l'aménagement du territoire, déposé au Secrétariat du Grand Conseil le 3 août 2001, p. 8.

⁵⁵ ATA/453/2011 du 20 juillet 2011, c. 7.

⁵⁶ http://etat.geneve.ch/geodata/SIAMEN/PDL/PDQ_Cherpines/29897_cahier1.pdf.

⁵⁷ Nous ne traiterons pas dans cet article des plans de site qui peuvent, en droit genevois, fixer un IUS maximal pour des raisons de protection du patrimoine ou d'un site; voir par exemple l'ATA/197/2012 du 3 avril 2012, c. 3.

⁵⁸ Peter Hänni, Planungs-, Bau- und besonderes Umweltschutzrecht, 5^e éd., Berne 2008, pp. 140 ss; Pierre Moor, N° 1 ss ad art. 14 LAT, in: Aemisegger et al., Commentaire de la loi fédérale sur l'aménagement du territoire, Zurich 1999; Peter Hänni, Bernhard Waldmann, Raumplanungsgesetz, Berne 2006, N° 1 ss ad art. 14 LAT.

pour but de favoriser l'urbanisation ou la restructuration de certains territoires (art. 12, al 4, LaLAT et 1 LGZD) ainsi que de permettre la maîtrise du prix des terrains situés dans ces zones afin de favoriser la construction de logements bon marché⁵⁹.

En principe, sous réserve de quelques cas de dérogations⁶⁰, l'octroi d'une autorisation de construire dans une zone de développement nécessite l'adoption préalable d'un PLQ. Selon la jurisprudence, le PLQ doit définir de manière aussi précise et complète que possible tous les aspects contenus à l'intérieur du périmètre qu'il fixe⁶¹.

Les éléments devant être contenus dans le PLQ sont énumérés à l'article 3, alinéa 1, LGZD. Il s'agit (a) du périmètre d'implantation, du gabarit et de la destination des bâtiments à construire, (b) des espaces libres, privés ou publics, notamment les places, promenades, espaces verts et places de jeux pour enfants, (c) des terrains réservés aux équipements publics, (d) de la végétation à sauvegarder ou à créer, (e) des places de parage et des garages, et (f) du concept énergétique territorial au sens de l'article 6, alinéa 12, de la loi sur l'énergie, du 18 septembre 1986⁶²; le PLQ doit en outre contenir les éléments de base du programme d'équipement (art. 3, al. 2, LGZD). Cette disposition ne mentionne pas les droits à bâtir. Ceci ne signifie toutefois pas qu'un plan ne puisse régler de manière obligatoire la répartition de ces droits.

Selon l'article 2, alinéa 1, litt. a, LGZD, le PLQ est assorti d'un règlement de quartier. Lorsque celui-ci n'est pas élaboré spécialement pour un projet, l'article 4, alinéa 2, LGZD précise que les dispositions du règlement type annexé au règlement d'exécution de cette loi sont applicables⁶³. Ce règlement type prévoit à son article 1, alinéa 1, que le plan définit l'IUS et que, sauf dispositions contraires de ce dernier, chaque parcelle ou partie de parcelle

⁵⁹ Mémorial des séances du Grand Conseil, 1956, p. 2002; Mémorial des séances du Grand Conseil, 1977, p. 2018. Voir plus récemment l'introduction du nouvel article 4A LGZD à la faveur de l'entrée en vigueur de la Loi pour la construction de logements d'utilité publique du 24 mai 2007 (RS/GE I 4 06; «LUP»).

⁶⁰ Les demandes portant sur des objets de peu d'importance ou provisoires ne nécessitent pas un PLQ selon l'article 2, alinéa 1, LGZD. De plus, selon l'article 2, alinéa 2, LGZD, le Conseil d'Etat peut renoncer à l'adoption préalable d'un PLQ à certaines conditions notamment dans les périmètres de développement de la 5^e zone résidentielle, en zone de développement affectée à de l'équipement public, dans les quartiers de développement déjà fortement urbanisés, pour des projets de constructions ou installations conformes à des plans directeurs de quartier indiquant l'aménagement souhaité ou pour des projets de constructions ou installations conformes au 1^{er} prix d'un concours d'urbanisme et d'architecture réalisé en application de la norme SIA applicable, sur la base d'un cahier des charges accepté par le département chargé de l'aménagement. Le secteur Praille-Acacias-Vernet bénéficie également d'un régime spécial selon l'article 2, alinéa 4, LGZD.

⁶¹ ATA/529/2012 du 21 août 2012; c. 5 ss; ATA/169/2010 du 16 mars 2010, c. 5c; ATA/696/2000 du 14 novembre 2000, c. 6a, et les références.

⁶² RS/GE L 2 30; «LEn».

⁶³ L'Annexe au règlement d'application de la loi générale sur les zones de développement du 20 décembre 1978 (RS/GE L 1 35.04; «RGZD2») contient en effet un Règlement de quartier type.

comprise à l'intérieur du périmètre du plan bénéficie d'un droit à bâtir équivalent à cet indice⁶⁴. A défaut, l'IUS se déduit du plan qui doit fixer avec précision l'implantation des bâtiments et leur dimension⁶⁵.

De plus, l'article 2, alinéa 4, litt. d, du Règlement d'application de la loi générale sur les zones de développement du 20 décembre 1978⁶⁶ prévoit que lorsqu'une demande de renseignement porte sur un périmètre soumis ou destiné à l'adoption d'un plan localisé de quartier et dans l'hypothèse où le préavis de l'office de l'urbanisme est favorable, le département peut, dans le cadre de ce préavis, demander tous renseignements ou pièces complémentaires nécessaires à cet effet, et en particulier tableau et schéma de répartition des droits à bâtir, ainsi que toutes pièces nécessaires aux remaniements parcellaires qu'implique la réalisation du projet. En conséquence, lorsque les parcelles comprises à l'intérieur du périmètre du plan ne bénéficient pas chacune d'un droit à bâtir équivalent à l'IUS, notamment lorsque l'implantation des constructions projetées ne permet pas à chaque parcelle prise isolément de bénéficier de son droit à bâtir, la délivrance des autorisations de construire est conditionnée à la production d'un plan de remaniement parcellaire accepté par les propriétaires concernés (art. 1, al. 3, RGZD2). Au besoin, le règlement de quartier peut en outre imposer un tel remaniement parcellaire (art. 4, al. 4, LGZD).

En conséquence, l'IUS et une éventuelle répartition différente des droits à bâtir entre parcelles doivent en principe figurer dans le plan. Ils prendront la forme d'un tableau de répartition des droits à bâtir qui définit les droits de chaque propriétaire à l'intérieur du périmètre du plan.

Ce tableau garantit les droits entre les différents propriétaires de parcelles comprises dans le périmètre du plan. En effet, selon les contraintes liées à la mise en œuvre du plan, certains propriétaires se voient imposer l'obligation de céder tout ou partie de leur parcelle gratuitement. De plus, l'assiette des futurs immeubles ne correspond généralement pas à la répartition des parcelles et donc aux droits des propriétaires concernés qui pourraient découler de la maîtrise du sol. Le tableau de répartition sert ainsi à garantir à tous les propriétaires des possibilités de construire potentiellement équivalentes malgré les mesures affectant le foncier.

Selon la jurisprudence constante, le principe de l'égalité de traitement n'a qu'une portée réduite dans l'élaboration des plans d'affectation. «*Il est en effet dans la nature même de l'aménagement local que la délimitation des zones créent des inégalités et que des terrains de mêmes situation et nature puissent être traités différemment en ce qui concerne tant leur attribution à une zone déterminée que leur possibilité d'utilisation. Du point de vue*

⁶⁴ ATA/505/2007 du 9 octobre 2007, c. 3d.

⁶⁵ ATA/505/2007 du 9 octobre 2007, c. 4c.

⁶⁶ RS/GE L 1 35.01; «RGZD».

*constitutionnel, il suffit que la planification soit objectivement soutenable, c'est-à-dire qu'elle ne soit pas arbitraire*⁶⁷. Cette jurisprudence vaut au regard de la planification, à savoir face à la décision de comprendre ou de ne pas comprendre une parcelle dans le périmètre d'un plan de sorte que celle-ci est soumise ou non à un régime constructif distinct des parcelles du voisinage⁶⁸. En revanche, la situation est différente lorsqu'il s'agit d'apprécier la portée du principe de l'égalité de traitement pour les propriétaires de parcelles situées à l'intérieur d'un même plan. En effet, dans ce cas, les parcelles sont par définition comprises dans un même périmètre et soumises à un régime constructif identique, de sorte que, du point de vue de l'application du principe de l'égalité de traitement, les conditions déclenchant l'application du principe devraient être acceptées.

L'attribution des droits à bâtir, dans le cadre d'un PLQ est un instrument permettant de fixer les droits attachés dans le futur à chaque parcelle et de préparer les remaniements parcellaires devant être effectués à l'issue de la réalisation du plan. Pour ce motif, la répartition des droits doit respecter les principes valant pour les remaniements parcellaires. Dans la mesure où un remaniement parcellaire aboutit à la confection d'un nouvel état de propriété, celui-ci doit respecter le principe de la compensation réelle ou de l'équivalence, déduit de l'article 26 Cst., selon lequel les propriétaires ont une prétention à recevoir dans la nouvelle répartition des terrains équivalents, en quantité et en qualité, à ceux qu'ils ont cédés, pour autant que le but du remaniement et les nécessités techniques le permettent⁶⁹. Sous la même condition, les propriétaires qui ont cédé du terrain destiné à la construction doivent recevoir des immeubles de même valeur; l'attribution d'une surface inférieure à celle de l'ancien état satisfait à la compensation réelle si la valeur se trouve néanmoins conservée par l'effet d'une plus-value. Celle-ci peut résulter du remaniement ou de mesures d'aménagement du territoire telles que, par exemple, une augmentation de l'indice d'utilisation⁷⁰.

En conséquence, selon le Tribunal fédéral, le droit à l'égalité de traitement «..., qui n'a en général qu'une portée restreinte en matière d'aménagement du territoire (cf. ATF 118 la 151 consid. 6c p. 162; 116 la 193 consid. 3b p. 195; 114 la 254 consid. 4a p. 257 et les arrêts cités), pèse plus lourd dans le domaine des améliorations foncières, où les investissements des collectivités publiques créent des plus-values substantielles (ATF 119 la 21 consid. 1b p. 25 s.; 105 la 324 consid. 2c p. 326). Le droit à l'égalité est toutefois réduit en tant que, selon le cours ordinaire des choses, il est rarement possible d'assurer à chacun des propriétaires touchés une participation proportion-

⁶⁷ ATF 121 I 245, c. 6e/bb p. 249 et les arrêts cités.

⁶⁸ Pierre Moor, N° 42-43 ad art. 14 LAT, in: Aemisegger et al., *Commentaire de la loi fédérale sur l'aménagement du territoire*, Zurich 1999.

⁶⁹ Arrêt 1C_533/2009 du 7 octobre 2010, c. 3.1; ATF 122 I 120, c. 5.

⁷⁰ SJ 2001 I 221; ATF 122 I 120, c. 5.

nellement égale à l'enrichissement collectif. Il suffit que les disparités relevées à l'issue de la confection du nouvel état ne soient pas manifestes ou choquantes (ATF 119 la 21 consid. 1b p. 25 s.; 105 la 324 consid. 2c p. 326 s.). S'il apparaît que la situation faite à un propriétaire dans le nouvel état n'est pas totalement insoutenable, mais qu'elle est pourtant clairement insatisfaisante, parce que l'autorité a omis des éléments essentiels dans la confection du nouvel état (par exemple, les particularités de l'exploitation) ou parce qu'elle a négligé d'utiliser tous les moyens techniques à disposition pour améliorer cette situation, la décision cantonale doit être annulée pour arbitraire (ATF 105 la 324 consid. 1b p. 326)»⁷¹.

Une répartition différenciée des droits à bâtir à l'intérieur d'un même PLQ n'est donc compatible avec le droit à l'égalité de traitement qu'en présence de motifs objectifs. Ils ne devraient être admis que de manière exceptionnelle à l'intérieur du périmètre d'un PLQ, car tous les terrains concourent à la réalisation du même objectif. Si, par exemple, un terrain doit être affecté à la réalisation d'une route ou d'un équipement public, ce terrain ne doit pas être moins bien traité que les autres. En effet, sans cette route ou l'équipement public, les autres constructions ne peuvent être réalisées. Le terrain qui est mis à contribution permet donc d'atteindre l'objectif du plan au bénéfice des autres parcelles. Le propriétaire du terrain concerné doit bénéficier de cet objectif au même titre que les autres propriétaires. L'égalité de traitement dans la répartition des droits à bâtir permet de garantir ce résultat. La dématérialisation des droits à bâtir dans le tableau de répartition des droits est le moyen de l'atteindre.

Vu son importance, même s'il n'est pas mentionné à l'article 3 LGZD, le tableau de répartition des droits à bâtir est couvert par la force obligatoire du PLQ car il en fait partie intégrante.

Le tableau de répartition des droits est ainsi l'instrument qui donne une valeur à une parcelle en définissant les droits attachés à celle-ci. Une fois ce tableau en force, la parcelle ne remplit plus qu'une importance secondaire, les éléments déterminants sont l'étendue des droits attachés à celle-ci, leur localisation dans les futurs bâtiments à construire et la destination de ces bâtiments déterminée par le PLQ ou les autres dispositions légales applicables, notamment la LGL, la LUP ou encore l'article 4A LGZD. Ces éléments permettent de fixer avec précision la nature et l'étendue des droits à bâtir. Ils peuvent ensuite être cédés avec ou sans la parcelle dont ils dépendent ou être réalisés dans une construction. La valeur des droits dépend en zone de développement des pratiques administratives de l'Office du logement conformément à l'article 5 LGZD⁷². Elle est donc strictement contrôlée par l'Etat. Le tableau

⁷¹ Arrêt 1C_533/2009 du 7 octobre 2010, c. 3.1; ATF 122 I 120, c. 5.

⁷² Ces pratiques sont publiées sur le site Internet de l'Etat de Genève, sous la rubrique «Professionnels de l'immobilier» à l'adresse suivante: <http://www.ge.ch/logement/documentation/pratiques-administratives.asp#professionnels>.

de répartition des droits à bâtir attribue ainsi une valeur réelle à des droits virtuels.

En l'absence d'un tel tableau, le propriétaire de la parcelle peut compter sur des droits, mais ne peut les déterminer avec certitude. Par exemple, dans un secteur où des terrains agricoles ont été déclassés en zone 3, le propriétaire de terrains agricoles déclassés est certain qu'il disposera de droits à bâtir. En revanche, il n'a aucune garantie sur l'étendue précise de ces droits. Elle dépendra, dans un premier temps du PDL si celui-ci fixe un IUS moyen applicable à toutes les parcelles, et surtout, dans un second temps, du PLQ qui inclura la parcelle dans un périmètre comprenant un IUS précis avec un tableau de répartition des droits à bâtir. En l'absence de ces éléments, les droits du propriétaire restent incertains.

III. Le transfert des droits à bâtir

1. Les règles générales

Le transfert de droits attachés à une parcelle vers une autre ne fait pas l'objet d'une réglementation particulière, mais est admis à certaines conditions posées par la jurisprudence.

En premier lieu, une surface donnée ne peut produire qu'un nombre limité de droits à bâtir. En conséquence, si ces droits sont utilisés et qu'il n'y a pas d'augmentation des droits à bâtir en raison d'un changement de législation ou d'une mesure d'aménagement, cette surface devient inconstructible. Pour assurer que des droits à bâtir ne soient pas pris en compte ultérieurement, les cantons peuvent prévoir que l'interdiction d'utiliser les droits fasse l'objet d'une mention au Registre foncier (art. 962, al. 1, CC), mais une telle mention n'a qu'une portée déclaratoire. S'agissant d'une restriction de droit public à la propriété, elle existe en effet indépendamment de son inscription. Il est ainsi admis que le département puisse s'assurer par d'autres moyens, notamment par la tenue des dossiers dans la procédure d'autorisation de construire, que les droits ne soient pas utilisés deux fois.

En deuxième lieu, la part non constructible d'un fonds ne peut pas être comprise dans le calcul des droits à bâtir, sauf disposition expresse. Une telle base légale existe à Genève par exemple à l'article 11, alinéa 4, de la Loi sur les forêts du 20 mai 1999 ou à l'article 15, alinéa 7, de la Loi sur les eaux du 5 juillet 1961. Nous examinerons cette question particulière, infra, à la lettre B.

En troisième lieu, le transfert de la possibilité de bâtir entre deux zones de nature différente, par exemple d'une zone de développement 3 destinée aux grands bâtiments à une zone 5 vouée aux villas, n'est pas admissible. En effet, cela reviendrait à procéder, par une mesure administrative ou un accord sous

seing privé, à une modification des limites des zones préétablie par le législateur cantonal ou communal ou à obtenir une dérogation à l'affectation des zones sans respecter les conditions posées par le législateur cantonal.

Le transfert des droits à bâtir est donc autorisé à l'intérieur de ces limites. Examinons la concrétisation de ces transferts dans deux cas particuliers, les droits à bâtir prévus par un PLQ et ceux découlant de la loi dans une zone 5.

L'attribution de droits à bâtir dans le périmètre d'un PLQ résulte du tableau de répartition des droits à bâtir. Ces droits sont liés à une parcelle déterminée, mais n'ont aucun lien réel avec celle-ci. En principe, un transfert des droits devrait intervenir conjointement avec la vente de la parcelle qui est à leur origine pour assurer l'unité entre le bien-fonds et les droits, d'une part et garantir le respect des trois exigences que nous avons exposées, d'autre part. Toutefois, cette vente conjointe n'est pas obligatoire. Les droits pourraient être cédés indépendamment de la parcelle en cause au moyen d'une convention sous seing privé avec pour effet une dissociation entre la propriété des droits à bâtir et celle du terrain sis dans le périmètre du plan qui est à l'origine de ces droits. Dans ce cas, l'acquéreur des droits devrait se prémunir contre une cession ultérieure des mêmes droits par le propriétaire, mais aura peu ou pas de moyens de le faire. En particulier, l'inscription d'une servitude de non bâtir comme cela peut intervenir dans d'autres situations n'est pas envisageable, car elle entraverait la réalisation future du PLQ. En conséquence, cette possibilité est plutôt théorique ou limitée à des situations dans lesquelles les partenaires ont un contrôle réciproque les uns sur les autres, par exemple s'il s'agit de collectivités publiques.

Les PLQ prévoient souvent des cessions obligatoires de terrains dans un but d'utilité publique, comme la construction d'une route, la renaturation d'une rivière ou encore la réalisation d'équipements publics. Les droits à bâtir liés aux terrains cédés sont transmis avec ceux-ci sauf accord contraire des parties ou mention spécifique dans le PLQ. En conséquence, le propriétaire qui convient de transférer une partie de sa parcelle de gré à gré doit veiller à faire mentionner dans l'acte de vente que le transfert de propriété n'inclut pas les droits à bâtir s'il entend pouvoir en bénéficier à l'avenir. Dans un PLQ, cette question est normalement réglée par le tableau de répartition des droits à bâtir. Lorsque les droits liés aux parcelles dont le PLQ impose la cession font l'objet d'une compensation sur les autres parcelles, l'obligation de cession ne peut constituer une expropriation.

Les droits à bâtir en zone 5 sont fixés par la loi. Ils sont néanmoins tout aussi cessibles que les droits résultant d'un tableau de répartition. La différence entre les deux cas est que la cession ou le transfert sera obligatoirement accompagnée de la conclusion d'une servitude d'interdiction de construire sur la partie de la parcelle correspondant aux droits cédés. Cette servitude sera établie en faveur de l'Etat afin de lui permettre de contrôler le respect de l'interdiction. A défaut, deux propriétaires privés pourraient s'entendre et

supprimer une restriction créée auparavant pour faire renaître des droits qui n'existent plus. Tant que cette servitude n'est pas constituée avec l'accord du propriétaire de la parcelle cédant les droits, le transfert n'est pas effectif.

2. Le report de droit dans les zones inconstructibles

Le droit genevois comprend des surfaces qualifiées d'«inconstructibles» alors qu'elles se trouvent en zone à bâtir en raison d'un alignement par rapport à un cours d'eau ou une forêt.

Selon l'article 15, alinéa 1, LEaux, aucune construction ou installation, tant en sous-sol qu'en élévation, ne peut être édifiée à une distance de moins de 10, 30 et 50 m de la limite du cours d'eau, selon la carte des surfaces inconstructibles annexée à la loi. L'article 11, alinéa 1, LForêts contient une disposition analogue en interdisant l'implantation de constructions à moins de 30 mètres de la lisière de la forêt, telle que constatée au sens de l'article 4 LForêts.

Ces deux normes créent ainsi des alignements minimaux pour les constructions sans changer l'affectation des terrains se trouvant à l'intérieur de l'alignement. Ainsi, une parcelle de 2'000 m² en zone 5, dont 500 m² se trouvent dans l'alignement d'un cours d'eau, comprend toujours en théorie un potentiel de 400 m² de droits à bâtir, même si un quart du terrain devient impropre à la construction.

Pour tenir compte de cette situation particulière, l'article 15, alinéa 7, LEaux prévoit que les surfaces sur lesquelles il n'est pas possible d'implanter des constructions, en vertu de l'alinéa 1, entrent dans le calcul de l'IUS pour autant qu'elles soient situées dans une zone à bâtir adoptée conformément aux buts, principes et procédures prévues par la LAT ou à des secteurs déjà largement bâties. L'article 11, alinéa 4, LForêts contient la même règle pour les zones en limite de forêts. Ces bases légales autorisent donc la prise en compte des droits à bâtir situés dans les zones inconstructibles et à la valoriser⁷³.

IV. Conclusion

Les droits à bâtir sont essentiels dans le domaine immobilier dès lors qu'ils déterminent l'étendue des constructions pouvant être réalisées dans une zone à bâtir. Ils traduisent non seulement la politique d'aménagement du canton avec une plus ou moins grande densité des constructions, mais aussi déterminent la valeur des biens immobiliers.

⁷³ La jurisprudence du Tribunal fédéral sur la protection des forêts autorise cette solution en dépit de son caractère fluctuant: arrêt du Tribunal fédéral 1A.123/2005 du 10 novembre 2005; ATF 110 Ia 91; ATF 109 Ia 30; ZBl 1978 p. 166.

Il est surprenant qu'une notion aussi importante n'ait qu'un faible ancrage légal. Elle est en effet absente du droit fédéral et à peine mentionnée dans le droit cantonal, sous réserve de la réglementation précise des droits à bâtir en zone 5. L'importance de ces droits se traduit en revanche par leur présence dans les plans directeurs et, surtout, les plans d'affectation spéciaux. Ces plans sont avant tout des instruments de l'aménagement cantonal. Ils sont conçus de manière à garantir un développement harmonieux du territoire en essayant d'optimiser l'utilisation du sol tout en conciliant les objectifs souvent contradictoires du canton, des communes concernées et des propriétaires privés.

Le résultat de cette situation est une absence de prévisibilité pour les propriétaires des droits attachés à leurs terrains jusqu'à l'adoption d'un plan localisé de quartier fixant un IUS et un tableau de répartition des droits. Cette incertitude est un élément de la virtualité des droits à bâtir.

Ces droits n'ont pour l'essentiel pas de base légale expresse, mais ils dépendent de l'appréciation par les autorités de la densité admissible dans un périmètre donné. La seule limite est l'obligation pour les autorités de respecter l'égalité de traitement des propriétaires dans un même périmètre de planification spéciale, sauf circonstances extraordinaires. Tous les propriétaires des terrains situés dans le même plan ont ainsi les mêmes droits virtuels.

Une fois ces droits réalisés dans un tableau de répartition des droits à bâtir, ils deviennent enfin quantifiables et réels.

