

T&

E

VLP-ASPAN



PROMOUVOIR LA CONSTRUCTION DE LOGEMENTS D'UTILITÉ PUBLIQUE



**Territoire &
Environnement
Janvier n° 1/10**

Promouvoir la construction de logements d'utilité publique par des mesures d'aménagement

Avis de droit commandé par l'Office fédéral du logement (OFL)

1. Problématique

Au printemps 2009, une enquête menée par le bureau Metron auprès d'un certain nombre de communes de plus de 4'000 habitants, de toutes les communes touristiques de plus de 2'000 habitants, ainsi que de 108 autres communes de plus de 2'000 habitants (507 communes au total), montrait que beaucoup de collectivités publiques manquent de terrains à bâtir adaptés à la construction de logements d'utilité publique et pouvant être acquis à des prix raisonnables¹. Les réserves sont particulièrement faibles dans les régions où la demande est la plus forte, c'est-à-dire dans les grands centres urbains.

60 pour cent des communes interrogées sont confrontées à un manque de logements locatifs en général. C'est aussi le cas des communes touristiques, quand bien même beaucoup d'entre elles disposent de réserves de terrains considérables. Font particulièrement défaut les logements locatifs adaptés aux familles (66 pour cent) et aux personnes âgées (70 pour cent). Dans les centres urbains, ce sont les grands appartements qui manquent le plus. En revanche, la plupart des communes estiment que les besoins en petits logements sont plutôt faibles. Le manque de logements adaptés aux personnes âgées revêt la même acuité dans tous les types de communes. Il en va autrement des logements adaptés aux familles, qui font surtout défaut dans les grands centres². C'est justement dans les villes où les besoins en logements d'utilité publique sont les plus importants que les terrains nécessaires à une extension des zones à bâtir font défaut. La demande de logements y dépasse de loin l'offre, comme on le voit par exemple à Genève. A raison

de 1'370 unités par an en moyenne, les logements qui ont été construits dans cette ville au cours des cinq dernières années sont loin de répondre à la demande. Cette pénurie aiguë se traduit en particulier par un manque d'appartements abordables³. Les logements à loyer ou à prix modérés manquent aussi cruellement dans les communes à faible taux d'imposition. Dans le canton de Zoug, par exemple, les logements mis sur le marché n'en comportent pratiquement plus d'abordables, ce qui contraint de nombreux demandeurs à s'établir hors du canton⁴. Autour du lac de Zurich aussi, les terrains à bâtir sont rares et la demande importante; les prix du foncier qui en résultent rendent les logements inaccessibles pour des personnes disposant d'un revenu moyen. On construit certes beaucoup dans la région, mais ce ne sont pratiquement que des maisons individuelles ou des logements en propriété très onéreux⁵.

Dans ce contexte, il convient d'exploiter de façon optimale les réserves de terrain disponibles et de stimuler la construction de logements d'utilité publique. Bon nombre de communes semblent

1 METRON, Réserves de terrain à bâtir des communes – une chance pour la construction de logements d'utilité publique, Evaluation d'une enquête, 25.06.2009, sur mandat de l'Office fédéral du logement (ci-après: METRON, Réserves de terrain à bâtir).

2 METRON, Réserves de terrain à bâtir, p. 7; version abrégée, p. 8.

3 Voir p. ex. l'édition du Tagesanzeiger du 30.11.2006: «Genf schliesst Pakt gegen Wohnungsnot».

4 Voir p. ex. l'édition du Tagesanzeiger du 02.06.2009: «In Zug verdrängen die reichen Ausländer die Schweizer»; ou l'édition du 15.06.2009: «Sie können sich die Heimat nicht mehr leisten».

5 Voir l'édition de la Zürichsee-Zeitung du 21.04.2009: «Kaum noch bezahlbare Mietwohnungen am Zürichsee – Genossen-schaften reagieren».

Sommaire

1. Problématique	2
2. Définitions	4
2.1 Logement d'utilité publique	4
2.1.1 La notion d'utilité publique au sens du droit de la construction de logements	4
2.1.2 Charte des maîtres d'ouvrage d'utilité publique en Suisse	5
2.2 Logement à loyer ou à prix modérés	5
2.2.1 Généralités	6
2.2.2 Le principe du loyer couvrant les coûts	6
2.3 Autres définitions	7
3. Mesures envisageables et appréciation	7
3.1 Droits et principes constitutionnels à respecter	7
3.1.1 Principe de la légalité	7
3.1.2 Egalité de traitement	8
3.1.3 Garantie de la propriété	9
3.2 Octroi, à titre incitatif, de possibilités de bâtir supplémentaires	10
3.2.1 Description générale	10
3.2.2 Possibilités de mise en œuvre et exemples tirés de la pratique	11
3.2.3 Appréciation	12
3.3 Droit d'emption en faveur de la commune en cas de nouveau classement	17
3.3.1 Description générale et possibilités de mise en œuvre	17
3.3.2 Exemple tiré de la pratique	17
3.3.3 L'instrument du droit d'emption	19
3.3.4 Appréciation	20
3.4 Définition de quotas de logements d'utilité publique dans les plans d'affectation	23
3.4.1 Description générale	23
3.4.2 Possibilités de mise en œuvre	24
3.4.3 Exemple tiré de la pratique	25
3.4.4 Appréciation	25
3.5 Promouvoir le logement d'utilité publique au moyen de la contribution de plus-value	28
3.6 Cession de terrains à bâtir à des maîtres d'ouvrage d'utilité publique	28
4. Restrictions d'utilisation dans les zones à bâtir existantes	29
5. Pérennisation des intentions d'aménagement	30
5.1 Cession des terrains à des maîtres d'ouvrage d'utilité publique	30
5.2 Interdiction de modifier l'affectation des immeubles et mention au registre foncier	30
5.3 Droit d'emption ou de préemption en faveur de la commune	32
5.4 Cadastre des surfaces réservées au logement à loyer ou à prix modérés	33
6. Synthèse	34

prêtes à le faire, 64 pour cent de celles interrogées dans le cadre de l'enquête susmentionnée s'étant en effet déclarées intéressées à collaborer, sous une forme ou sous une autre, avec des maîtres d'ouvrage d'utilité publique⁶.

Certaines mesures d'aménagement du territoire permettent d'encourager de façon ciblée la construction de logements d'utilité publique. C'est pourquoi la présente étude, après avoir défini les notions employées, analyse différentes options, dont elle examine notamment la conformité au droit et la praticabilité. Elle s'appuie pour cela sur des exemples actuels, en se penchant sur les questions de mise en œuvre et les résultats obtenus. Est aussi abordée la question de savoir comment assurer la pérennité des objectifs poursuivis.

2. Définitions

Les solutions présentées ci-après visant toutes à promouvoir la construction de logements dits «d'utilité publique» ou «à loyer ou à prix modérés», il convient, avant toute chose, de définir plus précisément ces notions. Seule une définition claire permet en effet d'appliquer concrètement les mesures prévues et d'obtenir les effets escomptés.

2.1 Logement d'utilité publique

De manière générale, on qualifie «d'utilité publique» une activité visant à promouvoir le bien commun, sans poursuivre d'intérêts matériels ou économiques propres. Dans ce sens, on associe cette notion à une attitude altruiste et désintéressée. Dans le domaine de la construction de logements, les maîtres d'ouvrage pouvant revendiquer le statut d'utilité publique sont principalement les fondations immobilières de droit public et les coopératives de construction et

d'habitation. A cet égard, il est plus juste de parler de logement d'utilité publique que de logement à loyer ou à prix modérés, car la première notion implique – à la différence de la seconde – que l'accessibilité financière des logements soit assurée *durablement*.

2.1.1 La notion d'utilité publique au sens du droit de la construction de logements

On trouve dans la loi fédérale encourageant le logement à loyer ou à prix modérés (loi sur le logement, LOG, RS 842) une définition pertinente dans le contexte qui nous occupe: en vertu de l'article 4 alinéa 3 LOG, est réputée d'utilité publique toute activité à but non lucratif qui sert à couvrir les besoins en logements à loyer ou à prix modérés. Le critère de la couverture des besoins en logements «à loyer ou à prix modérés» sera abordé plus bas (point 2.2). «A but non lucratif» signifie que le versement de tantièmes est exclu. De plus, le capital social ne peut être rémunéré (dans le cas d'une société anonyme, sous la forme de dividendes) à un taux supérieur à celui défini à l'article 6 alinéa 1 lettre a de la loi fédérale sur les droits de timbre (LT, RS 641.10). En vertu de cette dernière, les dividendes sont aujourd'hui limités à un maximum de six pour cent du capital social versé. En cas de liquidation de la société, la partie du patrimoine qui reste après remboursement des actions ou des parts sociales doit être affectée au but initial. Ces principes, ancrés à l'article 37 de l'ordonnance encourageant le logement à loyer ou à prix modérés (ordonnance sur le logement, OLOG, RS 842.1) au titre de conditions pour qu'une organisation soit reconnue d'utilité publique, doivent être inscrits dans les statuts des maîtres d'ouvrage d'utilité publique⁷. Ceux-ci doivent en outre remplir des exigences minimales en matière de gestion, de présentation des comptes et de révision (voir art. 39 ss OLOG).

2.1.2 Charte des maîtres d'ouvrage d'utilité publique en Suisse

Les maîtres d'ouvrage en question doivent par ailleurs souscrire aux principes de la Charte des maîtres d'ouvrage d'utilité publique en Suisse⁸, adoptée par les trois organisations faitières que sont l'Association suisse pour l'habitat (ASH), l'Association suisse pour l'encouragement à la construction et à la propriété (ASCP) et l'Association suisse des coopératives d'habitation radicales (ACR), ainsi que par l'Office fédéral du logement (OFL)⁹.

A la différence des critères mentionnés au point 2.1.1, qui sont ancrés dans la législation fédérale, les principes de la charte ne revêtent pas de portée juridique directe, c'est-à-dire que l'on ne peut en déduire ni droits ni obligations. La charte définit néanmoins un code de conduite auquel se tiennent les maîtres d'ouvrage d'utilité publique, leurs organisations faitières et l'OFL.

En plus des éléments mentionnés au point 2.1.1, la charte contient divers critères permettant de définir de façon plus précise ce qu'il faut entendre par logement d'utilité publique:

La charte stipule ainsi que les maîtres d'ouvrage d'utilité publique doivent construire, maintenir et acquérir de préférence des logements à prix ou à loyer modérés, en garantissant que ceux-ci le restent à long terme (voir point 2.2). Ils doivent en outre offrir des logements destinés à toutes les couches de la population et favoriser ainsi la mixité sociale. Une attention particulière doit être prêtée aux familles, aux personnes handicapées et aux personnes âgées. Les personnes socialement défavorisées ne doivent pas être exclues. Le but est de mettre à disposition des ménages dotés de faibles revenus des logements à loyers abordables. Il s'agit en outre de rechercher des solutions conceptuellement et architecturalement satisfaisantes, répondant aux critères suivants: grande souplesse dans l'utilisation des logements, prise en compte des besoins futurs, construction adaptée aux personnes handica-

pées, aménagement d'espaces extérieurs de qualité et favorisant les contacts, voies de desserte sûres, faibles besoins d'entretien, respect des principes écologiques lors de la construction et de l'exploitation, et prise en compte des impacts sociaux en cas de transformation ou de reconstruction. Une autre exigence des maîtres d'ouvrage d'utilité publique consiste à veiller, par un entretien durable et soucieux des coûts, à ce que les immeubles conservent leur valeur. La charte contient aussi divers principes relatifs à l'organisation, à la gestion et à la collaboration des maîtres d'ouvrage d'utilité publique (accomplissement de certaines tâches par des membres exerçant leur activité à titre accessoire; poursuite constante des idéaux des maîtres d'ouvrage d'utilité publique et prise en compte de ceux-ci dans le choix des partenaires commerciaux et lors de l'adjudication de travaux; ouverture à l'entraide et à la collaboration).

2.2 Logement à loyer ou à prix modérés

En vertu de l'article 4 alinéa 3 LOG, l'activité d'un maître d'ouvrage d'utilité publique doit servir à couvrir les besoins en logements à loyer ou à prix modérés. Offrir de tels logements et en assurer la pérennité fait donc partie des critères qu'un maître d'ouvrage doit remplir pour être reconnu d'utilité publique. La disponibilité à long terme de logements abordables – en particulier pour les familles et les ménages monoparentaux – représente l'une des conditions essentielles de la mixité sociale. Mais comment se définit la notion de «logement à loyer ou à prix modéré»?

6 METRON, Réserves de terrain à bâtir, version abrégée, p. 8.

7 Message du 27.02.2002 relatif à l'encouragement du logement à loyer ou à prix modérés, FF 2002 2675.

8 OFFICE FÉDÉRAL DU LOGEMENT, Loi sur le logement LOG, Aide-mémoire 2, p. 2.

9 La charte peut être téléchargée sur les sites de l'OFL, des organisations faitières ou de Fédérhabitation: www.wohnbund.ch/data/1170058222_409_.pdf

2.2.1 Généralités

Alors que la notion de logement peut être définie de façon univoque (selon l'article 4 alinéa 1 LOG, sont des logements tous les espaces destinés durablement à l'habitation), «à loyer ou à prix modérés» est une notion juridique indéterminée, dont le sens est sujet à interprétation. Les actes législatifs fédéraux susmentionnés n'en donnent pas de définition claire. Les formulations qu'on y trouve relèvent toutes de l'acception générale de la notion. Ainsi l'article 1 alinéa 1 LOG stipule-t-il que la loi a pour but d'encourager l'offre de logements «pour les ménages à revenu modeste». L'article 10 LOG parle de logements «destinés aux personnes économiquement ou socialement défavorisées». Enfin, l'article 37 alinéa 1 OLOG exige que les organisations d'utilité publique s'efforcent de couvrir les besoins en logements «à des conditions financières supportables». Or, ces formulations générales ne suffisent pas à rendre justiciable la notion de «logement à loyer ou à prix modérés» en en faisant découler des conséquences juridiques.

Pour déterminer si le loyer ou le prix d'un logement est modéré, il est assez logique de se baser sur le principe du loyer couvrant les coûts, tel qu'il découle de l'OLOG (point 2.2.2). A cet égard, on notera que ce qu'il faut entendre par un loyer ou un prix «modéré» varie d'un endroit à l'autre: ce qui passe pour bon marché dans les grands centres urbains ou les sites privilégiés, où la demande est forte, peut tout à fait paraître cher à la campagne, ou dans des secteurs moins attractifs où la demande est plus faible. La question de savoir si le loyer ou le prix d'un logement est modéré doit donc toujours être tranchée au cas par cas, à la lumière des circonstances locales.

2.2.2 Le principe du loyer couvrant les coûts

Pour déterminer dans quelle mesure le loyer ou le prix d'un logement est modéré, on peut se référer au principe du loyer couvrant les coûts.

a) Logements locatifs

Le bailleur d'un logement à loyer modéré ne peut réaliser de bénéfice sur le loyer, ou alors seulement un bénéfice minime. Le principe selon lequel les maîtres d'ouvrage d'utilité publique calculent les loyers en fonction des coûts et renoncent à viser des bénéfices ressort de la charte susmentionnée (point 2.1.2). Selon un recensement effectué en 2000, les quelque 160'000 logements coopératifs suisses dont les loyers sont fixés en fonction des coûts sont, à surface égale, environ 15% meilleur marché que l'ensemble des logements locatifs¹⁰. Le principe du loyer couvrant les coûts fait ainsi partie intégrante du principe de l'utilité publique.

Ici, les loyers sont calculés sur la base des seuls coûts effectivement supportés par le bailleur. Ceux-ci se composent d'une part des coûts d'investissement, c'est-à-dire du coût de revient d'un objet et des intérêts correspondants (intérêts sur les fonds propres et les capitaux empruntés), d'autre part des coûts d'exploitation (frais d'entretien et de réparation, émoluments, redevances et assurances, frais administratifs, etc.). Selon l'article 2 OLOG, le coût de revient se compose à son tour du coût du terrain¹¹ et du coût de la construction¹², ou du coût de l'acquisition¹³. Lorsque les loyers sont fondés sur les coûts, les augmentations de valeur comptable ne sont donc pas déterminantes et il est exclu de profiter de la pénurie de logements pour augmenter les loyers.

Pour que ces derniers restent abordables, il s'agit de veiller à ce que le coût de revient ne soit pas trop élevé. C'est le seul moyen de garantir que les critères de la construction de logements à loyer modéré et, par conséquent, d'utilité publi-

que, soient respectés. On pourra à cet égard se baser sur les limites, définies par l'Office fédéral du logement, que les coûts de revient ne doivent pas dépasser pour que les objets en question bénéficient des aides fédérales¹⁴. A chaque commune a été attribué un niveau de coûts, en fonction de son attractivité (niveaux de coûts I à V). En combinant qualité du lieu d'implantation et taille du logement (d'une à cinq pièces), on obtient le coût de revient limite applicable aux nouveaux logements locatifs (ainsi qu'à ceux en propriété)¹⁵.

b) Logements en propriété

On peut partir du principe que le prix d'un logement en propriété est modéré lorsque le coût de revient constitue la limite supérieure du prix de vente. Ici aussi, il s'agit d'observer les limites définies par l'Office fédéral du logement.

2.3 Autres définitions

On trouvera dans les chapitres suivants et les exemples qui y sont présentés d'autres précisions sur la notion de logement d'utilité publique et les possibilités de la définir (points 3.2.3, a; 3.3.4, a et 3.4.3).

3. Mesures envisageables et appréciation

Il existe divers moyens d'encourager la construction de logements d'utilité publique par des mesures d'aménagement du territoire. Hormis la solution connue et éprouvée que représente la cession de terrains à bâtir à des maîtres d'ouvrage d'utilité publique (point 3.6), on mentionnera:

- L'édiction d'un droit d'emption en faveur de la commune (point 3.3)
- La définition, dans les plans d'affectation généraux ou spéciaux, de quotas de logements d'utilité publique (point 3.4)
- L'utilisation de la contribution de plus-value en faveur de la construction de logements d'utilité publique (point 3.5).

Après une présentation générale des principes constitutionnels à observer dans le cadre de ces différentes approches, chacune d'entre elles sera décrite, illustrée par des exemples et commentée.

3.1 Droits et principes constitutionnels à respecter

Les mesures d'aménagement visant à encourager la construction de logements d'utilité publique doivent respecter les principes de la légalité et de l'égalité de traitement. La plupart des solutions présentées ci-après impliquent par ailleurs une atteinte à la garantie de la propriété, ce qui requiert une justification particulière.

10 Communiqué de presse du 12.12.2008 de Fédérhabitation, version allemande: «Genossenschaften bleiben bei der echten Kostenmiete – und sind damit auch in Zukunft billiger».

11 Coût du terrain selon l'art. 2 al. 2 OLOG: le prix et les frais annexes de l'acquisition du terrain, les dépenses d'indemnisation, les travaux de planification et le financement avant le début des travaux de construction ainsi que les frais d'équipement général, y compris les contributions d'équipement versées aux communes et aux collectivités.

12 Coût de la construction selon l'art. 2 al. 3 OLOG: le coût des travaux préparatoires, de la construction proprement dite, des travaux d'aménagement, d'équipement et de raccordement ainsi que les frais annexes liés à la construction.

13 Coût d'acquisition selon l'art. 2 al. 4 OLOG: le prix d'achat, les frais de notaire, les frais d'enregistrement au registre foncier et les droits de mutation.

14 Prêts directs, prêts du Fonds de roulement et cautionnements.

15 Outil de calcul consultable sous: <http://www.bwo.admin.ch/dienstleistungen/kostenlimiten/index.html?lang=fr>.

3.1.1 Principe de la légalité

Le principe constitutionnel de la légalité (art. 5 al. 1 de la Constitution fédérale [Cst., RS 100]) veut que tout acte de puissance publique s'appuie sur une base légale matérielle suffisamment précise et adoptée par l'organe de droit public compétent¹⁶. Une base légale est réputée suffisamment précise lorsque le citoyen peut adapter son comportement en conséquence et en évaluer la portée avec un degré de certitude correspondant aux circonstances¹⁷. A cet égard, on notera que toute loi présente, par nature, un certain degré d'indétermination et qu'elle ne peut répondre de façon claire et univoque à chaque problème. Dès lors, le fait que l'autorité d'application dispose d'une certaine marge d'appréciation ne signifie pas forcément que le principe de la légalité soit enfreint.

Comme il s'agit souvent, dans le contexte qui nous occupe, de réglementations communales, il faut également tenir compte du droit cantonal. La subdivision de la zone à bâtir en différents types de zones et la définition de leur contenu est en effet du ressort des cantons (art. 18 al. 1 de la loi sur l'aménagement du territoire [LAT, RS 700]). Si une commune souhaite introduire un nouveau type de zone, ou bien préciser ou définir autrement le contenu d'une zone existante (par exemple en définissant des quotas de logements d'utilité publique, point 3.4), il convient d'examiner si elle dispose de la marge de manœuvre nécessaire. Certains cantons (par exemple Zurich, St-Gall et Zoug) énumèrent de façon exhaustive les types de zones admissibles et définissent aussi souvent le contenu des zones d'affectation. Les communes de ces cantons disposent dès lors, en la matière, d'une marge de manœuvre assez limitée, et les solutions présentées ci-après ne peuvent souvent pas y être appliquées sans modification du droit cantonal. Les lois cantonales correspondantes n'autorisent qu'exceptionnellement certaines variations dans les règlements communaux sur les zones et les constructions. C'est par exemple le cas du § 49a alinéa 3 de la loi du canton de

Zurich sur l'aménagement du territoire et les constructions (PBG-ZH), qui permet aux communes de définir un taux d'utilisation minimal ou maximal à des fins d'habitation ou commerciales, ainsi qu'une augmentation de l'indice d'utilisation du sol pour les logements familiaux de quatre pièces ou plus¹⁸. Pour que cette disposition constitue cependant une base légale permettant d'encourager la construction de logements d'utilité publique, elle devrait sans doute être adaptée. D'autres cantons n'énumèrent divers types de zones d'affectation qu'à titre d'exemples, les communes étant dès lors assez libres dans la formulation de leurs règlements sur les zones et les constructions. Le canton de Genève constitue un cas particulier, dans la mesure où l'établissement des plans d'affectation relève ici de la compétence du canton.

3.1.2 Egalité de traitement

L'article 8 alinéa 1 de la Constitution fédérale (Cst.) instaure le principe de l'égalité devant la loi. Selon le Tribunal fédéral, un acte normatif de portée générale viole ce droit s'il ne s'appuie sur aucun motif sérieux et objectif, s'il est absurde et inutile, ou s'il établit des distinctions juridiques qui ne se justifient par aucun motif raisonnable au regard de la situation de fait¹⁹.

Il faut cependant rappeler qu'aux yeux du Tribunal fédéral, le droit à l'égalité de traitement ne revêt en principe, s'agissant des mesures d'aménagement, qu'une portée limitée. Ainsi un propriétaire foncier ne peut-il se prévaloir de l'article 8 Cst. pour exiger d'être traité comme les autres propriétaires dans le cadre de l'établissement d'un plan de zones et du règlement y relatif. Tout plan d'affectation implique en effet que des zones soient définies selon des limites données et que des terrains présentant une situation et une configuration similaires soient soumis à des règles juridiques différentes. Du point de vue de la Constitution, il suffit que les plans d'aménagement soient objectivement défendables, c'est-à-dire non arbitraires²⁰.

En matière d'encouragement à la construction de logements d'utilité publique, ces conditions sont en principe remplies, les différences de traitement impliquées se justifiant en effet par un motif objectif suffisant. Dans ce sens, il peut se révéler conforme au droit de n'accorder, en contrepartie à la construction de logements d'utilité publique, des possibilités accrues d'utilisation du sol que dans certaines zones, comme le prévoient certaines des solutions présentées ci-après (voir point 3.2.2, a; exemple du district de Küssnacht). Le fait qu'une différence de traitement doive se justifier par un motif objectif requiert même, dans la plupart des cas, un examen zone par zone.

3.1.3 Garantie de la propriété

La garantie de la propriété (art. 26 Cst.) interdit aux organes publics de restreindre le contenu du droit de propriété dont bénéficie un propriétaire si ladite restriction n'est pas fondée sur une base légale suffisante, si elle n'est pas justifiée par un intérêt public et si elle n'est pas proportionnée au but visé (voir art. 36 Cst.)²¹. La plupart des mesures présentées ci-après impliquant une restriction du droit de propriété, il conviendra d'examiner si elles remplissent ces conditions.

S'agissant du critère de la *base légale*, on peut se référer à ce qui a été dit à propos du principe de la légalité (point 3.1.1). En outre, on notera qu'une restriction grave du droit de propriété requiert en principe une loi au sens formel, alors qu'il suffit, pour les restrictions moins graves, d'une ordonnance édictée par l'autorité compétente. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, on est en présence d'une restriction grave du droit de propriété «lorsque la propriété foncière est enlevée de force ou lorsque des interdictions ou des prescriptions positives rendent impossible ou beaucoup plus difficile une utilisation du sol – actuelle ou future – conforme à sa destination»²².

S'agissant du critère de l'*intérêt public*, tout intérêt peut en principe, selon la jurisprudence

constante du Tribunal fédéral, être invoqué pour justifier une restriction du droit de propriété. Seuls les intérêts de nature purement fiscale sont exclus²³. Est requis un intérêt public actuel. Les buts sociaux ancrés dans la Constitution fédérale confèrent à l'intérêt de réaliser des logements à loyer ou à prix modérés un poids important. En effet, la Confédération et les cantons doivent notamment s'engager, en vertu de l'article 41 alinéa 1 lettre e Cst., à ce que toute personne en quête d'un logement puisse trouver, pour elle-même et sa famille, un logement approprié à des conditions supportables. La construction de logements d'utilité publique trouve aussi son fondement dans l'article constitutionnel relatif à l'encouragement de la construction de logements et de l'accession à la propriété (art. 108 Cst. voir encadré p. 10). Le critère de l'intérêt public s'avérera donc souvent rempli, en particulier dans les villes et les communes où les loyers et les prix des terrains sont inabordable pour une grande partie de la population.

16 Arrêt du TF 1P.327/2004 du 05.01.2005 consid. 1, in: Recueil de jurisprudence VLP-ASPAN n° 2920.

17 ATF 109 la 273, consid. 4d.

18 § 49a al. 3 PBG-ZH: «Il est en outre possible d'autoriser, de prescrire ou de limiter l'utilisation de zones entières, de certains secteurs ou de certains étages à des fins d'habitation ou commerciales, et d'augmenter l'indice d'utilisation du sol pour les activités commerciales et les logements familiaux de quatre pièces ou plus. [...]»

19 ATF 108 la 114.

20 ATF 114 la 257, consid. 4a; ATF 116 la 193, consid. 3b, in: Recueil de jurisprudence VLP-ASPAN n° 207.

21 Häfelin/Müller, *Grundriss des allgemeinen Verwaltungsrechts*, 4^e édition (ci-après: Häfelin/Müller), N. 2044.

22 Häfelin/Müller, N. 2055, avec référence à l'ATF 109 la 188.

23 Häfelin/Müller, N. 2059; Antoniazza Yannick, *Die Baupflicht*, thèse de doctorat, Zurich 2008, Schulthess Verlag (ci-après: Antoniazza, *Baupflicht*), p. 125, avec référence à l'ATF 106 la 94.

Ancrage de la construction de logements d'utilité publique dans la Constitution fédérale

Article 41 Buts sociaux

- 1 La Confédération et les cantons s'engagent, en complément de la responsabilité individuelle et de l'initiative privée, à ce que:
 - [...]
 - e. toute personne en quête d'un logement puisse trouver, pour elle-même et sa famille, un logement approprié à des conditions supportables.
 - [...]

Article 108 Encouragement de la construction de logements et de l'accession à la propriété

- 1 La Confédération encourage la construction de logements ainsi que l'acquisition d'appartements et de maisons familiales destinés à l'usage personnel de particuliers et les activités des maîtres d'ouvrage et des organisations œuvrant à la construction de logements d'utilité publique.
- 2 Elle encourage en particulier l'acquisition et l'équipement de terrains en vue de la construction de logements, la rationalisation de la construction, l'abaissement de son coût et l'abaissement du coût du logement.
- 3 Elle peut légiférer sur l'équipement de terrains pour la construction de logements et sur la rationalisation de la construction.
- 4 Ce faisant, elle prend notamment en considération les intérêts des familles et des personnes âgées, handicapées ou dans le besoin.

Quant au *principe de la proportionnalité*, il exige que les moyens mis en œuvre pour atteindre les objectifs visés soient appropriés et nécessaires, et que le but des mesures en question justifient leurs effets. Une mesure est réputée appropriée lorsqu'elle représente une tentative viable d'atteindre l'objectif visé. Elle est considérée comme nécessaire lorsqu'il n'existe pas de moyen affectant moins les personnes concernées d'atteindre l'objectif visé. Il s'agira donc d'examiner, dans chacun des exemples présentés ci-après, si l'effet des mesures prévues est proportionné au but poursuivi, en mettant en balance l'intérêt lié à leur réalisation avec l'intérêt des propriétaires concernés à conserver les prérogatives dont ils bénéficiaient jusque-là²⁴.

3.2 Octroi, à titre incitatif, de possibilités de bâtir supplémentaires

3.2.1 Description générale

Un moyen de promouvoir de façon ciblée la construction de logements d'utilité publique consiste à créer des incitations dans ce sens en récompensant les propriétaires ou maîtres d'ouvrage prêts à construire des logements à loyer ou à prix modérés. Les incitations en question peuvent être de nature financière (octroi de prêts ou de cautions à taux d'intérêts préférentiels, avantages fiscaux, etc.), mais elles peuvent aussi consister à accorder, par rapport aux pres-

criptions réglementaires ordinaires, des possibilités de bâtir supplémentaires, telles que:

- Augmentation de l'indice d'utilisation du sol (bonus d'utilisation du sol)²⁵
- Augmentation de la hauteur, de la longueur ou du nombre d'étages admissibles des bâtiments, possibilité de créer des combles habitables
- Réduction des distances aux limites et entre bâtiments à l'intérieur d'une même opération.

Dans la pratique, c'est l'octroi de bonus d'utilisation du sol qui est la solution la plus fréquemment appliquée.

3.2.2 Possibilités de mise en œuvre et exemples tirés de la pratique

L'octroi de possibilités de bâtir supplémentaires en vue d'encourager la construction de logements d'utilité publique peut se faire soit à travers l'édiction d'une disposition réglementaire spécifique, soit à travers l'établissement d'un plan d'affectation spécial. Il est en revanche exclu de privilégier le logement d'utilité publique par le biais d'une autorisation exceptionnelle au titre de l'article 23 LAT. Une telle autorisation vise en effet à compenser ou à atténuer, dans les cas particuliers, les cas de rigueur ou les situations manifestement non conformes au but recherché²⁶. Or, privilégier la construction de logements d'utilité publique ne vise pas à prévenir, *dans les cas particuliers*, les cas de rigueur excessive ou les solutions non souhaitables en termes de construction ou d'aménagement du territoire²⁷, mais à promouvoir, *sur le principe*, une affectation déterminée (en l'occurrence, une catégorie particulière de logements). Cela ne peut se faire au moyen d'une disposition dérogatoire formulée de façon ouverte.

a) Prescription concrète en matière d'affectation

Il est possible d'encourager la construction de logements d'utilité publique en édictant une dispo-

sition concrète la favorisant. En vertu du principe de la légalité, l'utilisation du sol à promouvoir (la construction de logements d'utilité publique), ainsi que la nature et l'ampleur du privilège accordé (accroissement de l'intensité admissible de l'utilisation du sol) doivent être décrits dans la loi (voir point 3.2.3, b).

La Ville de Zoug avait envisagé d'introduire une telle disposition, mais le parlement municipal a finalement rejeté cette option²⁸. La proposition de l'exécutif prévoyait d'accorder un bonus d'utilisation du sol de 10% si 10% au moins de la surface de plancher à comptabiliser était dévolue à des logements à loyer ou à prix modérés (voir encadré p. 12).

Le district de Küssnacht, dans le canton de Schwyz, connaît lui aussi une disposition visant à encourager la construction de logements à loyer ou à prix modérés dans le cadre des procédures d'autorisation de construire. Ne peuvent toutefois bénéficier ici d'un bonus d'utilisation du sol que les projets devant faire l'objet d'un plan d'aménagement détaillé (voir encadré p. 12).

On trouve aussi des exemples de bonus d'utilisation du sol et de mesures incitatives similaires dans d'autres domaines, par exemple dans celui de l'énergie (conformité aux normes Minergie, mesures d'amélioration de l'isolation thermique des bâtiments, etc.). Ainsi, la législation du can-

24 HÄFELIN/MÖLLER, N. 2062 ss.

25 L'indice d'utilisation du sol est le rapport entre la surface brute de plancher à comptabiliser d'un bâtiment et la surface à comptabiliser du terrain sur lequel il est construit.

26 HÄNNI PETER, Planungs-, Bau- und besonderes Umweltschutzrecht, 5^e édition, p. 340 (ci-après: HÄNNI); WALDMANN/HÄNNI, Handkommentar RPG, art. 23 N. 4.

27 RUCH, Commentaire de la LAT, art. 23 N. 11.

28 A en revanche été adoptée une disposition prévoyant une zone destinée à la construction de logements à loyer ou à prix modérés (séance du 10 mars 2009), voir point 3.4.

29 Art. 9 al. 3 de l'ordonnance générale du 23 février 1994 relative à la loi sur les constructions (ABauV).

30 Art. 41 al. 3 du règlement sur les constructions de la commune de Zollikofen. On trouve une disposition analogue dans le projet de règlement sur les constructions de la commune bernoise de Laupen (art. 215 al. 2 let. i).

Projet de règlement sur les constructions de la Ville de Zoug

§ XX Bonus d'utilisation du sol pour les logements à loyer ou à prix modérés

- 1 Si au moins 10% des surfaces de plancher à comptabiliser sont affectées à la construction de logements à loyer ou à prix modérés, un bonus d'utilisation du sol de 10% est accordé.
- 2 Dans les périmètres soumis à plan d'aménagement spécial, le bonus d'utilisation du sol est accordé en plus des dérogations prévues au § 32 al. 1.

Règlement sur les constructions du district de Küssnacht

Art. 113 Construction de logements à loyer ou à prix modérés

- 1 Dans les plans d'aménagement détaillé, l'indice d'utilisation du sol peut, dans toutes les zones à l'exception de la zone WL et WBL [zones de villas], être encore augmenté, dans le cadre de la procédure de permis de construire, de 0,05 par rapport au bonus de 0,05 visé à l'art. 115 al. 2 let. a, pour autant que tous les critères de l'art. 114 soient remplis et qu'au moins 20% de la surface brute de plancher affectée à l'habitat soient réservés à la construction de logements à loyer ou à prix modérés.
- 2 [...]
- 3 [...]
- 4 [...]

ton d'Argovie comporte une disposition permettant aux communes de promouvoir certains modes de construction (par exemple les dépenses librement consenties en faveur des économies d'énergie) en octroyant un bonus d'utilisation du sol²⁹. On trouve un exemple de disposition communale concrète dans le règlement sur les constructions de la commune bernoise de Zollikofen, qui fait bénéficier d'un bonus de 10% de la surface brute de plancher les bâtiments construits selon les normes Minergie³⁰.

b) Plan d'affectation spécial

Dans la pratique, il est fréquent que l'on établisse, pour bâtir des secteurs d'une certaine importance, des plans d'affectation spéciaux (plans de quartier, plans spéciaux, etc.). Ces derniers permettent de définir en détail l'affectation du secteur, son équipement, ainsi que la forme et les

dimensions des bâtiments. Dès lors, il est tout à fait possible de favoriser la construction de logements d'utilité publique dans le cadre de tels plans, ou par le biais de dispositions y relatives dans le droit cantonal ou communal. Dans ce cas, les privilèges accordés ne sont pas liés – à la différence de l'exemple susmentionné de la Ville de Zoug – à des bâtiments spécifiques, mais à un secteur donné (périmètre du plan d'affectation spécial).

On peut citer, à titre d'exemple, le règlement de la commune de Freienbach, dans le canton de Schwyz (voir encadré p. 13). La disposition relative aux plans d'aménagement détaillé (Gestaltungspläne) stipule ici que l'exécutif communal peut accorder des dérogations aux prescriptions ordinaires si le projet comporte des logements à loyer ou à prix modérés destinés aux familles. Dans certaines zones, l'indice d'utilisation du sol peut être majoré de 10% au maximum. Aucune

limite explicite n'est en revanche fixée pour les autres dérogations que prévoit le règlement sur les constructions (augmentation de la hauteur des bâtiments, réduction des distances aux limites internes, etc.).

Règlement sur les constructions de la commune de Freienbach

Art. 53 Plans d'aménagement détaillé

- 1 Pour assurer la qualité du milieu bâti et de l'équipement dans la localité et les quartiers, il est possible d'édicter des plans d'aménagement détaillé dans toutes les zones à bâtir, conformément aux principes de l'art. 6.
- 2 L'exécutif communal peut accorder des dérogations si:
 - [...]
 - e. sont réalisés des logements à loyer ou à prix modérés destinés aux familles [...]
- 3 Pour les plans d'aménagement détaillé offrant plusieurs avantages importants par rapport aux constructions conformes aux prescriptions ordinaires, l'exécutif communal peut notamment accorder les dérogations suivantes:
 - a. Augmentation de l'indice d'utilisation du sol pouvant aller jusqu'à 10% dans les zones W4, W3, WG4 et WG3 [diverses zones d'habitation et mixtes]
 - b. Augmentation de la hauteur des bâtiments et des lignes de faîtage ainsi que de la longueur des bâtiments
 - c. Réduction des distances internes aux limites et entre bâtiments.

3.2.3 Appréciation

a) Définition de la notion de logement d'utilité publique

Pour que des possibilités de bâtir supplémentaires puissent être accordées, il faut que celles-ci soient étroitement liées à la construction de logements d'utilité publique. A la différence des normes Minergie, qui donnent elles aussi droit, dans certains cantons et communes, à un bonus d'utilisation du sol (point 3.2.2, a), mais qui représentent un label clairement défini et appliqué partout de la même manière, les notions de logement d'utilité publique et de logement à loyer ou à prix modérés sont – comme mentionné au point 2 – sujettes à interprétation. Aussi ne suffit-il pas que les possibilités accrues d'utilisation du sol soient conditionnées, sans autres précisions, à la réalisation de logements d'utilité publique ou à loyer ou à prix modérés. Encore faut-il en effet que la disposition en question définisse clairement ce qu'il faut entendre par ces notions. Autrement, la sécurité juridique et l'égalité de traitement sont menacées. Il existe deux possibilités de préciser les notions en question:

- La première consiste à renvoyer aux définitions ou aux critères déjà ancrés dans le droit supérieur. Ainsi peut-on par exemple retenir qu'un logement est réputé à loyer ou à prix modérés lorsqu'il remplit les conditions régissant, dans le droit fédéral, l'octroi d'aides fédérales. Il est aussi possible de renvoyer à une éventuelle définition plus précise que contiendrait le droit cantonal. L'inconvénient de cette manière de faire est que les maîtres d'ouvrage concernés n'ont pas directement connaissance des conditions à remplir.
- La seconde possibilité consiste à définir précisément les notions employées dans les dispositions en question. De telles définitions peuvent être adaptées aux besoins spécifiques des collectivités publiques, dans les limites imposées par le droit supérieur. Dans le règlement communal, on pourra opter soit pour une règle

Projet de règlement sur les constructions de la Ville de Zoug

§ ZZ: Fixation des loyers

Alinéa 1, variante 1:

Les bâtiments d'habitation doivent remplir les conditions déterminantes posées par le droit fédéral en matière de construction. Les loyers maximaux admissibles sont fixés par l'exécutif de la Ville d'entente avec le maître d'ouvrage (sur la base du modèle de calcul prévu par la loi du canton de Zoug sur l'encouragement de la construction de logements). Le coût de revient déterminant ne peut dépasser les limites prévues en la matière par l'Office fédéral du logement pour la ville de Zoug.

Alinéa 1, variante 2:

Les exigences applicables à la construction de logements à loyer ou à prix modérés sont remplies lorsque le coût de revient ne dépasse pas les limites prévues en la matière par l'Office fédéral du logement pour la ville de Zoug, et que les conditions déterminantes posées par le droit fédéral en matière de construction sont remplies. Les loyers s'obtiennent sur la base d'un rendement brut ne pouvant dépasser de plus de 1.75% l'hypothèque variable actuelle de la Banque Cantonale Zougnoise.

Règlement sur les constructions du district de Küssnacht

Art. 113: Construction de logements à loyer ou à prix modérés

1 [...]

2 Les exigences applicables à la construction de logements à loyer ou à prix modérés sont remplies lorsque le maître d'ouvrage s'engage à se conformer, pour la construction, la location ou la vente des logements, aux prescriptions de la loi fédérale du 4 octobre 1974 encourageant la construction et l'accession à la propriété de logements (LCAP)* et qu'une aide fédérale* est assurée. Le Conseil de district peut autoriser d'autres modèles de financement si ceux-ci garantissent une diminution des coûts au moins équivalente à celui de la LCAP.

3 Le Conseil de district peut exiger que le dossier de demande de permis de construire s'accompagne d'un plan des loyers et conférer à celui-ci un caractère contraignant.

4 [...]

* Faute de moyens financiers, cette aide fédérale n'est plus assurée depuis longtemps

générale, soit pour un calcul détaillé à effectuer au cas par cas. L'important est que les définitions soient claires et univoques et qu'elles permettent une application uniforme.

Dans les exemples de la Ville de Zoug et du district de Küssnacht, c'est la première solution qui a été retenue (voir encadrés).

b) Constitutionnalité

Principe de la légalité

Comme mentionné au point 3.1.1, l'encouragement de la construction de logements d'utilité publique par le biais de l'octroi de possibilités de bâtir supplémentaires doit reposer sur une base

légale suffisamment précise. Pour cela, il faut que la condition régissant l'octroi des privilèges en question («logement d'utilité publique», «logement à loyer ou à prix modérés») soit décrite avec précision dans la loi. La base légale concernée doit aussi se prononcer sur la nature et l'ampleur desdits privilèges. Il est cependant admissible d'accorder aux autorités une certaine marge d'appréciation et de ne décrire, dans la loi, que les grandes lignes des possibilités supplémentaires octroyées. Les plans d'affectation spéciaux offrent, eux, une marge de manœuvre plus importante pour l'octroi de possibilités accrues d'utilisation du sol (point 3.2.3, c).

Egalité de traitement

Les bonus d'utilisation du sol et autres possibilités de bâtir supplémentaires sont octroyés en contrepartie de prestations particulières de la part des propriétaires concernés (création de logements à loyer ou à prix modérés). Il existe dès lors un motif objectif suffisant pour justifier une différence de traitement. Quant à savoir si les privilèges accordés sont adéquats d'un point de vue architectural, c'est une autre question (point 3.2.3, c).

c) Appréciation générale

Les incitations consistant à octroyer des possibilités de bâtir supplémentaires représentent, en soi, un moyen approprié de promouvoir la construction de logements d'utilité publique. Cet instrument n'est toutefois efficace que si les privilèges accordés sont d'une certaine ampleur. Or, c'est précisément là que réside l'aspect problématique de cette manière de faire, accorder des dérogations importantes aux prescriptions ordinaires sur les zones et les constructions étant, en termes d'aménagement du territoire et d'urbanisme, très délicat. En augmentant l'indice d'utilisation du sol ou les dimensions des bâtiments (hauteur, longueur, nombre d'étages) ou en réduisant les distances aux limites ou entre les bâtiments, on influe sur la densité et, par conséquent, sur la forme et la qualité du milieu bâti. Ainsi se peut-il que la réalisation de bâtiments plus grands ait

des répercussions négatives sur l'aspect du lieu et qu'elle contrevienne aux mesures d'aménagement prises pour assurer un développement harmonieux des quartiers et des localités³¹. Les privilèges accordés en faveur d'intérêts spécifiques doivent dès lors rester exceptionnels et d'une ampleur raisonnable, sans quoi l'on risque de perdre la maîtrise du développement que visent à assurer les règlements sur les zones et les constructions³². Cette marge de manœuvre restreinte rend l'instrument en question peu attractif. Les considérations relevant de l'aménagement du territoire imposent la plupart du temps des majorations très limitées, peu susceptibles d'inciter les propriétaires à construire des logements à loyer ou à prix modérés. L'octroi de bonus d'utilisation du sol se révèle donc peu efficace. Il est plus prometteur d'accorder des possibilités accrues d'utilisation du sol dans le cadre de plans d'affectation spéciaux. Ici, en effet, les incitations à réaliser des logements d'utilité publique sont créées dans le cadre de procédures de planification présupposant une pesée complète des intérêts en présence et portant sur des projets d'une certaine envergure. Le fait que les périmètres d'aménagement soient plus étendus permet d'assurer une meilleure qualité du milieu bâti. La marge de manœuvre nécessaire pour développer des solutions profitant aussi bien aux pouvoirs publics (création de logements à loyer ou à prix modérés, qualité élevée du cadre de vie) qu'aux propriétaires fonciers concernés (possibilités accrues d'utilisation du sol) est bien plus grande que pour les solutions individuelles recherchées dans le cadre des procédures d'autorisation de construire. Un autre avantage des plans d'affectation spéciaux réside dans le fait que la proportion de logements à loyer ou à prix modérés par rapport à l'offre totale de logements peut être définie à l'avance. On ne sait en revanche jamais

31 VLP-ASPAN, Territoire & Environnement 1/09, Points chauds de la législation cantonale, p. 23.

32 VLP-ASPAN, Territoire & Environnement 3/06, Aménagement et efficacité énergétique, p. 21.

combien de propriétaires feront effectivement usage des majorations accordées dans le cadre des procédures d'autorisation de construire. Car, si tous peuvent théoriquement prétendre aux bonus accordés s'ils remplissent les conditions correspondantes, il se peut que seuls quelques-uns fassent vraiment usage de cette possibilité.

d) Remarques relatives aux exemples présentés

Le bonus d'utilisation du sol de la Ville de Zoug

La proposition de bonus d'utilisation du sol rejetée par le parlement de la Ville de Zoug remplit les conditions énumérées aux points 3.1.1 et 3.1.2. Les situations susceptibles de donner lieu à l'octroi d'un bonus (10% au moins de la surface de plancher à comptabiliser sont dévolus à des logements à loyer ou à prix modérés) et l'ampleur de ce dernier (majoration de 10% de l'indice admissible d'utilisation du sol) étant précisément définies, le principe de la légalité est respecté. La disposition en question contient aussi une définition claire de ce qu'il faut entendre par logements à loyer ou à prix modérés. Enfin, promouvoir la construction de logements d'utilité publique constitue – comme mentionné au point 3.1.2 – un motif objectif suffisant pour justifier des différences de traitement, le principe de l'égalité devant la loi étant dès lors, lui aussi, dûment pris en considération. Peuvent toutefois se révéler problématiques les effets de telles dispositions sur le développement et la qualité du milieu bâti (point 3.2.3, c).

La réglementation du district de Küssnacht

La réglementation du district de Küssnacht définit elle aussi clairement les situations susceptibles de donner lieu à l'octroi d'un bonus d'utilisation du sol, l'ampleur maximale de ce dernier et les exigences applicables à la construction de logements à loyer ou à prix modérés. Le principe de la légalité est donc satisfait, de même, par ailleurs, que celui de l'égalité de traitement. Par contre, du point de vue des règles de procédure, cette réglementation est difficile à classer. Au premier

abord elle semble constituer – avec tous les avantages que cela comporte (voir point 3.2.3, c) – une réglementation applicable dans le cadre d'un plan d'affectation spécial, puisque seuls peuvent bénéficier des privilèges accordés les projets soumis à plan d'aménagement détaillé. Selon le libellé de la disposition, toutefois, le bonus n'est octroyé que dans le cadre de la procédure de permis de construire. Il s'agit donc en réalité d'une réglementation applicable au cas par cas, dans le cadre de la procédure d'autorisation de construire, si bien qu'elle n'offre pas les possibilités propres aux plans d'affectation spéciaux de gérer le développement du milieu bâti. De plus, le bonus d'utilisation du sol se limite en l'occurrence à 0.05, ce qui représente une incitation trop faible pour encourager efficacement la construction de logements d'utilité publique. Le fait qu'aucun propriétaire n'ait jusqu'ici cherché à en profiter le confirme³³.

La réglementation de la commune de Freienbach

Selon la réglementation de la commune de Freienbach, c'est à l'exécutif communal d'apprécier si, moyennant certains efforts de la part des maîtres d'ouvrage (parmi lesquels figure la réalisation de logements à loyer ou à prix modérés destinés aux familles), une dérogation aux prescriptions ordinaires doit être accordée. De plus, la nature des privilèges susceptibles d'être accordés n'est décrite qu'à titre d'exemple. Les dispositions en question ne précisent ni l'ampleur maximale desdits privilèges, ni ce qu'il faut entendre par «logements à loyer ou à prix modérés destinés aux familles». Elles sont donc très ouvertes. Dans le cas des plans d'affectation spéciaux, cependant, le Tribunal fédéral octroie aux autorités une importante marge de manœuvre, et il admet que ne soient ancrées dans la loi que les grandes lignes des dérogations susceptibles d'être accordées par rapport aux prescriptions ordinaires sur les zones et les constructions. Les formulations ouvertes contenues dans le règlement des plans d'affectation spéciaux ne sauraient toutefois vi-

der de leur sens les dispositions – issues de procédures d'aménagement démocratiques – du plan général d'affectation³⁴. Cela signifie, pour la commune de Freienbach, que les autorités devront soigneusement examiner, dans chaque cas, si la réglementation en question est compatible avec les buts et les principes de l'aménagement du territoire, ainsi qu'avec les zones d'affectation et les compétences définies dans le règlement communal sur les zones et les constructions. L'application de la réglementation adoptée se révèle ainsi très exigeante pour les autorités compétentes. Quant à l'absence de définition de la notion de «logements à loyer ou à prix modérés», elle est problématique. Des précisions seraient ici bienvenues (voir point 3.2.3, a).

3.3 Droit d'emption en faveur de la commune en cas de nouveau classement

3.3.1 Description générale et possibilités de mise en œuvre

Une autre possibilité de promouvoir la construction de logements à loyer ou à prix modérés consiste à réserver à cette fin, lors des nouveaux classements, une partie déterminée des futurs terrains à bâtir. Cela peut se faire soit par voie légale, par le biais de prescriptions sur les zones et de quotas (voir aussi point 3.4), soit par le biais de contrats conclus avec les propriétaires fonciers au moment du classement. Dans ce dernier cas de figure, le classement est lié à la condition que le propriétaire s'engage à créer des logements à loyer ou à prix modérés. Pour assurer que cette intention soit effectivement concrétisée, la commune se réserve le droit d'acquérir (dès le début, ou au cas où le propriétaire ne se serait pas acquitté de ses obligations après un certain temps) tout ou partie des terrains concernés afin d'y réaliser elle-même les logements souhaités, ou de les céder (en droit de superficie ou par vente) à des maîtres d'ouvrage d'utilité publique. Que le

droit d'emption soit légal ou contractuel, deux variantes sont envisageables:

a) Variante 1

Dans le premier cas de figure, la commune prend possession de tout ou partie des terrains au moment du classement. C'est alors elle, et non le propriétaire, qui veille à la réalisation de logements d'utilité publique. Il s'agit là d'une forme de politique foncière active (voir point 3.6), la commune s'efforçant d'acquérir des terrains privés pour accroître sa marge de manœuvre en matière de développement du milieu bâti. La commune se trouve bien sûr en bien meilleure position pour négocier en cas de classement en zone à bâtir que si elle doit acquérir un terrain sur le marché libre. Si la commune ne prend possession que d'une partie d'un bien-fonds, le propriétaire dispose librement du reste de la parcelle classée.

b) Variante 2

Dans le second cas de figure, la commune ne fait valoir le droit d'emption qu'elle s'est réservé que si le propriétaire ne s'est pas acquitté, après un délai déterminé, de son obligation de créer des logements à loyer ou à prix modérés. La commune peut alors acquérir le terrain et prendre les mesures nécessaires pour que de tels logements soient réalisés. La plupart du temps, elle cédera le terrain à un tiers souhaitant construire (en général un maître d'ouvrage d'utilité publique). Dans cette variante, le propriétaire contracte une obligation de construire qui ne vise pas seulement à prévenir la thésaurisation des terrains à bâtir, mais à réaliser effectivement, sur la surface

33 Selon les informations fournies par téléphone le 31.07.2009 par Monsieur André Guntern, directeur de la section Aménagement, Environnement et Transports du district de Küsnacht.

34 Arrêt du TF 1C_188/2007 du 01.04.2009 (Rüti), consid. 5.2, in: Recueil de jurisprudence VLP-ASPAN n° 3786.

concernée, un type de constructions déterminé (en l'occurrence des logements d'utilité publique).

3.3.2 Exemple tiré de la pratique

La commune zougoise d'Oberägeri connaît, depuis 1993, une réglementation visant à promouvoir la construction de logements à loyer ou à prix modérés. Les dispositions en question sont ancrées dans les prescriptions communales sur l'encouragement de la construction de logements, ainsi que dans le règlement d'application y afférent³⁵.

Ces deux actes normatifs peuvent être résumés comme suit:

Les surfaces d'une certaine importance (à partir d'environ 4'000 m², en fonction des cas) qui se révèlent propres à la construction ne sont classées en zone à bâtir que si le propriétaire est prêt à accorder à la commune, par contrat, un droit d'emption sur la plus grande part de terrain possible (à négocier, mais au moins 50% d'après les prescriptions). La commune dispose ainsi, durant toute la durée du contrat, de la possibilité d'acquérir les terrains concernés aux conditions prévues. Le droit d'emption est inscrit au registre foncier. La commune peut le céder à un tiers, pour autant que celui-ci fournisse des garanties suffisantes qu'il exercera le droit d'emption aux conditions stipulées dans le contrat de cession. Ainsi la commune peut-elle par exemple transférer son droit d'emption à un maître d'ouvrage d'utilité publique.

Dans le pacte d'emption, les conditions précises sont fixées avant l'adaptation du plan d'affectation (c'est-à-dire avant le classement des terrains concernés). Dans les prescriptions de la commune d'Oberägeri, il est simplement mentionné qu'au moins 50% des terrains à classer en zone à bâtir doivent être construits à brève échéance et conformément au but visé. Les conditions ne sont pas définies plus en détail. D'ordinaire, la commune exerce son droit d'emption juste après le classement des terrains. Selon les prescriptions

communales, toutefois, il est possible de convenir que la commune y renonce si le propriétaire construit ou fait lui-même construire la surface grevée par le droit d'emption dans un délai déterminé et conformément aux conditions prévues. Dans ce cas, la commune doit s'engager à faire radier son droit d'emption du registre foncier une fois les constructions dûment achevées. Pour prévenir toute spéculation, cependant, il faut s'assurer que le bien-fonds concerné ne soit pas vendu, pendant un délai de 15 ans, à un prix dépassant de plus de 5% le prix de revient. Cela se fait en général au moyen d'un pacte de réméré et de l'inscription du droit de réméré correspondant au registre foncier.

La commune pourra renoncer à se réserver un droit d'emption si le propriétaire offre des garanties suffisantes qu'il remplira l'objectif visé (la création de logements à loyer ou à prix modérés) d'une autre manière et dans une proportion au moins égale. En cas de non-respect de ses obligations, le propriétaire doit supporter l'intégralité du dommage et s'acquitter d'une amende conventionnelle à hauteur de l'avantage dont il a bénéficié. Reste ouverte la question de savoir comment l'objectif visé peut être rempli d'une autre manière et comment le dommage intervenu doit être mesuré.

Une fois que les terrains ont été classés en zone à bâtir et que la commune a exercé son droit d'emption, celle-ci veille à ce que les surfaces concernées soient construites par des tiers – à moins que le propriétaire ne se soit engagé à prendre les opérations en mains. En vertu des prescriptions communales, les travaux préparatoires à effectuer par la commune comprennent notamment la réalisation d'études d'urbanisation ou l'organisation de concours, ainsi que, selon les besoins:

- l'élaboration d'un plan d'aménagement détaillé,
- la redéfinition du parcellaire et la réattribution des terrains, que ce soit en propriété ou en droit de superficie,

- l'appui aux personnes désireuses de fonder une coopérative de construction et d'habitation.

Le but est d'offrir des logements à des conditions financières abordables. Selon le règlement communal, les prix ne doivent pas dépasser le prix de revient de plus de 10%. Dans le cas des immeubles collectifs, il est en général prévu que la commune accorde, à des conditions favorables et selon des critères bien définis, des droits de superficie à des maîtres d'ouvrage d'utilité publique. Il est aussi envisageable que le droit d'emption soit directement transféré à de tels maîtres d'ouvrage. Dans le cas des maisons destinées à une, deux ou trois familles, la commune peut aussi transférer son droit d'emption à des personnes physiques, ou leur céder les terrains concernés en droit de superficie. Le règlement précise que les habitants d'Oberägeri doivent être privilégiés. La priorité est accordée aux personnes qui ont au moins un enfant et ont habité et payé des impôts au moins deux ans dans la commune. Viennent ensuite les personnes ayant vécu au moins deux ans dans le canton de Zoug. Les bénéficiaires doivent occuper eux-mêmes le logement ou la maison en question. Les maîtres d'ouvrage d'utilité publique ayant leur siège à Oberägeri et les personnes physiques domiciliées dans la commune bénéficient, pour les droits de superficie, de conditions préférentielles.

3.3.3 L'instrument du droit d'emption

a) Généralités

Un droit d'emption permet à son bénéficiaire de former un contrat de vente parfait par une manifestation de volonté unilatérale (exercice d'un droit formateur), c'est-à-dire de produire la situation juridique qui existerait si le vendeur et le titulaire du droit d'emption avaient conclu un contrat de vente³⁶. Dans le contexte qui nous occupe, le droit d'emption sert à garantir que les terrains concernés soient effectivement affectés à la

construction de logements d'utilité publique une fois classés en zone à bâtir.

b) Droit d'emption contractuel et droit d'emption légal

Comme mentionné au point 3.3.1, un droit d'emption peut être ancré dans un contrat ou dans un acte législatif. Le choix de l'une ou l'autre possibilité dépendra des besoins de la commune concernée et constitue une question politique.

Droit d'emption légal

Si la commune entend opter pour la solution légale, elle devra commencer par vérifier que le droit cantonal admette bel et bien une telle solution (voir point 3.1.1). Par ailleurs, le champ d'application géographique d'un droit d'emption légal sera en général limité. Ainsi un tel droit n'entrera-t-il en ligne de compte que pour les secteurs adaptés à la construction de logements d'utilité publique. Ces secteurs devront être délimités à la parcelle près dans le plan de zones de la commune.

Droit d'emption contractuel

Lorsqu'un terrain est susceptible d'être classé en zone à bâtir, la commune peut, à certaines conditions juridiques (point 3.3.4, b; principe de la légalité), proposer au propriétaire de conclure un contrat dans lequel celui-ci s'engage à construire des logements à loyer ou à prix modérés, et d'assortir ce contrat d'un droit d'emption visant à en assurer la bonne réalisation. Le propriétaire peut alors décider de faire classer son bien-fonds moyennant cette obligation, ou bien d'y renoncer et de s'en tenir au régime d'affectation existant.

35 «Vorschriften über die Wohnbauförderung in Oberägeri vom 24. Mai 1993» et «Reglement der Einwohnergemeinde Oberägeri über die Wohnbauförderung vom 24. Mai 1993», consultables sur le site Internet de la commune: www.oberaegeri.ch/de/verwaltung/reglemente/.

36 SCHMID JÖRG, Sachenrecht, Zurich 1997, N. 1004.

Obligation de réaliser des logements d'utilité publique et droit d'emption de la commune (réglementation type)

- 1 Sur les biens-fonds non bâtis affectés à la zone X seront bâtis, dans un délai de X ans à compter de leur classement (ou de leur équipement général), des logements à loyer ou à prix modérés. Le délai commence à courir au plus tôt à l'entrée en vigueur de la présente disposition; il est suspendu si le début des travaux est retardé pour des raisons dont le maître d'ouvrage ne peut être tenu pour responsable.
- 2 (Définition de la notion de logements d'utilité publique / à loyer ou à prix modérés)
- 3 Si le ou la propriétaire ne s'acquitte pas de son obligation de construire dans le délai défini à l'alinéa 1, la collectivité publique dispose, pour autant que les besoins en logements à loyer ou à prix modérés soient toujours aussi importants, d'un droit d'emption sur les biens-fonds grevés par ladite obligation. Le montant du prix d'achat se détermine en fonction du rendement qui pourrait être obtenu en louant les immeubles conformément à leur destination.
- 4 L'obligation de construire et le droit d'emption correspondant sont à inscrire au registre foncier au titre de restriction de droit public à la propriété.

Les avantages et inconvénients des deux possibilités dont disposent les communes pour se réserver un droit d'emption sont décrits au point 3.3.4, c.

c) Exigences applicables au pacte d'emption et limitation dans le temps

Si la commune opte pour un droit d'emption contractuel, le pacte d'emption devrait définir avec précision à quelles conditions celle-ci peut l'exercer. Le code des obligations (CO) doit en outre être respecté. Ainsi les pactes d'emption portant sur un immeuble ne sont-ils valables que s'ils ont été passés en la forme authentique (art. 216 al. 2 CO). De plus, les droits d'emption ne peuvent être annotés au registre foncier que pour une durée de dix ans au plus (art. 216a CO). Cela signifie que, si elle ne veut pas perdre son droit d'emption, la commune doit accorder au propriétaire un délai inférieur à dix ans pour s'acquitter de son obligation de construire. Il serait

certes loisible aux deux parties de convenir, avant l'expiration des dix ans, d'un renouvellement de l'annotation au registre foncier³⁷; comme le bien-fonds concerné serait toutefois, à ce moment, déjà classé en zone à bâtir, le propriétaire n'aurait guère intérêt à agir dans ce sens.

3.3.4 Appréciation

a) Définition de la notion de logement d'utilité publique

Si la commune opte pour la variante 2 (point 3.3.1, b) et n'exerce son droit d'emption que si le propriétaire ne remplit pas son obligation de réaliser des logements d'utilité publique, il s'agit alors pour elle de définir exactement ce qu'il faut entendre par cette dernière notion (voir points 2 et 3.2.3, a). En effet, seule une définition claire permettra d'évaluer si le propriétaire s'est dûment acquitté de son obligation et si la commune exerce son droit d'emption à juste titre.

Dans la variante 1 (point 3.3.1, a), où la commune acquiert les terrains juste après leur classement et veille elle-même à la réalisation de logements d'utilité publique, il peut également se révéler nécessaire de préciser la notion. C'est notamment le cas lorsque la commune cède les terrains concernés à des tiers en vue de la construction de tels logements.

b) Constitutionnalité

Principe de la légalité

Lorsqu'il s'agit d'examiner le critère de la base légale (point 3.1.1), il convient de faire la distinction entre droit d'emption légal et contractuel.

Un droit d'emption légal doit être ancré dans une loi au sens formel. En effet, il représente une atteinte grave à la garantie de la propriété (point 3.1.3, garantie de la propriété). La base légale en question doit être assez précise pour que le citoyen puisse adapter son comportement en conséquence et en déterminer la portée avec un degré de certitude correspondant aux circonstances (point 3.1.1). La disposition concernée doit donc préciser à quelles conditions et à partir de quand la commune peut exercer son droit d'emption.

Selon la doctrine et la jurisprudence, les contrats de droit administratif entre Etat et privés (dont font partie les pactes d'emption dont il est question ici) peuvent s'avérer conformes au droit même en l'absence d'une disposition expresse au niveau du droit cantonal ou communal³⁸. Le Tribunal fédéral exige toutefois que de tels contrats répondent à un intérêt public et qu'ils reposent au moins indirectement sur une base légale³⁹. Une telle manière de faire devrait à tout le moins être admise au regard du but et du sens de la loi⁴⁰. Il est aussi envisageable de créer une base juridique générale conférant à la collectivité publique la faculté de conclure des contrats de droit administratif⁴¹.

Egalité de traitement

Comme mentionné au point 3.1.2, le principe de

l'égalité de traitement ne revêt, dans le cas des mesures d'aménagement, qu'une portée limitée. La condition à remplir est que les différences de traitement soient objectivement justifiées. Dans les communes connaissant une forte pénurie de logements – en particulier abordables –, il s'avérera la plupart du temps justifié d'imposer une obligation de construire des logements à loyer ou à prix modérés, assortie d'un droit d'emption légal. Selon les circonstances locales, il peut être indiqué de ne grever d'une telle obligation qu'une partie des zones à bâtir de la commune.

Garantie de la propriété

L'édiction d'un droit d'emption légal en faveur de la commune représente une atteinte à la garantie de la propriété et requiert de ce fait une justification particulière (base légale, intérêt public, proportionnalité, voir point 3.1.3). Un droit d'emption contractuel restreint lui aussi la propriété, mais le propriétaire qui signe un pacte d'emption consent à cette restriction. Il faut néanmoins que la collectivité publique dispose de la marge de manœuvre juridique nécessaire et que les prestations convenues correspondent au sens et au but de la loi (point 3.1.1, principe de la légalité). Dans la variante 2 (point 3.3.1, b), il s'agit non seulement de tenir compte de l'atteinte portée à la garantie de la propriété, mais aussi d'examiner les conditions liées à l'exercice du droit d'emption, c'est-à-dire l'obligation qu'a le propriétaire de construire son terrain dans un délai déterminé (obligation de construire) en y réalisant des logements à loyer ou à prix modérés (obligation de se

37 GUHLER/MERZ/KOHLER, Das Schweizerische Obligationenrecht, 8^e édition, p. 321.

38 VLP-ASPAN, Territoire & Environnement 6/06, Zones à bâtir thésaurisées ou mal situées. Que faire?, p. 50.

39 ANTONIAZZA, Baupflicht, p. 187, avec référence à l'arrêt du TF 1A.266/2005 du 13 mars 2006, in: Recueil de jurisprudence VLP-ASPAN n° 3125.

40 ANTONIAZZA, Baupflicht, p. 186, avec référence à l'ATF 112 II 109.

41 ANTONIAZZA, Baupflicht, p. 187. Avec le § 142 LC, le canton de Berne dispose par exemple d'une telle base en vue d'un prélèvement de la plus-value par voie contractuelle.

conformer à une affectation déterminée).

L'ancrage d'une obligation légale de construire et de se conformer à une affectation déterminée, assorti d'un droit d'emption légal, représente une restriction *grave* de la propriété, l'utilisation de tout ou partie du terrain conformément à sa destination étant en effet rendue beaucoup plus difficile, voire impossible. Il s'agit donc d'examiner si cette restriction repose sur une base légale suffisante, si elle est justifiée par un intérêt public et si elle est proportionnée au but visé (point 3.1.3). La question de la base légale a déjà été abordée plus haut (principe de la légalité). Eu égard aux buts sociaux de la Constitution fédérale et à son article relatif à l'encouragement de la construction de logements et de l'accession à la propriété (art. 41 al. 1 let. e et art. 108 Cst.), la création de logements à loyer ou à prix modérés répond sans conteste à un intérêt public. Celui-ci revêt un poids particulier dans les villes et communes où les réserves de terrains à bâtir sont faibles et la demande importante (point 3.1.3). Pour ce qui est de la proportionnalité, le critère de l'*adéquation* sera en général rempli; ceux de la *nécessité* et de la *relation entre l'objectif poursuivi et les moyens mis en œuvre* devront en revanche être examinés plus en détail dans chaque cas. L'ampleur de la pénurie de logements revêtira, pour le dernier de ces critères, une importance déterminante: plus l'offre de logements abordables sera faible, plus les mesures destinées à stimuler la construction de logements à loyer ou à prix modérés pourront être incisives.

c) Droit d'emption légal ou contractuel?

En comparaison avec le droit d'emption contractuel, la solution légale a l'avantage de montrer de façon claire et transparente quels terrains sont grevés d'un droit d'emption. La sécurité juridique s'en trouve accrue. L'ancrage légal du droit d'emption permet en outre d'affecter à la construction de logements d'utilité publique des terrains dont les propriétaires ne seraient pas prêts à s'engager dans ce sens par voie contrac-

tuelle, ou sur qui la commune n'aurait pas les moyens de faire pression (brèches dans le milieu bâti et autres terrains dont le classement s'impose pour des raisons d'aménagement du territoire). La commune optera souvent pour l'une ou l'autre solution en fonction des circonstances locales. Plus les logements sont rares, plus ils sont chers, et plus la commune a intérêt à se réserver un droit d'emption par voie légale. En général, cependant, il sera peu judicieux de le faire pour tous les nouveaux classements, car tous les secteurs ne se prêtent pas à la construction de logements d'utilité publique. En outre, les restrictions d'utilisation imposées doivent être proportionnées aux besoins effectifs.

La voie contractuelle offre pour sa part une plus grande flexibilité et permet à la commune de mieux tenir compte des particularités locales. Toutefois, compte tenu du risque élevé que ces solutions au cas par cas soient entachées d'arbitraire, la collectivité publique devra veiller à une grande transparence, en énonçant clairement les principes régissant la formulation des pactes d'emption. Si la conclusion d'un tel pacte peut constituer un élément important pour la décision de classement, elle ne saurait être seule déterminante. Lorsqu'il s'agit d'examiner si un terrain doit être classé en zone à bâtir, la commune doit tenir compte de critères objectifs, tels que l'aptitude du terrain à la construction en fait et en droit, les buts et les principes de la LAT, ainsi que les indications du plan directeur cantonal. On ne saurait renoncer à classer un terrain propice au développement du milieu bâti pour la seule raison que le propriétaire refuse de conclure un pacte d'emption, ni, à l'inverse, classer un terrain inapproprié au seul motif que le propriétaire y consent. Toutefois, la conclusion d'un pacte d'emption peut fort bien se révéler déterminante si plusieurs alternatives équivalentes se présentent pour l'extension de la zone à bâtir⁴². La voie contractuelle n'est en revanche guère praticable lorsque que la marge de manœuvre dont dispose la commune pour agrandir la zone à bâtir est faible ou inexistante, comme c'est par exemple le

cas dans les secteurs déjà largement bâtis ou idéalement reliés au milieu bâti existant. Dans de tels cas, en effet, les propriétaires seront peu enclins à s'engager contractuellement à réaliser des logements à loyer ou à prix modérés, puisqu'ils peuvent compter sur le fait que leurs terrains finiront tôt ou tard par être classés⁴³. Dans les secteurs déjà largement bâtis, les propriétaires peuvent même prétendre à ce qu'ils le soient. En d'autres termes: plus un terrain se prête, pour des raisons objectives, à un classement en zone à bâtir, plus les moyens de pression dont la commune dispose sont faibles.

d) Variantes et exemple tiré de la pratique

Variantes

La variante 1 (point 3.3.1, a), selon laquelle la commune exerce son droit d'emption juste après le classement des terrains et entre immédiatement en possession d'une partie de ceux-ci, a pour avantage que la réalisation des logements d'utilité publique est du ressort de la commune. Celle-ci peut choisir de céder les terrains à un tiers (par exemple à un maître d'ouvrage d'utilité publique) ou d'assumer elle-même la maîtrise d'ouvrage de l'opération. En principe, la variante 1 permet de construire les logements souhaités plus rapidement que la variante 2 (point 3.3.1, b), selon laquelle la commune ne peut exercer son droit d'emption que si le propriétaire n'a pas rempli ses obligations à l'expiration du délai convenu. La variante 1 requiert cependant de la commune un investissement à ne pas sous-estimer.

Exemple tiré de la pratique

La réglementation de la commune d'Oberägeri poursuit deux objectifs: elle vise, d'une part, à permettre l'acquisition ou la location de logements à des conditions supportables et, d'autre part, à en faire bénéficier en priorité les habitants de la commune.

On peut considérer que les dispositions constitutionnelles relatives à la mise à disposition de loge-

ments à loyer ou à prix modérés (art. 41 al. 1 let. e et art. 108 Cst.) et la législation cantonale sur l'encouragement de la construction de logements fournissent à la commune une base légale indirecte pour conclure des contrats dans ce sens. Les prescriptions et le règlement de la commune sur l'encouragement de la construction de logements décrivent de façon complète et détaillée les conditions régissant l'instauration d'une obligation de construire et de se conformer à une affectation déterminée, ainsi que l'édiction d'un droit d'emption en faveur de la commune. Le fait que la réglementation en question soit ancrée dans deux actes normatifs différents nuit cependant à sa bonne lisibilité. Une réglementation plus concise dans un seul et unique document serait bienvenue.

Le marché du logement zougais étant très tendu, la nécessité pour la commune de prendre des mesures visant à remédier à la pénurie de logements abordables est avérée. La réglementation communale a du reste déjà été appliquée avec succès. Ainsi 44 logements à loyer ou à prix modérés ont-ils été construits sur un terrain que la commune avait acquis, après son classement, sur la base d'un pacte d'emption (ensemble «Riedmattli»)⁴⁴. La commune a ici chargé une entreprise totale de construire les bâtiments à prix fixe, ce qui a permis de céder les logements à des conditions supportables à des personnes remplissant les exigences définies dans la réglementation communale. Il est envisagé d'appliquer cette dernière à d'autres parcelles.

Le fait que les logements soient attribués en priorité aux habitants de la commune est défendable, puisqu'il permet d'éviter que des personnes domiciliées à Oberägeri ne doivent quitter leur lieu d'habitation par manque de logements abordables.

42 ANTONIAZZA, Baupflicht, p. 181.

43 ANTONIAZZA, Baupflicht, p. 182.

44 Selon les informations fournies par téléphone le 11.08.2009 par Monsieur Halter, directeur de la section Constructions et Sécurité.

3.4 Définition de quotas de logements d'utilité publique dans les plans d'affectation

3.4.1 Description générale

Il s'agit ici de réserver dans les plans d'affectation, pour certaines des nouvelles zones à délimiter, un pourcentage déterminé de la surface constructible au logement d'utilité publique. Il s'agit donc de définir des quotas minimaux devant obligatoirement servir à la construction de logements à loyer ou à prix modérés.

3.4.2 Possibilités de mise en œuvre

a) Champ d'application

Dans la pratique, la définition de quotas en faveur du logement d'utilité publique n'entre en principe en ligne de compte que pour certaines zones. Il serait en effet peu judicieux – et inutile – de vouloir définir de tels quotas pour toutes les zones d'habitation ou, a fortiori, pour toutes les zones à bâtir ou pour l'ensemble du territoire communal. D'une part, certains secteurs ne se prêtent pas à la construction de logements abordables; d'autre part, les mesures d'encouragement doivent être proportionnées aux besoins effectifs en la matière.

Il existe différentes manières de limiter la définition de quotas de logements d'utilité publique aux surfaces appropriées. Ainsi pourra-t-on la restreindre à certains types de zones (par exemple aux zones d'habitation à haute densité) ou à certains secteurs en voie de développement (par exemple aux secteurs situés à proximité des écoles ou d'autres équipements publics). Une telle réglementation peut être introduite aussi bien dans un plan d'affectation général que dans un plan d'affectation spécial. Dans le premier cas, on pourra en outre superposer à certaines zones d'affectation des zones destinées à la construction de logements à loyer ou à prix modérés (voir l'exemple de la Ville de Zoug, point 3.4.3).

b) Définition des quotas de logements d'utilité publique

L'ampleur des quotas minimaux de logements d'utilité publique peut être définie de plusieurs manières. La solution la plus fréquente (adoptée dans les exemples présentés ci-après) consiste à l'exprimer en pour cent de la surface (brute) de plancher servant au calcul de l'indice d'utilisation du sol. Le calcul se base ainsi sur la définition générale de l'indice d'utilisation du sol telle qu'elle ressort du droit cantonal ou, dans les cantons ayant adhéré à l'accord intercantonal sur l'harmonisation de la terminologie dans le domaine de la construction (AIHC), sur la définition qui y est donnée de l'indice brut d'utilisation du sol (annexe 1 de l'AIHC, point 8.2)⁴⁵. Il est cependant aussi envisageable d'exprimer les quotas de logements d'utilité publique en nombre d'étages.

Du point de vue quantitatif, le quota minimal prescrit pourra varier sensiblement en fonction des besoins de la commune et de l'ampleur des surfaces à classer en zone à bâtir. Il est possible de définir des quotas différents pour les différentes zones d'affectation. Ceux-ci peuvent aller de quelques pour cent à 100 pour cent. Ce dernier cas de figure s'applique par exemple aux secteurs entièrement attribués à des maîtres d'ouvrage d'utilité publique.

c) Réglementations analogues

L'instrument des quotas est aussi utilisé dans d'autres domaines. L'enjeu est cependant toujours de préserver des activités peu lucratives face à d'autres plus rentables.

- *Plans définissant des quotas de logements*
Dans les zones des grandes villes où l'habitat est menacé (zones mixtes destinées à l'habitat, aux activités commerciales et aux services), il est fréquent que soient définis des quotas minimaux de logements. Cela signifie qu'une part déterminée des droits à bâtir doit être affectée à l'habitat, afin de préserver celui-ci face à des activités tertiaires beaucoup plus lucratives.

- *Plans définissant des quotas de résidences principales*

Afin de juguler la construction de résidences secondaires et de créer des logements destinés à la population locale, de nombreuses localités touristiques ont établi des plans définissant des quotas de résidences principales⁴⁶. Ceux-ci stipulent qu'un certain pourcentage de la surface brute de plancher des bâtiments d'habitation doit être utilisé à titre de résidence principale. Cette restriction de l'utilisation autorisée peut soit s'appliquer à tous les bâtiments d'habitation sis sur le territoire communal, soit se limiter à certaines zones ou types de zones. Sont réputées résidences principales les logements qui sont occupés par des personnes domiciliées dans la commune.

- *Délimitation, dans des plans d'affectation spéciaux, de surfaces destinées à des activités d'utilité publique*

Dans les plans d'affectation spéciaux, qui comportent des dispositions détaillées en matière d'affectation et de forme architecturale, on peut imaginer que des surfaces minimales soient réservées – en plus de celles attribuées à l'habitat et aux activités secondaires ou tertiaires – à des activités publiques ou d'utilité publique. Ainsi le plan d'aménagement détaillé privé régissant le secteur «Gare principale Zurich-Aussersihl» prévoit-il que, en plus des 273'000 m² de surface de plancher admissible, 20'000 m² soient réservés à des équipements publics à vocation culturelle, communautaire ou de formation. On peut procéder de manière analogue pour assurer l'existence d'activités peu lucratives telles que petit artisanat, ateliers d'artistes ou petits commerces. Les réglementations de ce type peuvent aussi être ancrées dans les plans généraux d'affectation.

3.4.3 Exemple tiré de la pratique

Plus encore que d'autres villes, celle de Zoug est confrontée au problème que les logements y sont inabordables pour une part importante de la

population. On espère ainsi du règlement sur les constructions et les zones approuvé en votation populaire le 27 septembre 2009 qu'il permettra de créer des logements à loyer ou à prix modérés et de remédier à la pénurie actuelle. Y est introduit l'instrument d'une zone se superposant aux zones d'habitation et d'activités, dans laquelle 50% au moins de la surface de plancher à comptabiliser doivent être réservés à la construction de logements à loyer ou à prix modérés (voir encadré p. 20). Sur les surfaces concernées, un bonus d'utilisation du sol de 10% est accordé en contrepartie de la construction de logements d'utilité publique. Dans la version révisée – non encore entrée en vigueur – du plan d'affectation de la commune, une telle zone a déjà été délimitée sur quatre périmètres d'extension de la zone à bâtir d'une superficie totale de près de six hectares⁴⁷. En matière de loyers, la disposition exige le respect des conditions déterminantes de la loi cantonale sur l'encouragement de la construction de logements, actuellement en cours de révision⁴⁸.

45 A propos de la notion de surface de plancher, voir la norme SIA 504 421, Aménagement du territoire – Mesures de l'utilisation du sol, 2006, p. 6.

46 Les communes tessinoises ont coutume de définir non pas la surface d'habitation réservée à la population locale, mais celle dévolue aux résidences secondaires.

47 Secteur «Im Rank» en zone mixte (10'563 m²), secteur «Schleife Nord» en zone mixte (17'584 m²), secteur «Lüssi» en zone d'habitation (22'634 m²) et secteur «Franziskusheim» en zone d'habitation (8'975 m²).

48 La loi actuelle (Wohnraumförderungsgesetz WFG, BGS 851.11) et l'ordonnance correspondante (Wohnraumförderungsverordnung WVF, BGS 851.212) sont consultables sous: <http://www.zug.ch/behoerden/staatskanzlei/kanzlei/bgs/8-gesundheit-arbeit-soziale-sicherheit>; le projet de nouvelle loi (proposition de l'exécutif cantonal du 27.01.2009) sous: http://www.zug.ch/behoerden/kantonsrat/kantonsratsvorlagen_geschaefte/1775/.

Règlement sur les constructions de la Ville de Zoug

§ 37: Zone destinée à la construction de logements à loyer ou à prix modérés

- 1 La zone destinée à la construction de logements à loyer ou à prix modérés se superpose à une zone d'habitation ou d'activité. Dans cette zone, 50% au moins de la surface de plancher à comptabiliser sont à réserver à la construction de logements à loyer ou à prix modérés.
- 2 Un bonus d'utilisation du sol de 10% est octroyé sur la part dévolue à la construction de logements à loyer ou à prix modérés. Dans les secteurs soumis à plan d'aménagement détaillé, le bonus d'utilisation est accordé en plus des dérogations visées au § 32 alinéa 1.

§ 38: Fixation du loyer

- 1 Les bâtiments d'habitation doivent remplir les conditions déterminantes posées par la loi cantonale sur l'encouragement de la construction de logements en matière de construction. Les loyers maximaux admissibles sont fixés par l'exécutif de la Ville d'entente avec le maître d'ouvrage et conformément à la législation cantonale sur l'encouragement de la construction de logements. Ils ne peuvent dépasser les limites supérieures prévues.
- 2 [...]

3.4.4 Appréciation

a) Définition de la notion de logement d'utilité publique

Comme dans les solutions précédentes, il s'agit, ici aussi, de préciser ce qu'il faut entendre par logement d'utilité publique. Seule une définition univoque permettra en effet de déterminer si les quotas minimaux y afférents sont respectés. En ce qui concerne les possibilités de définir la notion, on se référera à ce qui a été dit aux points 2 et 3.2.3, a.

b) Constitutionnalité

La définition d'un quota minimal de logements d'utilité publique est, sur le fond, comparable à une prescription définissant la nature et l'inten-

sité de l'utilisation du sol admise dans une zone donnée. On cadre l'utilisation du sol admissible et on détermine ainsi le contenu de la propriété. Le propriétaire conserve les principales facultés découlant du droit de propriété. Le classement de son bien-fonds en zone à bâtir lui confère même de nouvelles possibilités d'utilisation. Il peut en outre décider librement – pour autant qu'il ne soit soumis à aucune obligation de construire ou de se conformer à une affectation déterminée – s'il souhaite construire et, dans l'affirmative, quand et dans quelle mesure il entend le faire. S'il décide de construire, cependant, il est tenu de réaliser des logements d'utilité publique sur une partie de la surface utile.

Cette solution va moins loin que celle du droit d'emption légal (point 3.3). Aucune obligation de construire n'est imposée au propriétaire et la propriété foncière ne lui est pas enlevée de force

(que ce soit par le biais d'un droit d'emption ou de toute autre mesure). Il est toutefois envisageable de combiner la définition de quotas avec une obligation de construire et un droit d'emption.

L'option décrite ici requiert une base légale au sens formel, régissant de façon claire et univoque la définition des quotas (point 3.1.1). On devra en outre s'assurer que le droit cantonal ne s'oppose pas à l'introduction d'une telle réglementation au niveau communal. Si le droit cantonal comporte un catalogue exhaustif des types de zones envisageables, les communes n'ont pas la possibilité d'en créer d'autres dans leur règlement sur les zones et les constructions (point 3.1.1). La loi sur l'aménagement du territoire et les constructions du canton de Zoug contient justement une énumération exhaustive des zones d'affectation communales admissibles (§ 18 PBG-ZG). La disposition concernée stipule que la zone à bâtir peut être subdivisée en zones d'habitation, en zones d'activités, en zones centre, en zones à prescriptions spéciales, en zones intermédiaires et en zones destinées à des constructions et installations d'intérêt public. La question de savoir auquel de ces types de zones doit être rattachée la zone destinée à la construction de logements à loyer ou à prix modérés prévue par la Ville de Zoug n'est pas claire. Le plus plausible est de l'attribuer à la zone à prescriptions spéciales, qui englobe les secteurs dont l'affectation requiert une réglementation particulière (§ 22 PBG-ZG). Le canton devra se pencher sur la question lors de la procédure d'approbation du nouveau règlement sur les constructions et les zones de la Ville de Zoug.

S'agissant des critères de l'intérêt public et de la proportionnalité, on se référera à ce qui a été dit au point 3.1.3. Dans les villes et les communes frappées par une forte pénurie de logements abordables (comme c'est le cas des communes du canton de Zoug), encourager la construction de tels logements répond incontestablement à un intérêt public. Quant à la proportionnalité de la mesure, elle devrait être examinée au cas par cas. Eu égard à un récent arrêt du Tribunal fédé-

ral relatif à la définition de quotas de résidences principales dans la région touristique de Crans-Montana, toutefois, on peut partir du principe que, dans une situation de pénurie comme celle que connaît la Ville de Zoug, il est conforme au droit d'allouer 50% de la surface constructible à la réalisation de logements à loyer ou à prix modérés. Dans l'arrêt mentionné, le Tribunal fédéral a même déclaré compatible avec la garantie de la propriété un quota de résidences principales de 70%. La Haute Cour a estimé que la nécessité de prendre des mesures efficaces répondait à un intérêt public majeur et qu'un quota minimal aussi élevé n'était dès lors pas disproportionné⁴⁹.

c) Appréciation générale

Comme le montrent les plans fixant des contingents de logements ou de résidences principales (point 3.4.2, c), la définition de quotas minimaux pour des activités déterminées est pratiquée avec succès. Un tel instrument peut donc aussi servir à encourager la construction de logements d'utilité publique. Ce type de mesure étant imposé par la puissance publique, sa réalisation ne dépend pas – à la différence de l'option consistant à accorder des bonus d'utilisation du sol (point 3.2) – de la volonté des propriétaires. Cela permet de mieux gérer l'impact de la construction de logements d'utilité publique sur le territoire et d'éviter un développement hétérogène du milieu bâti suite à une réaction variable des propriétaires aux incitations proposées (point 3.2.3, c).

Il est aussi envisageable de stimuler la construction de logements d'utilité publique par le biais de plans d'affectation spéciaux. Ceux-ci permettent même une meilleure maîtrise du développement des secteurs concernés, dans la mesure où les surfaces réservées au logement à loyer ou à prix modérés peuvent être judicieusement réparties et précisément localisées au sein du périmètre de planification.

49 Arrêt du TF 1C_469/2008 du 26 mai 2009 (Crans-Montana), in: Recueil de jurisprudence VLP-ASPAN n° 3815.

Comme la réglementation adoptée par la Ville de Zoug n'entrera vraisemblablement en vigueur qu'au printemps de cette année, aucune expérience n'a encore été faite. Les dispositions en question devraient toutefois se révéler efficaces. S'il part d'une bonne intention, le fait de récompenser les propriétaires par un bonus d'utilisation du sol de 10% s'avère en revanche plutôt problématique. Car, si ces bonus devraient en effet rendre la construction de logements abordables plus facile pour les propriétaires, ils sont aussi susceptibles de contrevenir à l'objectif d'un développement harmonieux du milieu bâti (point 3.2.3, c).

3.5 Promouvoir le logement d'utilité publique au moyen de la contribution de plus-value

La contribution de plus-value est une redevance publique à la charge des propriétaires fonciers, par le biais de laquelle les plus-values foncières résultant des mesures d'aménagement du territoire et de développement des infrastructures prises par les pouvoirs publics sont en partie ou principalement transférées à la collectivité publique⁵⁰. La contribution de plus-value répond à un souci d'équité et d'égalité des charges. Il s'agit de compenser les avantages et les inconvénients découlant des mesures d'aménagement. Si l'Etat doit indemniser les propriétaires en cas de moins-value due à une mesure d'aménagement, il doit, à l'inverse, pouvoir prélever une partie de la plus-value générée par ce type de mesures⁵¹. Bien que la loi fédérale sur l'aménagement du territoire assigne aux cantons la mission de légiférer dans ce sens (art. 5 al. 1 LAT), seuls deux cantons, à savoir Neuchâtel et Bâle-Ville, ont jusqu'ici ancré le principe du prélèvement de la plus-value dans leur législation. Certains cantons, notamment celui de Berne, connaissent une base légale permettant aux communes de prélever les plus-values par le biais de contrats conclus avec les propriétaires fonciers. Dans le sens de ce qui a été dit plus haut sur les contrats de droit adminis-

tratif (point 3.3.4, b, principe de la légalité), bon nombre d'auteurs estiment d'ailleurs que les contrats prévoyant un prélèvement de la plus-value sont admissibles même sans base légale expresse⁵².

Il existe deux manières d'encourager la construction de logements d'utilité publique par le biais de la contribution de plus-value:

- *Prévoir une exception à titre incitatif*: Il est possible d'exempter ou d'assujettir à une contribution de plus-value moins importante les terrains sur lesquels les nouveaux droits à bâtir sont utilisés pour construire des logements à loyer ou à prix modérés. Les modalités doivent être réglées dans la loi⁵³.
- *Affecter les recettes au logement d'utilité publique*: La loi fédérale sur l'aménagement du territoire n'impose pas d'affecter les recettes issues de la contribution de plus-value à un but particulier. Il est donc possible de les utiliser pour les buts d'intérêt public les plus divers, tels que le financement de grands équipements, l'aménagement de l'espace public, la promotion des transports publics, le financement de mesures écologiques, l'indemnisation des propriétaires dont les terrains sont déclassés ou, justement, la construction de logements à loyer ou à prix modérés. Dans ce dernier cas, les recettes obtenues peuvent par exemple servir à la commune à soutenir des coopératives de construction et d'habitation ou à réaliser elle-même les logements souhaités.

3.6 Cession de terrains à bâtir à des maîtres d'ouvrage d'utilité publique

Certaines villes et communes mènent depuis de nombreuses années une politique foncière active, consistant à acquérir des terrains et à les exploiter de manière durable, afin d'accroître la marge de manœuvre dont elles disposent pour gérer leur développement. Elles se constituent ainsi des réserves de terrains qui leur permettent de procé-

der à des échanges et de réaliser des projets d'intérêt public. Les communes peuvent donc aussi acquérir des terrains pour les affecter à la construction de logements d'utilité publique. Dans ce cas de figure, les terrains sont souvent cédés à des fondations immobilières de droit public ou à des coopératives de construction et d'habitation. En l'absence de telles fondations ou coopératives, les communes peuvent soutenir leur création. Mais elles peuvent aussi réaliser elles-mêmes des logements à loyer ou à prix modérés sur des terrains ou dans des immeubles leur appartenant. A la différence des maîtres d'ouvrage d'utilité publique, cependant, les communes ne peuvent pas toujours garantir que les prix ou les loyers restent abordables à long terme. En outre, réaliser et exploiter de tels logements peut impliquer pour elles un investissement considérable.

Différentes collectivités publiques, notamment certaines grandes villes, peuvent se prévaloir – parfois depuis de longues années – d'expériences très positives dans ce sens. Lorsqu'elles cèdent leurs terrains en droit de superficie, elles bénéficient par ailleurs de la rente foncière qu'elles en retirent chaque année, et qu'elles peuvent utiliser pour poursuivre leur politique foncière en faveur du logement d'utilité publique.

Le principal obstacle à la poursuite d'une politique foncière active réside aujourd'hui dans le fait que les collectivités publiques disposent rarement du capital nécessaire à l'acquisition des terrains. Un prélèvement systématique de la plus-value pourrait ici fournir des moyens supplémentaires (point 3.5).

4. Restrictions d'utilisation dans les zones à bâtir existantes

La plupart des mesures présentées jusqu'ici visent à affecter à la construction de logements à loyer ou à prix modérés des *surfaces à classer ou à re-*

convertir (p. ex. des friches industrielles). On pourrait cependant aussi imaginer d'étendre certaines de ces mesures à des zones à bâtir déjà construites ou largement construites, en grevant rétroactivement celles-ci d'une obligation de construire des logements d'utilité publique. Comme de telles mesures représentent toutefois, en général, une restriction grave du droit de propriété et qu'elles sont susceptibles d'impliquer une indemnisation des propriétaires pour expropriation matérielle⁵⁴, elles seront sans doute assez rarement envisagées dans la pratique. De plus, les mesures prises dans le cadre des nouveaux classements suffiront la plupart du temps à répondre aux besoins en logements abordables. Des restrictions d'utilisation applicables à des zones à bâtir existantes pourront néanmoins entrer en ligne de compte dans les villes et communes ne disposant pas – ou pas en suffisance – de terrains à classer ou à réaffecter. Moins l'offre de terrains à bâtir est importante, plus les prix des terrains et les loyers augmentent dans les secteurs déjà bâtis. Les personnes qui n'ont pas les moyens nécessaires sont ainsi contraintes de chercher un logement ailleurs, les communes ne pouvant dès lors faire autrement que d'étendre les mesures destinées à encourager la construc-

50 ATF 105 Ia 134, consid. 2a.

51 Voir RIVA, Commentaire de la LAT, art. 5 N. 11.

52 ANTONIAZZA, Baupflicht, pp. 186 s. et références citées (en particulier à la note de bas de page 992).

53 TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3^e édition, p. 550.

54 On a en principe affaire à une expropriation matérielle lorsque le propriétaire se voit interdire l'usage qu'il était jusqu'alors en droit de faire de son terrain, ou quand l'interdiction restreint l'utilisation du terrain de façon particulièrement sensible et qu'elle frappe un propriétaire unique ou quelques propriétaires seulement, et cela dans une mesure telle que, s'ils ne recevaient pas d'indemnité, ils devraient supporter un sacrifice par trop considérable en faveur de la collectivité. En l'occurrence, la question de savoir s'il y a ou non expropriation matérielle dépend du quota exigé de logements à loyer ou à prix modérés, ainsi que de la manière dont est définie cette dernière notion. Aucune indemnité n'est due s'il reste possible de faire du terrain concerné un usage économiquement raisonnable et conforme à sa destination d'origine.

tion de logements à loyer ou à prix modérés aux zones à bâtir existantes. Une évolution analogue s'observe actuellement, dans des sites touristiques aussi renommés que St. Moritz ou Zermatt, dans le domaine des résidences secondaires. Là aussi, quotas minimaux de résidences principales et autres mesures destinées à juguler la construction de résidences secondaires sont étendus aux zones à bâtir existantes.

5. Pérennisation des intentions d'aménagement

Pour que les mesures présentées plus haut portent leurs fruits et que les terrains concernés soient durablement réservés à la construction de logements d'utilité publique, certaines dispositions doivent être prises. Si un propriétaire a par exemple bénéficié d'un bonus d'utilisation du sol parce qu'il a réalisé des logements à loyer ou à prix modérés, il n'est plus possible de revenir sur les possibilités de bâtir supplémentaires accordées. En revanche, il se peut très bien que l'affectation des surfaces concernées change au fil du temps. Il faut donc veiller à ce que l'utilisation qui a motivé l'octroi de possibilités de bâtir accrues (la réalisation de logements abordables) subsiste à long terme. C'est aussi le cas lorsque la commune se réserve un droit d'emption, l'affectation des terrains à la construction de logements d'utilité publique représentant en effet souvent une condition essentielle à leur classement en zone à bâtir. Et s'il s'agit d'exempter de la contribution de plus-value prévue par la loi les terrains occupés par des logements à loyer ou à prix modérés, ou de les faire bénéficier d'un taux de taxation inférieur, il est important aussi que leur affectation à du logement d'utilité publique reste durablement assurée.

Seule la définition de quotas de logements d'utilité publique offre – compte tenu de la stabilité des plans d'affectation (art. 21 al. 2 LAT) – une

certaine garantie juridique que l'objectif visé soit maintenu à long terme. Cette garantie n'est toutefois pas suffisante non plus. Il est nécessaire de prendre des mesures supplémentaires, telles que décrites aux points 5.1 ss.

Un premier moyen de contrôle réside dans le permis de construire. Lors de la procédure d'autorisation, il s'agit de s'assurer que toutes les exigences applicables soient respectées. Si des quotas minimaux de logements à loyer ou à prix modérés sont imposés, la localisation et la taille des surfaces correspondantes doivent être, à ce stade, définies avec précision. Le permis de construire ne peut être délivré que si les quotas prescrits sont effectivement respectés. Dans certains cas, il sera nécessaire de l'assortir de conditions et de charges destinées à garantir que le maître d'ouvrage remplisse ses obligations, par exemple en cas de réalisation par étapes⁵⁵.

Pour garantir à long terme que les logements souhaités soient bel et bien réalisés et maintenus, on pourra recourir aux mesures suivantes:

5.1 Cession des terrains à des maîtres d'ouvrage d'utilité publique

En vendant les terrains qu'elles possèdent à des maîtres d'ouvrage d'utilité publique ou, mieux encore, en les leur cédant en droit de superficie, les collectivités publiques s'assurent que l'objectif de créer des logements à loyer ou à prix modéré soit maintenu à long terme. La plupart des coopératives de construction et d'habitation sont réputées d'utilité publique et souscrivent à la Charte des maîtres d'ouvrage d'utilité publique (point 2.1.2).

Règlement sur les constructions de la Ville de Zoug

§ 38: Maintien de l'affectation prévue, alinéa 2

[...]

- 2 L'affectation de la surface de plancher dévolue à la construction de logements à loyer ou à prix modérés ne peut être modifiée. Pour garantir que l'affectation prévue soit maintenue, l'exécutif de la Ville dispose d'un droit d'emption et de préemption à hauteur de la valeur de rendement susceptible d'être réalisée en cas de location de l'immeuble conformément à ladite affectation. L'interdiction de modifier l'affectation des immeubles et le droit d'emption et de préemption y afférent sont à mentionner au registre foncier au titre de restrictions de droit public à la propriété. Le droit d'emption et de préemption peut être cédé à des maîtres d'ouvrage d'utilité publique.

Règlement sur les constructions du district de Küssnacht

Art. 113: Construction de logements à loyer ou à prix modérés, alinéa 4

[...]

- 4 Dans le cas des logements locatifs, l'affectation de la surface brute de plancher minimale visée à l'al. 1 ne peut être modifiée pendant au moins 25 ans. Cette interdiction est mentionnée au registre foncier au titre de restriction de droit public à la propriété. La mention ne peut être radiée qu'avec l'assentiment du Conseil de district.

5.2 Interdiction de modifier l'affectation des immeubles et mention au registre foncier

Un autre moyen d'assurer la pérennité de l'objectif poursuivi consiste à édicter, dans la loi ou par contrat, une interdiction de modifier l'affectation des immeubles concernés, et à la mentionner au registre foncier. C'est par exemple ce qu'a fait la Ville de Zoug dans le cas de ses nouvelles «zones destinées à la construction de logements à loyer ou à prix modérés» (point 3.4.3, voir encadré). Le district de Küssnacht prévoit une disposition analogue en lien avec son bonus d'utilisation du sol (point 3.2.2, a), l'interdiction de modifier l'affec-

tation des immeubles étant ici limitée à 25 ans (voir encadré). La réglementation adoptée par la Ville de Zoug va même plus loin, puisqu'elle accorde à l'exécutif, au cas où un changement d'affectation menacerait, un droit d'emption et de préemption (point 5.3) devant être, lui aussi, inscrit au registre foncier.

55 THOMAS PFISTERER, Die Vorschriften über einen minimalen Wohnanteil in Kerngebieten und anderen Wohn- Gewerbebezonen, in Mélanges Henri Zwalen, Lausanne 1977, p. 24.

56 BÖSCH PETER, Grundbuch und Baubewilligungsverfahren, in: ZBl 1993 484.

La loi fédérale sur le logement contient également un article sur le maintien de l'affectation (art. 20 LOG). Selon cet article, les logements faisant l'objet d'une aide fédérale ne peuvent être affectés qu'à un usage d'habitation pendant la durée de cette aide. De plus, la Confédération jouit de droits d'emption et de préemption lesquels sont mentionnés au registre foncier et garantissent aussi l'interdiction du changement d'affectation (cf. encadré).

Loi fédérale sur le logement (LOG)

Art. 20 Maintien de l'affectation

- 1 Pendant la durée de l'aide fédérale, les logements faisant l'objet de cette aide ne peuvent être affectés qu'à un usage d'habitation.
- 2 Pour garantir que ces logements ne soient pas détournés de leur affectation, la Confédération jouit pendant cette période de droits d'emption et de préemption correspondant au montant de la valeur de rendement qui peut être obtenue par une location conforme à l'affectation.
- 3 L'interdiction du changement d'affectation ainsi que les droits d'emption et de préemption procédant de cette interdiction sont mentionnés au registre foncier comme restrictions de droit public à la propriété.
- 4 Les droits d'emption et de préemption peuvent être cédés aux cantons, aux communes ainsi qu'aux organisations oeuvrant à la construction de logements d'utilité publique.

Une interdiction de modifier l'affectation des immeubles est une disposition accessoire (charge) du permis de construire, qui peut être mentionnée au registre foncier au titre de restriction de droit public à la propriété. On s'assure ainsi qu'en cas de changement de propriétaire, l'acheteur prenne bien connaissance de ladite restriction (voir encadré p. 33).

On notera que de telles charges et leur mention au registre foncier doivent en général reposer sur une base légale⁵⁶. Une telle base se trouve souvent dans le droit cantonal, comme c'est le cas dans les cantons de Zurich (§ 321 al. 2 PBG)⁵⁷ et de Berne (art. 38 al. 3 en lien avec art. 29 LC)⁵⁸.

5.3 Droit d'emption ou de préemption en faveur de la commune

L'édiction d'un droit d'emption en faveur de la commune en cas de non-respect de l'obligation qu'a le propriétaire de faire de son bien-fonds l'usage prévu (voir les exemples de la Ville de Zoug et de la commune d'Oberägeri aux points 5.2 et 3.3.2) sert aussi à garantir le maintien à long terme de l'objectif visé. Il est aussi envisageable que la commune s'octroie, à cette même fin, un droit de préemption en cas de vente ultérieure des terrains concernés. Dans son règlement sur l'encouragement de la construction de logements, la commune d'Oberägeri prévoit une autre possibilité encore de garantir pour un certain temps la réalisation de logements à loyer ou à prix modérés. Ce moyen (il est vrai moins efficace qu'un droit d'emption) consiste à interdire par contrat au propriétaire de céder les terrains en question, pendant 15 ans, à un prix dépassant de plus de 5% leur prix de revient. La commune peut ici se réserver par contrat, à titre de garantie, un droit de réméré.

Si la commune opte pour un droit d'emption contractuel (point 3.3.3, b), elle aura intérêt à annoter ce droit au registre foncier, de manière à ce qu'il reste opposable au successeur en droit en cas de vente ultérieure (voir encadré p. 33).

Annotation ou mention au registre foncier?

Annotation (art. 959 CC)

Certains droits personnels (relatifs, obligatoires) peuvent être annotés au registre foncier. En vertu de l'article 959 alinéa 1 CC, cependant, il faut que cela soit expressément prévu par la loi (annotations soumises au *numerus clausus*). C'est notamment le cas pour les droits (contractuels) d'emption, de préemption et de réméré (voir art. 216a CO). Leur annotation au registre foncier confère aux droits personnels un effet accru: selon les termes de l'article 959 alinéa 2 CC, ils «deviennent opposables à tout droit postérieurement acquis sur l'immeuble» et, par conséquent, opposables aux tiers.

Mention (p. ex. art. 962 al. 1 CC)

Les cantons peuvent prescrire la mention au registre foncier de dispositions accessoires ou de restrictions de droit public à la propriété (comme p. ex. des plans d'alignement, voir art. 962 al. 1 CC). Le rapport juridique existant toutefois indépendamment de la mention, celle-ci revêt un caractère purement informatif. Elle permet de détruire la bonne foi d'une personne.

5.4 Cadastre des surfaces réservées au logement à loyer ou à prix modérés

En plus des mesures susmentionnées, les communes feront bien de tenir un inventaire ou un cadastre des surfaces réservées au logement d'utilité publique dans le registre foncier ou dans les plans d'affectation, en indiquant le numéro des parcelles concernées, ainsi que la taille et la localisation des surfaces correspondantes. En outre, l'autorité en charge des constructions devra exiger des propriétaires les informations nécessaires et vérifier régulièrement que ceux-ci s'acquittent dûment de leurs obligations. Dans certains cas, les mesures de contrôle à effectuer devront être inscrites dans le règlement sur les constructions.

57 «Les dispositions accessoires déployant un effet à long terme sont à mentionner au registre foncier avant le début des travaux; pourront aussi être mentionnées, au besoin, les restrictions de la propriété dont l'ampleur et la portée résultent directement des prescriptions sur les constructions.»

58 Art. 38 al. 3: «Le permis de construire peut être assorti de conditions et de charges; l'article 29, 2^e alinéa s'applique par analogie.» Art. 29 al. 2: «Les dérogations peuvent être assorties de conditions et de charges. Les conditions suivantes peuvent notamment être imposées: [...] b. les constructions et installations qui ne sont autorisées que dans un but déterminé ne peuvent faire l'objet d'un changement d'affectation ou être divisées en propriété par étages et la parcelle sur laquelle elles se trouvent ne peut être distraite du tout; [...]» Art. 29 al. 3: «Les délais, la réserve de révocation, l'exclusion d'une indemnité (revers d'enlèvement ou de plus-value), l'interdiction de changer l'affectation, de distraire une parcelle, de diviser un immeuble ainsi que l'obligation de fournir une sûreté doivent être mentionnés au registre foncier avant le commencement des travaux.»

6. Synthèse

Les solutions présentées dans cette étude montrent qu'il est possible d'encourager de façon ciblée la construction de logements d'utilité publique par des mesures d'aménagement du territoire, et que les communes présentant une population très homogène peuvent tout à fait parvenir à une plus grande mixité sociale. Dans le cas des solutions contractuelles et des systèmes incitatifs (octroi de bonus d'utilisation du sol), les communes sont fortement tributaires de la volonté des propriétaires de s'engager dans ce sens. Les réglementations ancrées dans la loi (droit d'emption légal, définition de quotas dans les plans d'affectation) permettent en revanche d'imposer la réalisation de logements à loyer ou à prix modérés. Là encore, cependant, il est primordial de collaborer avec les propriétaires (ou les propriétaires potentiels). Les maîtres d'ouvrage d'utilité publique jouent à cet égard un rôle de premier plan.

Il est indispensable de s'assurer que les intentions poursuivies le restent à long terme. Pour ce faire, on pourra recourir à des instruments tels qu'interdictions de modifier l'affectation des immeubles, droits d'emption ou de préemption en faveur des communes, inscriptions au registre foncier et/ou établissement de cadastres ou d'inventaires des surfaces réservées à la construction de logements d'utilité publique. Il importe aussi de définir précisément ce qu'il faut entendre par «logements d'utilité publique» ou «à loyer ou à prix modérés». En effet, seule une définition claire permettra d'appliquer les exigences juridiques formulées et de concrétiser les buts d'aménagement poursuivis.

L'octroi de possibilités de bâtir supplémentaires n'est pas recommandé

L'efficacité des bonus d'utilisation du sol et autres possibilités de bâtir accrues peut être considérée comme faible. D'une part, ceux-ci ne permettent pas aux autorités d'encourager de façon ciblée la construction de logements d'utilité publique, la-

quelle dépend en effet de la volonté des propriétaires concernés. D'autre part, les possibilités de bâtir supplémentaires accordées ne déploieront l'effet incitatif voulu que si elles sont d'une certaine importance. Or, des bonus élevés ne sont guère compatibles avec les exigences liées à la qualité du milieu bâti.

Les droits d'emption peuvent se révéler judicieux

L'édiction d'un droit d'emption en faveur de la commune lors du classement de nouveaux terrains en zone à bâtir peut constituer un moyen adéquat de promouvoir la construction de logements d'utilité publique. On pourra à cet égard procéder de diverses manières. La commune pourra par exemple exercer son droit d'emption au moment du classement. Mais ce droit pourra aussi lui servir de moyen de sanction au cas où un propriétaire ne s'acquitterait pas de son obligation de réaliser des logements à loyer ou à prix modérés. La commune pourra opter pour un droit d'emption contractuel ou légal. La voie contractuelle est peu prometteuse si les autorités disposent d'une faible marge de manœuvre en matière d'extension de la zone à bâtir et que les propriétaires peuvent de toute façon compter sur le classement de leurs terrains. Les droits d'emption légaux, eux, n'ont pas à être négociés avec les propriétaires, mais sont imposés par la puissance publique. Ils doivent dès lors reposer sur une base légale claire, répondre à un intérêt public prépondérant et respecter le principe de la proportionnalité.

Les quotas: une solution d'avenir

La définition de quotas de logements d'utilité publique dans les plans d'affectation représente une solution très prometteuse. On manque encore d'expériences concrètes en la matière, et il faudra attendre quelques années pour savoir si le système approuvé par les citoyens de la Ville de Zoug en septembre 2009 donne vraiment satisfaction. Diverses expériences positives ont cependant déjà été faites dans des domaines similaires. On mentionnera à cet égard les quotas de

logements édictés dans les villes où l'habitat tend à être supplanté par des activités commerciales ou de services bien plus lucratives, ou encore les quotas de résidences principales définis dans les sites touristiques où il s'agit de juguler la construction de résidences secondaires.

Autres mesures

La construction de logements à loyer ou à prix modérés peut aussi être encouragée par le biais du *prélèvement des plus-values* résultant des mesures d'aménagement. Ainsi les communes pourront-elles inciter les propriétaires concernés à réaliser de tels logements en les exemptant de la contribution de plus-value ou en les faisant béné-

ficier d'un taux de taxation inférieur. Par ailleurs, les recettes issues de la contribution de plus-value pourront être utilisées pour promouvoir la construction de logements d'utilité publique.

Enfin, les communes peuvent accroître leur marge de manœuvre en pratiquant une *politique foncière active*. Les communes disposant elles-mêmes de terrains sont en effet mieux à même de gérer leur développement et de faire valoir l'intérêt général dans les opérations correspondantes. Ainsi peuvent-elles vendre leurs terrains en les grevant de charges en faveur du logement à loyer ou à prix modérés, ou les céder en droit de superficie à des maîtres d'ouvrage d'utilité publique.



Niklaus Spori, avocat,
VLP-ASPAN



Lukas Bühlmann, lic. jur.,
VLP-ASPAN

Avis de droit commandé par l'Office fédéral du logement (OFL)



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Département fédéral de l'économie DFE
Office fédéral du logement OFL

Impressum

Territoire & Environnement

VLP-ASPAN:

Documentation dans le domaine du développement territorial pour les membres de l'Association suisse pour l'aménagement national, paraît six fois par an en français et en allemand

Rédaction: Lukas Bühlmann

Traduction: Léo Biétry

Réalisation: Madeleine Ramseyer

Graphisme: Dynamite Advertising

Impression: Multicolor Print, Baar

Photo de couverture: VLP-ASPAN

Reproduction des textes et illustrations: autorisée moyennant l'indication de la source

VLP-ASPAN 

Association suisse pour
l'aménagement national
Sulgenrain 20, CH-3007 Berne
Tél. +41 (0)31 380 76 76
Fax +41 (0)31 380 76 77
info@vlp-aspan.ch
www.vlp-aspan.ch