

# *Droits d'aménagement transférables*

## *Un instrument de marché pour les politiques de planification foncière*

***Pour mettre en œuvre des plans d'urbanisme cohérents avec les objectifs de développement durable fixés par le Grenelle de l'environnement en matière d'aménagement du territoire (trame verte, limitation de l'étalement urbain), les décideurs publics locaux sont à la recherche d'outils efficaces. Une difficulté est que l'application d'un zonage est par nature conflictuelle car les règles d'urbanisme ont des effets directs sur les valeurs foncières. Comme la constructibilité d'un terrain détermine largement le prix du terrain, l'application d'un zonage entraîne des modifications considérables de la valeur des patrimoines fonciers et désigne fatalement des gagnants et des perdants.***

***Aux États-Unis, les mécanismes de droits d'aménagement transférables ont pris leur essor. Ils visent à pallier les défauts des politiques d'aménagement de type « command and control ». Ainsi, de nombreuses autorités locales américaines ont mis en place des programmes d'échange de droits à construire dits « Transferable Development Rights » (TDR).***

***François Ortalo-Magné et Baptiste Perrissin Fabert***

Le recours à un instrument économique comme les TDRs répond au besoin exprimé par les commissions en charge de l'élaboration et de l'application des politiques de zonages de disposer d'un outil capable de remplir le double objectif suivant :

- garantir la protection de certaines zones naturelles et agricoles ainsi que des bâtiments historiques dont l'intérêt écologique, paysager ou patrimonial est reconnu comme prioritaire par une communauté ;

- rendre ces mesures de préservation économes en argent public, et politiquement acceptables en désamorçant les conflits potentiellement provoqués par les propriétaires qui ont perdu tout ou partie de leur droit à construire sur leur terrain. En effet, l'attribution de TDRs qui peuvent être vendus à des développeurs de projets immobiliers dans des zones « réceptrices », permet de compenser les propriétaires lésés par le zonage. Cette notion de « compensation » est centrale dans le contexte juridique américain qui protège les propriétaires privés contre l'expropriation de leurs droits (« taking ») par les autorités publiques. Le 5<sup>e</sup> amendement de la Constitution américaine prévoit ainsi que toute prise de possession d'un bien privé pour un usage public doit être compensée. La mise en place d'un mécanisme de TDRs a souvent été conçue par les autorités américaines comme un moyen d'éviter des recours au nom du « taking » (cf. encadré 2).

Ainsi les TDRs constituent un outil de gouvernance de l'aménagement du territoire à l'échelle locale. L'utilisation d'un instrument de marché permet de

garantir une certaine transparence dans l'attribution des droits à construire et ainsi de contourner des problèmes d'économie politique tels que la constitution de groupes d'intérêts faisant pression sur les membres de la commission en charge du zonage pour modifier le tracé en leur faveur. Mais les TDRs ne remplacent pas la définition d'une politique de zonage qui demeure un préalable. TDRs et planification sont complémentaires. Les TDRs représentent un instrument d'application d'un plan d'urbanisme qui en renforce l'acceptabilité et par là aussi la crédibilité. En quarante ans d'expérience, plus de 140 programmes, dans trente-trois États ont été mis en œuvre aux États-Unis.

En France, l'opportunité de recourir à un tel outil pour accompagner des plans d'urbanisme a été discutée au cours des années 1970 quand de tels plans sont devenus obligatoires pour les communes. Mais son application soulevait des difficultés juridiques partiellement résolues par la loi Galley de 1976 qui a introduit la méthode de « transfert de coefficient d'occupation des sols (COS) ». Ce dispositif a cependant été utilisé de façon très marginale.

### **I - Grands principes de fonctionnement du système des TDRs**

Les TDRs sont des biens intangibles produits par la dissociation entre le droit à construire et le droit de propriété du sol. La valeur de ce bien est déterminée par le droit qu'il donne à son porteur d'augmenter la densité de construction sur une autre propriété foncière. Son prix peut résulter de la confrontation

d'une offre et d'une demande sur un marché organisé par des collectivités locales ou de la négociation de contrats de gré à gré. Un TDR est créé par l'enregistrement d'une perte de droit de construction sur un terrain qui va de la baisse de la densité permise à l'extinction totale du droit à construire. Il est dépensé (éteint) par l'augmentation de la densité des constructions sur un autre terrain.

La demande d'un tel bien émane essentiellement de promoteurs immobiliers qui trouvent un intérêt à la possibilité offerte par les TDRs de densifier leur construction. Mais cette demande peut aussi venir d'organismes publics ou privés dont l'objectif est de réduire le volume de droits à construire disponibles.

Ainsi, le TDR est un outil d'accompagnement d'une politique de zonage qui nécessite la délimitation de deux types de zones :

- une zone d'émission : terrains depuis lesquels des TDRs peuvent être émis ;

- une zone de réception : terrains ayant droit à une augmentation de densité en échange de TDRs.

Le mécanisme économique qui rend l'échange de TDR intéressant pour les deux parties est très simple: l'augmentation de densité provenant de l'extinction d'un TDR engendre un gain de valeur sur le terrain en bénéficiant, gain de valeur qui permet de compenser le propriétaire du terrain ayant perdu de la densité lors de l'émission du TDR.

Les autorités gouvernementales disposent d'un certain nombre de libertés quant à la mise en place d'un système de TDRs. Elles peuvent en effet choisir :

- la quantité de TDRs émis par droit à construction éteint ;

- la quantité de TDRs éteints par unité d'augmentation de densité ;

- leur niveau de participation au marché :

- émissions nettes de TDRs, c'est-à-dire sans baisse de densité nulle part ;

- achat de TDRs pour extinction de droits à construire sans augmentation de densité nulle part ;

- régulation du marché : par exemple centralisation ou non des ventes, mécanismes de vente par enchères ou de gré à gré. Pour assurer le bon fonctionnement du marché, les experts préconisent de fixer un ratio droits émis sur droits potentiellement utilisables pour densifier la zone réceptrice d'au moins 2:1.

## II - Un exemple

Pour des raisons historiques, toute parcelle de 35 acres dans Dane County, Wisconsin, a un droit de construction d'une maison. Ce droit était considéré désirable quand le comté essayait d'attirer des agriculteurs et 35 acres représentaient une taille de ferme appropriée. Aujourd'hui un bon nombre de droits à construire une maison par 35 acres demeurent. La volonté politique du comté n'est plus de construire une maison tous les 35 acres mais de densifier certaines zones tout en préservant d'autres zones de toute construction.

Un système de TDRs transfère dans l'espace les droits à la construction. En permettant une augmentation de densité de construction dans certaines zones, le comté augmente la valeur des terrains à construire dans cette zone. Comme l'utilisation de TDRs pour obtenir l'augmentation de densité est obligatoire, le comté donne aux promoteurs immobiliers l'incitation d'acheter des TDRs. L'existence d'une telle demande leur confère de la valeur.

### Encadré 1: Quarante ans d'expérience aux États-Unis

Depuis le début des années 1970, des exemples variés de programmes existent aux États-Unis. Plus de 140 comtés (soit 1% de l'ensemble des comtés du pays) ont utilisé des TDRs pour accompagner une politique de zonage. Les programmes visaient initialement la protection des zones agricoles. Il existe aujourd'hui des programmes plus complexes, comme à Washington DC où des types de constructions spécifiques dans des zones spécifiques donnent droits à des augmentations de densités dans d'autres zones. Les promoteurs de cet outil de planification dispose aujourd'hui de suffisamment d'études de cas pour en évaluer les atouts et les contraintes. Ils savent que l'efficacité de l'outil dépend largement de la qualité et de la légitimité du plan d'urbanisme défini pour les autorités locales ainsi que de l'éducation du public à ce type de mécanismes.

Un exemple célèbre de succès du mécanisme: **le comté de Montgomery** (Maryland)

En dépit de la définition d'un plan d'urbanisme rigoureux au début des années 1970, près de 20% des surfaces agricoles ont été absorbées entre 1970 et 1980 par les pressions du développement urbain. Pour contrer cette évolution et préserver le paysage rural, le conseil du comté a mis en place un marché de TDRs. D'un prix initial de 3000 US\$ (un droit pour 2 ha), le coût d'un TDR a augmenté jusqu'à 10 000 puis 20 000 US\$. A la fin des années 1990, presque la totalité des droits avait été transférée offrant ainsi une protection permanente à 15 000 ha de terres agricoles. Le succès du système était confirmé par la baisse radicale du taux de conversion des terres agricoles. La campagne d'information efficace et la simplicité de la procédure retenue pour mettre en œuvre le dispositif ont été des facteurs décisifs du succès de la politique du comté de Montgomery.

Les propriétaires terriens dans la zone dont la densité augmente ne capturent pas la totalité de l'augmentation de la valeur de leur propriété due à l'augmentation de densité. Ils partagent cette plus-value avec les propriétaires des terrains de la zone émettrice puisque c'est auprès d'eux qu'ils doivent acheter les TDRs. Ainsi les propriétaires qui perdent leur droit à construire sont compensés par le paiement qu'ils reçoivent pour chaque TDR.

Le comté peut choisir de favoriser l'extinction de TDRs dans certaines zones plus que dans d'autres pour des motifs environnementaux par exemple (préservation un bassin aquifère du développement urbain). Pour ce faire, le comté établit que l'extinction du droit à construire dans ces zones crée plus de TDRs que dans les autres.

Symétriquement, le comté peut choisir de favoriser certaines zones de développement urbain par rapport à d'autres. Pour ce faire, il établit que dans ces zones chaque unité de TDR donne droit à plus d'augmentation de densité que dans les autres.

Le comté peut aussi mettre en place un accord avec une ville par lequel la ville devient une zone de réception de TDRs. Par exemple, la ville octroie le droit d'augmenter la densité de bâtiments existants en échange de TDRs.

### III - Bilan du mécanisme

#### Qui gagne ?

- Les vendeurs : comme ils participent volontairement au système des TDRs, *a priori*, ils ne peuvent que gagner.

- Les citoyens : les TDRs permettent de déplacer les droits à la construction de zones où la construction est jugée indésirable vers des zones où la construction est jugée désirable.

- Les acheteurs : les TDRs permettent le développement de propriétés immobilières et augmentent la rentabilité des projets de développement, sans quoi les acheteurs auraient investi sur d'autres terrains hors des zones concernées par le système TDR.

Toutefois, il se peut que les propriétaires de terrain dans les zones de réception aient anticipé l'obtention du droit de construire sans devoir payer de TDRs mais par le processus politique. De plus, un système de TDR élimine les retours sur investissement de capture politique (*lobbying*). Certains promoteurs peuvent, par exemple, avoir développé une expertise dans ce domaine. La simplification du processus d'obtention de droit à la construction (ou droit à densifier une propriété) par la mise en place d'un instrument économique a toutefois un effet positif en encourageant la compétition entre promoteurs. En particulier, il peut faciliter l'entrée sur le marché local de nouveaux promoteurs jusque là écartés par leur manque de connections politiques.

#### Les problèmes de mise en œuvre à considérer

L'éligibilité au statut de zone émettrice et plus largement le zonage qui est un préalable à l'utilisation d'un système TDR demeure une question délicate

pour les commissions en charge de la définition d'un plan d'urbanisme. Par exemple, la terre agricole peut-elle prétendre recevoir des TDRs? En théorie, la réponse est négative car son prix correspond à sa productivité, valeur actualisée nette des rendements futurs, et sa vocation est de rester agricole et non de devenir une terre à bâtir? Or, les propriétaires de terres agricoles pourraient se sentir lésés si un plan d'urbanisme classait définitivement leurs terrains en zone agricole tandis qu'ils anticipaient à terme une conversion de leurs parcelles en terrains constructibles. Au titre de cette anticipation peuvent-ils réclamer l'attribution de TDRs ?

L'irréversibilité de la perte du droit à construire est-elle permanente ? Et si dans quelques années les représentants du comté changent d'idée ? L'attribution initiale des droits correspond à un équilibre trouvé à un moment donné. Mais quelle est la dynamique du système à moyen ou long terme? Ce problème est complexe dans le cadre légal américain où des restrictions à la construction peuvent être « totalement permanentes ». Dès lors, si une parcelle vidée de son droit de construire est définitivement inconstructible et si la demande de construction reste constante ou augmente, alors les prix vont s'envoler. Les détenteurs de TDRs peuvent ainsi faire de la rétention de TDRs et spéculer à la hausse. Peut-on alors exproprier un propriétaire de son droit de construire? Ou faut-il envisager une réallocation possible de droits dans la zone émettrice en cas de trop grande rareté ?

Par ailleurs, la tentation pour les autorités locales est forte d'introduire de multiples distorsions dans le mécanisme aux frais de la transparence du marché et de l'incitation des acteurs à y participer. Dans le cas le plus simple le programme permet des échanges de une maison en moins dans une zone sensible pour une maison en plus dans une zone urbaine. Le type de complications qu'un gouvernement peut envisager inclut :

- pour une maison en moins c'est  $n$  TDR où  $n$  dépend de critères variés qui peuvent changer dans le temps ;

- pour une maison en plus, c'est  $m$  TDR à éteindre où  $m$  dépend de critères variés qui peuvent changer dans le temps ;

- permettre la génération de TDRs à partir d'autres actions ; par exemple, la restauration d'immeubles historiques, la construction de logements sociaux ;

- permettre l'extinction de TDRs sans construction ; par exemple par l'achat de TDR par un organisme public ou par une ONG ;

- l'évolution de la réglementation du droit de transfert de TDRs dans le temps.

Enfin, il est difficile de rendre le marché liquide s'il fonctionne à un niveau très décentralisé en raison de problèmes de discontinuité des transactions. Il existe plusieurs cas où la mise en place d'un marché de TDRs n'a donné lieu qu'à un nombre très faible de transactions effectives (exemple: Malibu, Californie). Pour pallier cette difficulté il faut qu'une collectivité ou un organisme jouent le rôle de bourse des droits. Un tel lieu d'échange jouerait le rôle d'un relai de transmission de l'information et serait habilité à

stocker des droits afin d'en réguler le cours. L'expérience montre que le prix du droit à construire est surdéterminé par la qualité de la règle d'urbanisme qui sous-tend le système.

#### *Les conditions du succès*

Les programmes qui ont eu du succès aux États-Unis tendent à partager deux caractéristiques :

1- les zones géographiques concernées (zones d'émission et de réception) sont suffisamment étendues de manière à garantir que :

a- un nombre suffisant d'acteurs participent à la vente et à l'achat de TDRs ;

b- tous les terrains sont en compétition pour l'augmentation de la densité (un mauvais exemple consiste à imposer des TDRs pour une augmentation de densité à proximité d'une zone sans nécessité de TDR où les terrains sont en compétition pour l'augmentation de l'offre en logement) ;

2- la réglementation du zonage initial dans la zone de réception est suffisamment restrictive pour que l'obtention de TDRs offre aux propriétaires de cette zone un bénéfice important.

La définition d'une zone géographique pertinente assure le bon fonctionnement de la compétition sur le marché. La mise en concurrence de tous les terrains et la qualité de la réglementation du zonage initial concernent la création de valeur qui est au fondement d'un système de TDR. En effet plutôt que de donner gratuitement (où en échange de faveurs ?) un changement favorable du zonage d'une parcelle, l'autorité compétente utilise le gain de valeur généré par le changement de densité permise pour obtenir des bénéfices ailleurs. Plus ce gain est conséquent, plus le programme a le potentiel de produire des bénéfices pour la société.

#### IV - Expérience des transferts de COS en France

Contrairement aux règles juridiques qui encadrent les recours au nom du « taking » aux États-Unis, la législation française repose sur le principe de la non

indemnisation des servitudes d'urbanisme. Ainsi, si la modification d'une règle d'urbanisme entraîne une forte baisse de la valeur d'une propriété foncière, l'Etat n'est tenu à aucune compensation vis-à-vis du propriétaire lésé. Symétriquement, si la modification est favorable au propriétaire, ce dernier récupère la majeure partie de la plus-value. Les politiques de planification urbaine décidées par des autorités publiques sont considérées d'intérêt général et sont par définition d'une autre nature que des contrats passés entre personnes privées. Historiquement, les politiques environnementales ont été conçues comme des opérations de polices administratives, les plans d'urbanisme faisant l'objet d'une autorisation administrative. Or, le droit public interdit la cession de telles autorisations. C'est pourquoi, la mise en place d'un marché de droits de construire pour accompagner une politique de zonage heurte, *a priori*, les principes du droit public français. La *common law* anglo-saxonne qui ne fait pas de distinction entre droit public et droit privé est beaucoup plus accommodante avec ce type de solution marchande.

Néanmoins, avec l'entrée en vigueur de la planification urbaine au début des années 1970 introduite par la loi d'orientation foncière du 31 décembre 1967 qui posait le principe d'un zonage généralisé obligatoire, sont nés de virulents débats sur les problèmes d'équité entre propriétaires fonciers soulevés par la planification. A l'issue d'une longue controverse, la loi Galley de 1976, portant réforme de l'urbanisme a introduit en France la méthode de « transfert de coefficient d'occupation du sol (COS) » qui s'inspire des TDRs américains puisqu'il s'agit de transférer des droits de construire d'une sous-zone (émettrice) à une autre sous-zone (réceptrice) à l'aide d'une modulation du coefficient d'occupation des sols entre les deux sous-zones. Ce texte a été critiqué pour son incompatibilité avec le principe de non indemnisation des servitudes puisque le transfert de droit de construire correspond implicitement à une indemnisation des servitudes, et pour des raisons de justice distributive. En effet, puisque la répartition de la propriété foncière est largement inégalitaire dans l'ensemble de la population française, le mécanisme assure en fait un transfert de l'ensemble de la population, légitimement « créancière » des plus-values d'urbanisation vers le sous-ensemble des propriétaires situés dans la zone retenue.

#### **Encadré 2:** TDRs et évolution de la jurisprudence concernant le « taking » aux États-Unis:

Le 5<sup>e</sup> amendement de la Constitution américaine prévoit que toute prise de possession d'un bien privé pour un usage public doit être compensée. Le « taking » est traditionnellement défini comme la saisie physique d'une propriété par l'Etat. Un arrêt de la *Supreme Court* de 1922 fait tomber le zonage des sols sous la catégorie juridique du « taking ». Mais la *High Court* a établi ensuite que seule la perte totale de l'usage d'une propriété pouvait faire l'objet d'une compensation alors qu'un « taking » partiel n'avait pas besoin d'être compensé. Ainsi, certaines municipalités ont trouvé dans les programmes de TDRs un moyen de conformer leurs plans d'urbanisme à la notion de « taking » partiel.

L'arrêt *Penn Central v. City of New York* de la *Supreme Court* semble indiquer que la valeur des TDRs empêche de considérer le zonage comme un « taking » total. Cependant, dans un arrêt plus récent *Suitum v. Tahoe Regional Planning Agency*, la *Supreme Court* paraît changer de point de vue en établissant que les TDRs, si pertinents qu'ils soient pour mener une politique de zonage des sols, ne peuvent prémunir les autorités locales contre tout recours au nom du « taking ». Dans ce cas précis il était question d'une privation totale du droit à construire et non d'une restriction du droit à construire comme cela est souvent prévu dans les programmes TDRs.

Il n'y a donc pas une interprétation unilatérale des TDRs et l'appréciation du « taking » demeure relatif à des situations particulières.



Après trente ans d'application du transfert de COS, il n'existe pas d'évaluation d'ensemble des quelques expériences isolées qui ont été réalisées. Les objectifs assignés à la plupart des programmes sont généralement de nature environnementale et visent la protection d'un espace naturel. Le mécanisme a fonctionné en zone urbaine à petite échelle pour répartir entre propriétaires voisins des droits à construire. Mais les exemples de constitution d'un véritable marché sont rares et il est difficile d'en tirer des enseignements généraux tant leurs résultats sont liés à une histoire spécifique et à une conjonction de facteurs difficilement reproductibles.

### Encadré 3: Trois expériences françaises de transfert de COS

**Lourmarin** est une commune du Vaucluse qui a souhaité contrer à la fin des années 1970 le « mitage » déjà bien entamé de son territoire. Les trois quarts de la densité prévue pour la zone réceptrice ont été utilisés. Mais le prix du droit à construire s'est établi entre 1,5 et 2 francs le mètre carré, ce qui est largement insuffisant pour compenser l'écart entre le prix de la terre agricole et le prix du terrain à bâtir. Les résultats sont modestes et l'expérience n'a pas été poussée plus avant.

Le **Grand Bornand** est une station de ski qui utilise la méthode du transfert de COS depuis plus de 20 ans systématiquement sur une seule zone que la municipalité a choisi d'urbaniser en priorité dans son plan d'urbanisme. Le nombre annuel de transactions portant sur des droits à construire n'a toutefois jamais dépassé la demi-douzaine.

Le cas de la commune de Talinges est plus « pur » puisqu'il s'agissait d'anticiper l'urbanisation du plateau du **Praz de Lys** qui allait mécaniquement résulter de la construction d'une route rendant son accès possible en voiture. Pour éviter le développement anarchique des constructions un plan d'urbanisme avait été défini avant la construction de la route et répartissait des droits à construire entre zones émettrices et zones réceptrices. De sorte que les propriétaires ne pouvaient effectivement construire qu'une fois qu'ils avaient acquis des droits complémentaires auprès des propriétaires situés en zone émettrice. Le montant de l'indemnisation reçue par les propriétaires en zone émettrice, dont les terrains sont devenus définitivement inconstructibles était compris entre 10 et 17 francs le mètre carré, ce qui représente un succès relatif du dispositif, succès que les commentateurs attribuent surtout à l'implication très forte de la commune.

### Conclusion

L'expérience américaine des TDRs comme outil d'accompagnement des politiques de planification urbaine montre qu'il n'existe pas de recette miracle en matière d'aménagement du territoire. Le succès d'un tel dispositif repose sur la qualité du zonage préalable et sur la calibration du système d'incitations mis en place, qui nécessite une conception globale et des dispositions bien étudiées.

Dans le cas français, l'articulation entre un instrument économique et les règles juridiques de l'urbanisme soulève des difficultés. Le principe de non indemnisation des servitudes a pendant longtemps été un frein au recours à des méthodes similaires à celle des TDRs en France. La réticence des pouvoirs publics à utiliser de façon plus systématique le transfert de COS pour appliquer des politiques de zonage peut s'expliquer par la complexité apparente d'un tel dispositif, la faible perception des gains associés et la nécessité d'une forte implication de la commune pour en assurer le bon fonctionnement. A contrario, les collectivités locales sont confrontées à la difficulté de maintenir dans la durée les zonages visant à limiter l'urbanisation et sont à la recherche d'instruments pour garantir la préservation des espaces naturels.

Enfin, pour renforcer sa légitimité et obtenir un large soutien du public, la méthode de transfert de COS doit faire la preuve qu'elle procède avant tout d'une logique de création de valeur, à la fois pour les propriétaires des zones émettrices mais aussi pour la collectivité dans son ensemble qui gagne à l'application d'un plan d'urbanisme cohérent avec ses préférences, et non d'une seule logique de redistribution de rentes entre propriétaires fonciers (objectifs pouvant être toutefois localement désirables pour désamorcer des conflits locaux potentiellement violents).

Créé à l'initiative de Jean-Louis Borloo, ministre d'État, ministre de l'Écologie, de l'Énergie, du Développement durable et de la Mer, le Conseil économique pour le développement durable a pour mission de mobiliser des références économiques pour éclairer les politiques de développement durable.

Outre la déléguée interministérielle au développement durable et le président délégué du Conseil d'analyse économique, membres de droit, ce Conseil est composé de vingt cinq membres reflétant la diversité de la recherche académique et de l'expertise des parties prenantes sur les thématiques économiques liées au développement durable.

Les services du ministère de l'Écologie, de l'Énergie, du Développement durable et de l'Aménagement du territoire, notamment le Commissariat général au développement durable, sont étroitement associés aux travaux du Conseil.

Ces « références » établies dans le cadre de ses travaux, et diffusées pour stimuler le débat, n'engagent que leurs auteurs.

**Conseil économique  
pour le  
développement durable**

244, boulevard  
Saint-Germain  
75007 Paris  
Tel. : 01.40.81.21.22

**Directeur de la  
publication**  
Dominique Bureau