

TOULOUSE
CAPITOLE
Publications



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de l'Université Toulouse 1 Capitole.

Étude critique des nouvelles définitions des surfaces en droit de l'urbanisme

KALFLÈCHE GRÉGORY

Référence de publication : KALFLÈCHE (G.), « Étude critique des nouvelles définitions des surfaces en droit de l'urbanisme », *Droit et ville*, n° 75, 2013.

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications, contacter portail-publi@ut-capitole.fr

Étude critique des nouvelles définitions des surfaces en droit de l'urbanisme

Dans les années 1950, une très célèbre controverse a opposé une vision existentialiste du droit, défendue par un conseiller d'État du nom de Bernard Chenot, à l'approche universitaire de l'analyse juridique défendue par le professeur Jean Rivero. Le premier critiquait les professeurs en les qualifiant de « faiseurs de systèmes », le second défendait ce qualificatif comme un titre¹. La volonté des universitaires de créer de belles constructions intellectuelles les fait parfois, en effet, passer pour des théoriciens qui ne traitent que d'un regard lointain les problèmes de ceux qui -à raison dit-on alors- ont les pieds dans des bottes et les bottes dans la boue.

Si une réforme de la définition des surfaces en droit de l'urbanisme a le mérite d'être une législation concrète, c'est bien comme professeur, aimant les constructions intellectuelles et les efforts de simplification de notre droit que l'auteur de ces lignes considérait qu'une bonne chose avait été faite par l'ordonnance du 16 novembre 2011.

Cette ordonnance réformant la définition des surfaces de référence utilisées par le droit de l'urbanisme a été prise sur habilitation de l'article 25 de la loi du 12 juillet 2010, c'est-à-dire la loi Grenelle 2, et se trouve aujourd'hui à l'article L. 112-1 du Code de l'urbanisme.

L'ordonnance a été suivie peu de temps après -et avant son entrée en vigueur au 1^{er} mars 2012- d'un décret d'application du 29 décembre 2011² (devenu notamment l'article R. 112-2 du Code de l'urbanisme), puis d'une circulaire du 3 février 2012³.

Comment s'est faite la simplification du droit ambitionnée par cette réforme ? Par l'abandon d'une des rares institutions stables du droit de l'urbanisme : la distinction entre la SHON et la SHOB⁴, qui datait de la loi d'orientation foncière du 30 décembre 1967, au profit d'une référence unique appelée « surface de plancher »⁵. Seules les notions de ZAC⁶ et de permis de construire avaient la même longévité, mais elles avaient été très fortement modifiées au fil du temps. Depuis qu'elles avaient été créées, les SHON et SHOB avaient plusieurs objectifs : à la fois urbanistiques avec le calcul du coefficient d'occupation des sols (COS) et plus largement des droits à construire, mais aussi fiscaux pour l'application de la taxe locale d'équipement (TLE) ou encore esthétiques puisqu'elles servaient de base de calcul à l'obligation d'avoir recours à un architecte.

Elles n'étaient cependant pas exemptes de défauts. Le premier était l'utilisation anarchique de la référence à l'une ou à l'autre (SHON ou SHOB) sans que cela soit particulièrement justifié. Si originellement la SHON représentait la surface habitable et la SHOB la surface réelle du bâtiment, les confusions étaient nombreuses et les auteurs du Code de l'urbanisme avaient peu à peu fait perdre l'intérêt de cette distinction. Le second défaut de ces anciennes références de calcul de surface était qu'elles n'étaient plus les qualifications juridiques strictes qu'elles auraient dû rester : l'article 6 du décret du 29 décembre 2012 qui les supprime dénombre quinze différentes façons de les nommer au sein du Code de l'urbanisme afin de les remplacer par « *surface de plancher* ».

La référence à cette nouvelle norme de surface est donc aujourd'hui applicable. La définition qui en est donnée par l'article L. 112-1 du Code de l'urbanisme précise que cette nouvelle surface « *s'entend de la somme des surfaces de plancher closes et couvertes, sous une hauteur de plafond supérieure à 1,80 m, calculée à partir du nu intérieur des façades du bâtiment* »⁷. La principale différence de cette définition

avec celles antérieures est que les calculs se font à l'intérieur -au « *nu* »- du mur, et non à partir de l'extérieur. Ne sont ainsi pas pénalisés les murs épais qui prenaient auparavant sur la surface habitable et qui, aujourd'hui, sont exclus du calcul. L'objectif n'est pas de favoriser l'agrandissement des vieilles bâtisses, mais bien de ne pas pénaliser les efforts des constructeurs prévoyant un mur épais assurant une bonne isolation du bien. On comprend ici le lien entre la réforme et la loi Grenelle 2 qui l'a permise.

Autre différence d'avec les anciens calculs, la hauteur de 1,80 m s'applique dans tout le bâtiment, et non plus seulement dans les combles⁸. La volonté est de ne prendre en compte que les surfaces réellement habitables, quel que soit l'étage ou la proximité du toit. La référence aux surfaces closes et couvertes renvoie aussi à des espaces que l'on habite vraiment, ce qui n'est pas le cas des loggias, par exemple. Le décret est plus précis et retire aussi d'autres surfaces à cette définition législative. Sans entrer dans une analyse trop précise, il faut ainsi exclure : les surfaces correspondant à l'épaisseur des murs entourant les embrases de portes et fenêtres donnant sur l'extérieur (pour des raisons d'isolation), les surfaces des vides et trémies pour escaliers et ascenseurs (auparavant exclues de la SHOB et non de la SHON ce qui était surprenant), les combles non aménageables quelle que soit leur hauteur, ainsi que les surfaces de stationnement et leurs rampes d'accès (quel que soit le véhicule, y compris les garages à vélo). Les immeubles collectifs bénéficient par ailleurs d'exclusions supplémentaires les favorisant quelque peu par rapport aux maisons individuelles. On en exclut notamment les caves, alors qu'elles sont comptabilisées pour les maisons individuelles, même lorsqu'elles ne sont pas aménageables.

Au global, la réforme semble apporter à la fois plus de réalisme quant aux espaces pris en compte, en se concentrant sur leur caractère habitable, mais aussi une unification bienvenue autour de la surface de plancher, référence désormais officiellement unique. Présentée ainsi, on pourrait être tenté d'y voir une réussite, à l'instar de la réforme des autorisations d'urbanisme. Hélas, cette vision positive ne **résiste pas à l'analyse. Non pas que cette réforme soit une erreur monumentale, mais elle ne correspond pas du tout aux objectifs affichés, tant s'en faut. Sur le plan de la simplification du droit des surfaces, la réforme a tout simplement raté son objectif (I). Sur le fond, le bilan est en demi-teinte, à la fois bon pour ce qui concerne la densification, mais encore marqué par des incertitudes importantes qui conduiront à des ajustements ultérieurs (II).**

I- LA RÉFORME MANQUÉE DE LA SIMPLIFICATION DES SURFACES EN DROIT DE L'URBANISME

L'un des objectifs majeurs de l'ordonnance du 16 novembre 2011 était d'en finir avec l'usage de deux mesures : la SHON et la SHOB. Deux principaux reproches étaient faits à l'encontre de cette distinction. Le premier était la relative inutilité de la SHOB, moins utilisée que la SHON et apparaissant comme moins juste ; le second portait sur la SHON dont on estimait qu'elle ne recouvrait pas assez les surfaces réellement habitables. La nouvelle « *surface de plancher* » avait donc pour objectif de faire disparaître ces deux critiques. En réalité, la réforme est doublement plus complexe : non seulement la « *surface de plancher* » se calcule aussi en référence avec la notion d'emprise au sol (A), mais elle ne supprime pas toute autre référence (B).

A- LA DOUBLE RÉFÉRENCE À LA SURFACE DE PLANCHER ET À L'EMPRISE AU SOL

La volonté d'une simplification juridique se confronte parfois à d'autres enjeux. Les auteurs de la réforme des surfaces se sont ainsi aperçus, lors des discussions avec le monde professionnel, que la nouvelle définition envisagée excluait un certain nombre de constructions de toute procédure de permis ou de déclaration préalable au regard du droit de l'urbanisme. En effet, avec la SHON et la SHOB,

certaines autorisations d'urbanisme étaient fondées sur des surfaces « non habitables », mais construites. La nouvelle surface ; se référant essentiellement à des surfaces habitables, un certain nombre de constructions ne rentrent plus dans le champ d'application des autorisations d'urbanisme. Par exemple, les surfaces non closes n'étant pas intégrées dans la surface de plancher, les hangars ne seraient pas contrôlés par la seule référence à cette surface. Les surfaces de stationnement, expressément exclues ne le seraient pas non plus.

Par ailleurs, la surface de plancher devant s'appliquer aussi pour déterminer les limites du monopole des architectes, cette profession très organisée s'en est émue et a participé à un lobbying important qui a conduit à ce que la référence à la surface de plancher se double d'une référence à « l'emprise au sol ». Celle-ci est donc un complément quasi indispensable à la surface de plancher, au point que l'on puisse dire qu'elle est une autre modalité concurrente de calcul des surfaces. Preuve en est le fait que la circulaire d'application du 3 février 2012 consacre plusieurs pages à l'analyse de l'emprise au sol.

La définition de l'emprise au sol a été introduite à l'article R. 420-1 du Code de l'urbanisme comme « *la projection verticale du volume de la construction, tous débords et surplombs inclus* ». Comme sous un soleil de midi à l'équateur, il faut regarder « l'ombre portée » du bâtiment au sol. À la surface de plancher s'ajoute donc théoriquement non seulement l'épaisseur des murs, mais aussi les prolongements des constructions comme les balcons, loggias, varangues, terrasses sur pilotis ou coursives⁹. On retrouve ainsi cette référence à l'emprise au sol pour la nécessité d'avoir recours à un permis de construire ou à une déclaration préalable¹⁰, ainsi qu'à l'article L. 431-2 du Code de l'urbanisme qui impose le recours à un architecte à partir de 170 m² de surface de plancher ou d'emprise au sol.

La question de la nécessité de deux notions, l'une globale représentant la construction dans son ensemble (« *l'emprise au sol* »), l'autre plus réduite et représentant les surfaces habitables (la « *surface de plancher* ») se pose¹¹. La distinction entre surface de plancher et emprise au sol a en effet tout de suite fait l'objet d'analyses démontrant -peut-être- la pertinence de deux modalités de calcul. Une réponse ministérielle¹² a d'abord précisé qu'une cave isolée n'était pas constitutive d'emprise au sol puisqu'elle n'a pas

« d'élément aérien ». En revanche, en application de la nouvelle définition de la surface de plancher, elle constitue bien des mètres carrés imposant éventuellement une autorisation d'urbanisme, et cela même si ladite cave n'est pas aménageable¹³. A l'inverse, la circulaire d'application du 3 février 2012 nous confirme¹⁴ qu'une piscine ne crée pas de surface de plancher, mais qu'elle crée bien de l'emprise au sol. Cette seconde solution démontrant que l'emprise au sol est bien un palliatif au fait que certaines constructions ne permettent pas de trouver des mètres carrés de surface de plancher. En somme, la solution d'une seule notion se trouve presque remise en cause, sauf à accepter que certaines constructions non constitutives de surface de plancher échappent à l'architecte ou à l'autorisation d'urbanisme.

B- LES MALENCONTREUSES DEUX OU TROIS NOTIONS D'EMPRISE AU SOL

La référence à l'emprise du bâtiment sur le terrain n'est pas un mode de calcul nouveau en droit de l'urbanisme. Bien des plans d'occupations des sols (POS), puis des plans locaux d'urbanisme (PLU) ensuite, ont utilisé cette référence en s'appuyant sur l'article L. 123-9 9° du Code de l'urbanisme. Cet article liste en effet les règles qu'il est possible d'ajouter dans le règlement du PLU et insère, pour être précis, la possibilité d'insérer ce qu'il appelle l'« *emprise au sol des constructions* ». Or, et l'on constate ici un manque flagrant de cohérence, l'article R. 420-1 du Code de l'urbanisme définissant la nouvelle « *emprise au sol* » n'est pas vouée à remplacer les définitions que chaque plan aura bien voulu donner à l'emprise au sol pour sa propre application. Comme le souligne le professeur François Priet¹⁵, l'emprise au sol de l'article R. 123-9 a sa définition propre. En réalité, il a même ses définitions propres, au cas par

cas, PLU par PLU. Il faut donc bien continuer à faire la distinction entre « *l'emprise au sol* » (au sens de l'article L. 420-1) et « *l'emprise au sol des constructions* » (au sens de L. 123-9 9°) qui ne se définissent pas de la même manière. La réforme n'unifie donc pas cette notion, ne serait-ce que pour l'obligation faite aux propriétaires d'avoir à demander un permis ou à faire une déclaration préalable. À l'avenir, il est vraisemblable que les PLU feront référence à la définition de l'emprise au sol pour déterminer l'emprise au sol de l'article L. 123-9 9° du Code de l'urbanisme, mais il serait bien préférable que la loi impose cette unification.

Plus encore, la réforme a même mis en place une troisième -au moins¹⁶- notion d'emprise au sol propre au droit de l'architecture, incluse, elle aussi, dans le code de l'urbanisme. La raison de cette notion est la suivante : l'obligation d'avoir recours à un architecte pour les constructions autres que celles à usage agricole s'applique à toutes celles dont « *à la fois la surface de plancher et l'emprise au sol* » n'excèdent pas 170 m². Or, par définition, l'emprise au sol a été définie bien plus largement que la surface de plancher. C'est donc cette seconde valeur qui était le plus souvent utilisée et qui permettait que les architectes étendent en réalité leur monopole. Cette extension du monopole étant apparue comme trop importante, le pouvoir réglementaire a modifié la définition de l'emprise au sol pour la seule application de l'obligation de recours à l'architecte : une troisième définition de l'emprise au sol a donc été introduite dans le Code. Celle-ci, issue d'un second décret du 7 mai 2012¹⁷ et introduite à l'article R. 431-2 du Code de l'urbanisme¹⁸ est plus réduite que celle de l'article R. 420-1 du Code de l'urbanisme en ajoutant qu'elle n'est calculée qu'à partir de la projection de la « *partie de la construction constitutive de surface de plancher* ».

Par conséquent, depuis mai 2012, les terrasses couvertes ou les constructions pour faire stationner des véhicules ne sont pas comptabilisées dans l'emprise au sol « *architecturale* »¹⁹, puisqu'elles ne le sont pas dans la surface de plancher. Cette troisième notion d'emprise au sol architecturale est donc très proche de la surface de plancher (qui aurait peut-être pu, plus simplement, servir de référence) et augmente donc les cas dans lesquels il est possible de se passer du recours à un architecte. Bien entendu, une partie de cette profession conteste cette nouvelle réduction, notamment dans certaines régions dans lesquelles les traditions architecturales conduisaient à diminuer encore plus le recours à l'architecte. Il semble donc qu'une mission d'inspection puisse revenir encore sur ce point²⁰ et, espérons-le, remettre aussi de la cohérence dans un droit trop marqué par le lobbying.

Ainsi, la réforme des surfaces conduit à une double critique. D'abord, elle ne conduit pas, tant s'en faut, à n'avoir qu'une seule et unique référence prenant le nom de surface de plancher. « *L'emprise au sol* », autre mode de computation des surfaces, constitue à cet égard une certaine forme de renoncement. Par ailleurs, la simplification aurait à tout le moins été de définir une notion d'emprise au sol applicable à tout le droit de l'urbanisme, en imposant aux communes de devoir éventuellement modifier les PLU ou POS pour s'y conformer. Or, non content de laisser les notions d'emprises au sol des PLU perdurer tout en en créant une autre, le pouvoir réglementaire, sous l'influence des architectes, va jusqu'à créer une troisième notion d'emprise au sol dans le Code de l'urbanisme. La simplification annoncée n'a donc pas eu lieu. La mise en place de dérogations pour adapter la notion de surface de plancher renforce par ailleurs cette absence de simplification.

C. LA MULTIPLICATION DES MODALITÉS PARTICULIÈRES DE COMPUTATION DES SURFACES

La volonté de mettre en place une réforme globale des surfaces en droit de l'urbanisme se confronte à la persistance, dans des législations parallèles, de modalités de calcul différentes. De la même manière que le monopole des architectes a conduit à une définition propre de l'emprise au sol, on assiste tantôt au maintien de la SHON et de la SHOB, et tantôt à une définition particulière de la surface de plancher.

L'absence de vision globale des surfaces est donc fortement préjudiciable à la cohérence de la réforme. Quatre hypothèses peuvent être soulevées.

La première concerne la persistance de la SHON et de la SHOB dans des législations externes au Code de l'urbanisme²¹. La circulaire du 3 février 2012 qui vient préciser, à grand renfort de schémas et dessins, l'application de la réforme de la surface de plancher met en avant ces incongruités. Le Code de la construction et de l'habitation conserve par exemple la référence aux anciens modes de calcul dans ses articles R. 111-18-9 et R. 131-26. La situation pourrait se justifier si ces articles avaient été oubliés par le pouvoir réglementaire, mais leurs rédactions actuelles sont issues du décret du 29 décembre 2011 pris pour l'application de la réforme des surfaces de plancher du droit de l'urbanisme. C'est donc volontairement, et pour des raisons pratiques peu claires que la référence à la SHON a été expressément maintenue. Le même article du décret²² prévoit aussi une référence à la SHON à l'article 310-0 H de l'annexe 2 du Code général des impôts afin d'exonérer pendant vingt ans de taxe foncière les logements respectant certaines quantités de matériaux renouvelables. La situation particulière du droit fiscal en termes d'autonomie des notions ne justifie pas cette exception en ce que la référence à une autre surface aurait pu conduire simplement à modifier le taux de l'impôt pour rétablir une ressource identique après un changement de l'assiette²³. Au vu des modifications importantes que la réforme a pu faire en droit de l'urbanisme, le maintien de la SHON dans ces situations ne se justifie d'ailleurs pas par la difficulté de gérer la modification concrètement.

La deuxième limite à l'usage d'une référence unique à la surface de plancher concerne d'ailleurs le droit fiscal. Au-delà du cas particulier de la référence à la SHON, il faut noter que la notion de « *surface de plancher* » n'est pas la même en droit fiscal et en droit de l'urbanisme (quand bien même il s'agirait de droit fiscal de l'urbanisme, les branches du droit n'étant que des constructions doctrinales)²⁴. La « *surface de plancher* » du droit fiscal est définie à l'article L. 331-10 du Code de l'urbanisme²⁵, tandis que la définition de la « *surface de plancher* » applicable pour les autres calculs de surface est définie de manière différente aux articles L. 112-1 et R. 112-2 du Code de l'urbanisme. L'article L. 112-1 du Code de l'urbanisme précise d'ailleurs qu'il définit la surface de plancher « *sous réserve des dispositions de l'article L. 331-10 du Code de l'urbanisme* ». Pour être plus précis, la définition du droit fiscal recoupe celle de l'article R. 112-2 dans ses seuls points 2° et 3°, mais comprend les surfaces retirées par les alinéas 1° et 4° à 8°. La rigueur des qualifications juridiques conduit à clairement regretter cette situation. La première raison consiste à regretter que le code ait donné le même nom à deux notions différentes, obligeant la doctrine comme la pratique à devoir préciser s'il s'agit de la surface de plancher « classique » ou « fiscale ». La seconde raison est plus fondamentale. Elle consiste à constater que l'aspect « marketing » de la réforme qui a conduit à leur donner le même nom n'a pas été suivi d'une simplification vraisemblablement possible : modifier le taux des taxes et avoir une assiette claire fondée sur une notion unique de surface de plancher. Il s'agit d'un faux pragmatisme regrettable puisque cette « exception fiscale » est doublée, elle-même, d'une exception dans laquelle on retourne à la règle générale : en matière de versement pour sous-densité²⁶. Dans cette hypothèse le Code vise la surface de plancher « *déterminée conformément à l'article L. 112-1 du Code de l'urbanisme* », c'est-à-dire la surface de plancher non fiscale. Si la logique est compréhensible -le versement est fondé sur le fait de ne pas avoir atteint la densité permise par le droit de l'urbanisme- cela rend l'existence même d'une surface de plancher propre au droit fiscal ubuesque²⁷.

La troisième incongruité est encore en lien avec le droit fiscal. Elle est relative au maintien d'une surface originale appelée la « *surface utile de plancher* » que l'on trouve à l'article R. 520-2 du Code de l'urbanisme. Cette surface qui sert uniquement à déterminer une redevance perçue lors de la création de locaux à usage de bureaux, de commerce ou de stockage. Selon une formulation un peu bizarre, l'article R. 520-2 du Code de l'urbanisme dispose même : « *La surface utile de plancher est réputée égale, sauf preuve contraire, à la surface couverte à chaque niveau affectée d'un abattement forfaitaire de 5 %.* » Il

s'agit donc d'un mode de calcul qui se réfère à la « *surface couverte* » comme élément principal, la part forfaitaire permettant de se limiter à un critère central. Il s'agit donc d'un mode de calcul original, qui n'est pas la surface de plancher telle qu'elle a été définie par la réforme. Par ailleurs, l'insertion des termes « *sauf preuve contraire* » laisse penser que l'on peut démontrer le caractère réellement utile de cette surface de plancher pour adapter la définition au cas par cas.

Quatrième accroc à l'unité voulue des surfaces, les auteurs de la réforme n'ont pas voulu définir de manière identique la « *surface de plancher* » du droit de l'urbanisme et son équivalent, la « *surface habitable* » au sens de l'article R. 111-2 du Code de la construction et de l'habitation²⁸. La simplification de la réforme n'aurait ainsi pas été limitée à un code -et encore peut-on voir qu'elle ne l'est pas en réalité-, elle aurait été une simplification du droit applicable à l'ensemble des opérations de construction. Hélas, alors que ces définitions sont très proches²⁹, le décret les a éloignées sans que l'on puisse réellement trouver une justification autre que les compromis avec les professions.

L'objectif de simplification et de mise en place d'une surface unique n'a donc pas été atteint par la réforme³⁰. Non seulement des exceptions souvent inutiles persistent, mais surtout les trois notions d'emprise au sol et la surface de plancher au sens du droit fiscal viennent-elles mettre en cause le principe même d'une surface unique. Pour autant, une réforme ne se juge pas seulement par sa cohérence, ses objectifs peuvent, au fond, avoir été atteints.

II- LE BILAN AU FOND DE CETTE RÉFORME DE SURFACES

La réforme des surfaces n'a pas apporté la simplification voulue. Mais n'est-elle pas, pour autant, une bonne réforme ? La réponse à cette question est pour le moins nuancée. S'insérant dans la réforme globale du Grenelle de l'environnement, on constate d'abord que cet objectif est atteint (A), mais comme toute réforme ambitieuse, elle crée d'abord une période d'incertitude et d'insécurité juridique, renforcée par des ajustements textuels trop nombreux (B).

A- LES RÉUSSITES DE LA RÉFORME DES SURFACES AU REGARD DES OBJECTIFS DE DÉVELOPPEMENT DURABLE

La loi Grenelle 2, qui habilitait le gouvernement à prendre par ordonnance la réforme des surfaces, avait deux objectifs principaux pour le droit de l'urbanisme : les économies d'énergie et la densification. Ces objectifs ont logiquement été poursuivis par la réforme avec une réussite différente.

Pour ce qui concerne la densification, les objectifs de la réforme ont clairement été atteints. La définition de la surface de plancher conduit en effet à une augmentation moyenne de la surface constructible de 8 à 12 % par rapport à la SHON. La nouvelle surface comprend pas en effet certains éléments qui empêchaient les travaux permettant des économies d'énergie. L'épaisseur des murs est ainsi un élément primordial de la différence entre la SHON et la surface de plancher³¹. L'habitat collectif, cœur de la densification, est par ailleurs clairement favorisé par la réforme. Plusieurs adaptations vont dans ce sens. D'abord, les caves sont intégrées dans la surface de plancher, sauf lorsqu'elles sont des caves individuelles desservies par des espaces communs. On comprend que les caves des immeubles n'ont pas le statut des caves des maisons. Cela permet aux constructeurs d'immeubles collectifs de vendre plus de surface et d'être quasiment illimités en terme de surface de cave attachée à chaque appartement. Il en est de même pour les locaux techniques, ce qui permet corrélativement d'augmenter la taille des appartements eux-mêmes. Ensuite, la réforme prévoit un abattement forfaitaire de 10 % pour les surfaces affectées à l'habitation desservies par un espace intérieur à usage commun. Cela signifie concrètement que, forfaitairement, on va retirer les couloirs de la surface de plancher de l'immeuble. Là encore, l'effet est

mathématiquement l'augmentation de la surface totale de logement, donc la densification³². Par l'effet de ces deux mesures, l'augmentation de la densité résultant de la nouvelle surface de plancher est donc plus proche de 25 % que de 10 % par rapport à la SHON dans les immeubles collectifs.

L'augmentation des surfaces qui résulte de la réforme fait comprendre pourquoi, alors que l'objectif de simplification du droit n'est pas atteint et que la complexité du droit continue à s'imposer à eux, on entend peu de voix discordantes de la part des professionnels. Ces éléments passent en effet au second plan alors que la rentabilité de leurs projets a augmenté fortement à travers cette réforme apparemment technique.

Pour ce qui concerne les économies d'énergie, la réforme est plus en demi-teinte. Il existait en effet auparavant un abattement de 5 % de la SHON pour les habitations bien isolées. Ce pourcentage diminue donc l'importance du gain qui résulte du calcul de la surface de plancher à partir des murs « à nu ». L'amélioration des isolations de faible épaisseur étant par ailleurs constante, il se peut que la différence soit encore plus faible au fil du temps.

B- LES QUESTIONS DE CETTE RÉFORME

Cette réforme pose des questions de sécurité juridique³³, comme on en rencontre tant à la suite des réformes nombreuses -de la réforme permanente ?³⁴- du droit de l'urbanisme ces dernières années.

On peut par exemple penser aux zones d'aménagement concertées entrées en vigueur avant le 1^{er} mars 2012 et qui faisaient donc référence aux SHON et SHOB. Le remplacement unilatéral, par les textes, de toutes les références à ces anciennes surfaces par des références à la surface de plancher aura encore des conséquences pendant au moins une dizaine d'années. La question est en partie contournée cependant : d'une part le nouveau calcul permet le plus souvent une augmentation des surfaces constructibles. D'autre part, si dans certaines hypothèses la surface constructible diminuait, le décret permet que les calculs continuent à se faire en SHON si cela est plus favorable. Dans ces conditions, il y a peu de chance que cela rompe l'équilibre financier de la concession d'aménagement en requalifiant certaines de « concession-concession » en « concession-marché »³⁵. En revanche, on peut se poser la question de la légalité des concessions d'aménagement passées antérieurement à la réforme des surfaces en ce que cette augmentation des surfaces constructibles modifie un élément essentiel du contrat en modifiant substantiellement l'équilibre économique. Ainsi, la passation du contrat se trouve avoir été réalisée dans des conditions de concurrence qui auraient pu faire faire emporter le contrat à un autre candidat. Partant, il nous semble que dans un certain nombre d'hypothèses, il faudrait remettre en concurrence les concessions d'aménagement, à moins d'officialiser un retour à un calcul de la SHON dans ces hypothèses. Le problème n'est pas petit, des millions d'euros d'investissements étant ici soumis à une part d'aléa qu'il conviendrait, au cas par cas, de calculer.

Bien que les conséquences soient moins importantes, partout en France, des permis modificatifs (de construire ou d'aménager) seront encore demandés pendant trois ans à peu près sur la base de la SHON. Comme toute modification du droit, la réforme des surfaces implique là encore une application dans le temps qui conduit à une complexification temporaire. Dans le même sens, les lotissements créés avant le 1^{er} mars doivent désormais appliquer la surface de plancher alors que les droits à construire ont été éventuellement répartis en SHON entre les lots. En l'occurrence, la situation n'est pas si complexe dans la mesure où cela conduit simplement les titulaires des lots qui ont posé des permis à demander des permis modificatifs ou un nouveau permis correspondant, en surface de plancher à la surface de bâtiment à laquelle ils ont droit.

La volonté de développer la densité et les objectifs de développement durable à travers le nouveau mode de calcul des surfaces a par ailleurs conduit à abandonner d'autres objectifs que l'on assignait au calcul des surfaces. Ces autres objectifs se traduisaient auparavant par des abattements dans le calcul de la SHON constructible, abattements abandonnés avec la mise en place de la surface de plancher. Or, comment justifier que l'on n'octroie plus 5 m² de surface en plus pour le respect des normes handicapés, forfaitairement ? ³⁶ Une comparaison avec la création de l'emprise au sol sous l'influence de la profession d'architecte met peut-être en avant des qualités de lobbyistes différents. De la même manière, les 5 m² octroyés là aussi forfaitairement pour l'amélioration de l'hygiène ont disparu, alors que la qualité de beaucoup d'immeubles dans les grandes villes ne le justifie pas encore. Ces exceptions pourront être réintégrées, cela n'est pas compliqué, mais on voit qu'entre la simplification et l'unification des règles et les enjeux ponctuels ou généraux de la définition des surfaces, le choix est plus complexe qu'il n'y paraît.

La loi Grenelle 2 habilitait le gouvernement à procéder par voie d'ordonnance pour modifier la partie législative du Code de l'urbanisme en lui donnant notamment pour objectif de « 3° Unifier et simplifier la définition des surfaces de plancher prises en compte dans le droit de l'urbanisme ». Il nous semble que la loi d'habilitation n'a pas été respectée. Non pas que l'ordonnance ait dépassé sa compétence puisqu'elle ne met effectivement en place qu'une seule surface, mais bien que le décret d'application puisse être considéré comme étant revenu sur cet objectif de la loi d'habilitation. Comment considérer que deux surfaces de plancher (l'une fiscale, l'autre pour le reste de droit de l'urbanisme) et trois usages possibles de la notion « *d'emprise au sol* » puissent être considérés comme une simplification par rapport à la classique distinction SHON-SHOB ? Les professions se trompent peut-être en défendant leurs intérêts ponctuels et en oubliant que la belle construction juridique est aussi un facteur qui leur est favorable : elle est source de stabilité, de sécurité juridique dans la pratique et elle diminue les contraintes administratives au profit du cœur de l'activité professionnelle.

Notes de bas de page

1. B. Chenot, « La notion de service public dans la jurisprudence économique du Conseil d'État », EDCE, 1950, p. 77 ; B. Chenot, concl. sur CE 10 février 1950, Gicquel, Rec., p. 99 ; J. Rivero, « Apologie pour les "faiseurs de systèmes" », D., 1951, chron., p. 99 ; B. Chenot, « L'existentialisme et le Droit », RFSP, 1953, p. 57.
2. Décret n° 2011-2054 du 29 décembre 2011 pris pour l'application de l'ordonnance n° 2011-1539 du 16 novembre 2011 relative à la définition des surfaces de plancher prises en compte dans le droit de l'urbanisme.
3. Circulaire du 3 février 2012 relative au respect des modalités de calcul de la surface de plancher des constructions définie par le livre I du Code de l'urbanisme, NOR : DEVL1202266C, non parue au journal officiel. Sur l'ensemble de cette réforme, cf. F. Priet, « la réforme de la définition de la surface de plancher », AJDA 2012 p. 630 ; L. Santoni, « La complexe simplification du calcul des surfaces de plancher », Constr. Urb. n° 4, avril 2012 comm. 59.
4. La SHON était la « surface hors œuvre nette » et la SHOB la « surface hors œuvre brute ».
5. L'objectif de simplification et d'unification des notions poursuivi par la réforme est d'ailleurs rappelé dans le rapport au président de la République qui accompagnait l'ordonnance du 16 novembre 2011.
6. Zones d'aménagement concerté.
7. Pour une analyse précise des éléments de la définition cf. Ph. Billet, « La rénovation des surfaces de plancher et de l'emprise au sol », JCPA, n° 5, 6 février 2012 n° 2042 ; Ch. Gélu, « La réforme de la définition de la surface de plancher dans le droit de l'urbanisme au 1^{er} mars 2012 », Bull. pratique immobilier (BPIM) mars 2012, n° 2 p. 5 ; F. Bourdon, « Nouvelle définition de la surface de plancher : objectifs et résultats », BJDU n° 2/2012 p. 97.
8. On notera encore récemment des difficultés contentieuses sur la qualification de comble, cf. CAA Lyon, 3 juillet 2012, Lahiguera, n° 11LY01518.
9. A l'inverse, la circulaire d'application nous précise que les éléments de « modénature » comme les bandeaux, les corniches et les marquises ne sont pas compris. Cela n'est pas sans ambiguïté puisque par corniche on peut effectivement comprendre de véritables éléments de modénature, c'est-à-dire de décoration (un simple débord, relativement court et sculpté) ou une véritable avancée du toit qui augmente singulièrement l'emprise au sol du bâtiment. Les schémas de la circulaire sont d'ailleurs topiques de cette difficulté. Il nous semble que la jurisprudence aura à se déterminer sur ce qu'improprement les architectes sont susceptibles de qualifier de corniche, notamment au regard des caractères locaux des traditions architecturales. Par ailleurs, en soi, cette précision revient sur l'idée de « projection verticale » et pourrait être considérée comme créatrice de droit et, partant, illégale ; sans compter la complexification qu'elle apporte.
10. Cf. livre 4 du Code de l'urbanisme, notamment art. R. 420-1, R. 421-2, -9, -11, -14 -17 du Code de l'urbanisme.
11. Il y a là un argument dans le sens de l'article de G. Godfrin « Irréformable droit de l'urbanisme », Constr. Urb. n° 11, nov. 2012 p. 1.
12. Rep. Min. n° 941, JO Sénat Q 20 sept. 2012 p 2050.
13. L. Santoni, « la cave se rebiffe ! », constr. urb. n° 11, nov. 2012, comm. 159.
14. Circulaire du 3 février 2012 relative au respect des modalités de calcul de la surface de plancher des constructions définie par le livre I du Code de l'urbanisme, NOR : DEVL1202266C, spé. p. 22.
15. F. Priet, « La réforme de la définition de la surface de plancher », AJDA 2012 p. 630, spé. p. 634. On retrouve cette précision dans la circulaire & L. Santoni, « la complexe simplification du calcul de la surface de plancher », constr. urb. n° 4 avril 2010, comm. 59.
16. Au moins, puisqu'en réalité, chaque PLU peut avoir sa définition propre.
17. Décret n° 2012-677 du 7 mai 2012 relatif à une des dispenses du recours à un architecte, cf. Ph. Billet, « A noter également : Du nouveau pour la surface de plancher », JCPA, n° 27, 9 juillet 2012, n° 2248.
18. Cet article vient préciser les hypothèses de recours à un architecte en complément du décret n° 77-190 du 3 mars 1977 et de la loi 77-2 du 3 janvier 1977 sur l'architecture.
19. On peut appeler cette nouvelle notion « emprise au sol architecturale » au sens de l'article R. 431-2 du Code de l'urbanisme par opposition à « l'emprise au sol des constructions » de l'article L. 123-9 9° et à « l'emprise au sol » de l'article R. 420-1 c. urb.
20. Cf. Question écrite du sénateur Jean-Pierre Sueur, 14^e législature, n° 01240, JO Sénat du 2 août 2012, p. 1748 et réponse du ministère de la culture et de la communication publiée au JO Sénat, 4 octobre 2012, p. 2158.
21. C. Le Marchand, « Urbanisme. La SHOB et la SHON ne sont pas mortes », Constr. urb. n° 4, avril 2012, alerte 37.
22. Article 5 du décret n° 2011-2054 du 29 décembre 2011 pris pour l'application de l'ordonnance n° 2011-1539 du 16 novembre 2011 relative à la définition des surfaces de plancher prises en compte dans le droit de l'urbanisme.

23. D'autant, comme on le verra dans le paragraphe suivant, que le droit fiscal utilise aussi une notion de « *surface de plancher* ».
24. D. Dutrieux et W. Stemmer, « Surface de plancher : conséquences (négatives) en matière de TVA et TPF, JCP N, 8 juin 2012, n° 23 p. 8.
25. Art. L. 331-10 du Code de l'urbanisme « *La surface de la construction mentionnée au 1° s'entend de la somme des surfaces de plancher closes et couvertes, sous une hauteur de plafond supérieure à 1,80 mètre, calculée à partir du nu intérieur des façades du bâtiment, déduction faite des vides et des trémies* ».
26. Visé à l'article L. 331-35 du Code de l'urbanisme.
27. À la suite du professeur F. Priet, « la réforme de la définition de la surface de plancher », AJDA 2012 p. 630, spé. p. 634, on peut toutefois noter que la déduction des surfaces de plancher des bâtiments agricoles considérées comme non constitutive de SHON a disparu, bien qu'elle reste une exception, étendue aux centres équestres et coopératives agricoles, pour une partie de la taxe d'aménagement (L. 331-7 3° du Code de l'urbanisme).
28. R. 111-2 al. 2 et 3 CCH : « *La surface habitable d'un logement est la surface de plancher construite, après déduction des surfaces occupées par les murs, cloisons, marches et cages d'escaliers, gaines, embrasures de portes et de fenêtres ; le volume habitable correspond au total des surfaces habitables ainsi définies multipliées par les hauteurs sous plafond. Il n'est pas tenu compte de la superficie des combles non aménagés, caves, sous-sols, remises, garages, terrasses, loggias, balcons, séchoirs extérieurs au logement, vérandas, volumes vitrés prévus à l'article R. 111-10, locaux communs et autres dépendances des logements, ni des parties de locaux d'une hauteur inférieure à 1,80 mètre* ».
29. Cette proximité de définition a d'ailleurs permis que la référence à la surface habitable de l'article L. 123-1-11 du Code de l'urbanisme soit remplacée par une référence à la surface de plancher.
30. De manière assez symbolique, on remarquera que le Chapitre 2 du livre 1er du Code de l'urbanisme s'intitule toujours « Surface hors œuvre des constructions », un oubli malheureux, sûrement.
31. Rappelons que la surface de plancher se calcule au nu des murs, c'est-à-dire à l'intérieur du bâtiment, là où la SHON se calculait à l'extérieur du bâtiment.
32. On notera que ce choix de la part forfaitaire est prévu directement à l'article L. 112-1 du Code de l'urbanisme issu de l'ordonnance qui dispose : « Un décret en Conseil d'État précise notamment les conditions dans lesquelles peuvent être déduites les surfaces [...] des locaux techniques, ainsi que, dans les immeubles collectifs, une part forfaitaire des surfaces de plancher affectées à l'habitation ».
33. Sur les dispositions transitoires, voir notamment F. Bourdon, « Impact de la nouvelle définition de la surface de plancher », Defrénois, 30 juillet 2012, n° 13-14, p. 688.
34. La « réforme permanente » est une expression que nous empruntons à plusieurs auteurs l'ayant utilisée en matière de marchés publics, cf. Ch. Bréchon-Moulènes, N. Charrel et L. Richer, « Une étape de la réforme permanente : le décret du 7 mars 2001 », ACCP, juin 2001, p. 7.
35. Par convention, nous qualifierons de « concession-concession » les concessions d'aménagement passées en application d'une procédure proche de celle de la loi Sapin des articles R. 300-4 à R. 300-11 du Code de l'urbanisme ; et de « concession-marchés » celles passées en application de la transposition des dispositions propres aux marchés publics des directives européennes, dispositions que l'on trouve aux articles R. 3000-11-1 à R. 300-11-6 du Code de l'urbanisme. Les autres procédures en dessous des seuils européens, que l'on trouve aux articles R. 300-12 à R. 300-14 relèvent selon les cas des concessions-concessions ou concessions-marchés, mais sont soumis à une procédure propre, moins contraignante.
36. Le décret permettant un aménagement pour l'amélioration de l'habilité des logements pour les personnes handicapées était d'ailleurs prévu à l'alinéa 2 de l'ancien article L. 112-1 du Code de l'urbanisme qui a aujourd'hui disparu.