

>> LES DEROGATIONS AU PLU

Fiche 6

LES DEROGATIONS « LOGEMENT »

Soazic Marie, Maître de conférences à l'Université Paris Est Créteil, Directrice adjointe du GRIDAUH

1. Origine

La catégorie des dérogations « logement » (que l'on pourrait qualifier plus largement de dérogations « habitation ») est issue de l'ordonnance n° 2013-889 du 3 octobre 2013 relative au développement de la construction de logement, prise sur habilitation de la loi n° 2013-569 du 1^{er} juillet 2013 autorisant le Gouvernement à adopter des mesures de nature législative pour accélérer les projets de construction. Introduite à l'ancien article L. 123-5-1 du Code de l'urbanisme, elle vise alors à accélérer la production de logements dans les secteurs où la demande est particulièrement élevée, en permettant la réalisation de programmes qui ne seraient pas conformes aux règles des PLU sans avoir à recourir aux procédures d'adaptation du plan, afin non seulement de répondre aux besoins de la population mais également d'accompagner la densification. Les modalités d'application des dérogations entrant dans cette catégorie ont été précisées par le décret n° 2013-891 du 3 octobre 2013 visant à favoriser la construction de logement et explicitées par une instruction du Gouvernement en date du 28 mai 2014¹, ainsi que par des fiches techniques mises en ligne sur le site internet du Ministère du logement et de l'égalité des territoires.

La loi n° 2014-1545 du 20 décembre 2014 relative à la simplification de la vie des entreprises et portant diverses dispositions de simplification et de clarification du droit et des procédures administratives, puis la loi n° 2021-1104 du 22 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets en ont élargi le champ d'application, tant en ce qui concerne les territoires sur lesquels elle peut être utilisée que s'agissant des règles dont elle permet de s'écarter.

La catégorie des dérogations « logement » rassemble aujourd'hui six cas de dérogation

Il convient de relever que la loi 3DS du 21 février 2022 a supprimé l'obligation de motiver l'octroi d'une dérogation au titre de l'article L. 152-6.

¹ Instruction du Gouvernement du 28 mai 2014 relative au développement de la construction de logement par dérogation aux règles d'urbanisme et de la construction, NOR : ETL1200077C.

2. Champ d'application géographique

Les dérogations « logement » ne peuvent être accordées que sur certains territoires.

L'article L. 152-6 en réserve l'utilisation, tout d'abord, **dans les zones dites « tendues »** c'est-à-dire dans les territoires marqués par un fort déséquilibre entre l'offre et la demande de logements, qui, selon les critères législatifs, concernent :

-les 1148 communes appartenant à une zone d'urbanisation continue de plus de 50 000 habitants figurant sur la liste prévue à l'article 232 du Code général des impôts, à savoir celles dans lesquelles s'applique la taxe annuelle sur les logements vacants et dont la liste est fixée par le décret n° 2013-392 du 10 mai 2013 ;

-les 5 communes de plus de 15 000 habitants en forte croissance démographique où un effort de production de logements sociaux s'impose, et figurant sur la liste prévue au septième alinéa de l'article L. 302-5 du Code de la construction et de l'habitation, dressée par le décret n° 2013-671 du 24 juillet 2013 modifié par le décret n° 2014-870 du 1^{er} août 2014.

Les dérogations « logement » peuvent, ensuite, trouver à s'appliquer dans « **le périmètre d'une grande opération d'urbanisme [GOU]** au sens de l'article L. 312-3 du présent code », en application de l'article 209 de la loi Climat du 22 août 2021. L'extension du champ d'application des dérogations en cause s'explique par le fait que les GOU peuvent intégrer un objectif de réhabilitation ou de transformation des bâtiments existants, notamment pour créer des logements.

Si la loi Climat prévoyait, pour les mêmes raisons, que les dérogations « logement » puissent également être accordées dans « les secteurs d'intervention comprenant un centre-ville des opérations de revitalisation de territoire [ORT], créés au titre de l'article L. 303-2 du code de la construction et de l'habitation », la loi du 21 février 2022 relative à la différenciation, la décentralisation, la déconcentration et portant diverses mesures de simplification de l'action publique locale (dite loi 3DS) fait sortir les ORT du champ d'application de l'article L. 152-6 pour créer au nouvel article L. 152-6-4 des possibilités de dérogation réservés aux secteurs d'intervention de ces ORT, et qui dépassent le seul domaine du logement.

Dans tous les cas, parmi les communes listées par le Code de l'urbanisme, seules celles pourvues d'un PLU ou d'un document d'urbanisme en tenant lieu sont concernées par le dispositif qui a précisément pour objet de permettre de déroger aux règles de ces documents.

Un cas de dérogation-logement - celui de la dérogation « transformation en habitation », prévu au 3° de l'article L. 152-6 - est néanmoins exclu, alors même que la commune concernée figure dans la liste ci-dessus, lorsque la commune fait l'objet d'un arrêté de carence au titre de l'article L. 302-9-1 du Code de la construction et de l'habitation.

3. Cas de dérogation

L'article L. 152-6 envisage six cas de dérogation qui, aux termes mêmes du 2^e alinéa de cet article, ne sont susceptibles de concerner que les projets entrant dans le champ du permis de construire, ce qui exclut ceux relevant du régime de la déclaration préalable².

Selon les cas, les règles auxquelles il peut être dérogé diffèrent³.

En outre, pour tous les cas de dérogation, l'article L. 152-6 impose qu'il soit tenu compte, pour décider ou non de les accorder, « de la nature du projet et de la zone d'implantation ». S'agissant de la zone d'implantation, il convient de rappeler que l'exposé des motifs de l'ordonnance du 3 octobre 2013 justifiait les dérogations logement par l'objectif de lutte contre l'artificialisation des sols et de densification urbaine, objectif plus que jamais d'actualité depuis l'adoption de la loi Climat et résilience du 22 août 2022 ; aussi une dérogation de l'article L. 152-6 devrait-elle être refusée pour des projets qui vont à l'encontre de cet objectif, en raison par exemple de leur situation hors des parties urbanisées de la commune ou en périphérie des zones urbanisées.

1°) La dérogation « dent creuse » (art. L. 152-6 1°)

Le 1° de l'article L. 152-6 permet « *dans le respect d'un objectif de mixité sociale, (de) déroger aux règles relatives au gabarit et à la densité pour autoriser une construction destinée principalement à l'habitation à dépasser la hauteur maximale prévue par le règlement, sans pouvoir dépasser la hauteur de la construction contigüe existante calculée à son faîtage et sous réserve que le projet s'intègre harmonieusement dans le milieu urbain environnant* ».

Cette possibilité de dérogation répond à une double préoccupation :

- favoriser la production de logements, dans un objectif de mixité sociale ;
- favoriser la densification des dents creuses, en harmonie avec le bâti existant dans l'environnement du projet.

C'est au regard des finalités poursuivies qu'ont été prévues les conditions de cette dérogation qui tiennent, d'une part, aux projets susceptibles d'être concernés et, d'autre part, aux règles auxquelles il peut être dérogé.

a) Projets concernés

Aux termes des dispositions précitées, la dérogation « dent creuse » n'est susceptible d'être accordée que pour des projets présentant deux séries de caractéristiques.

² V. toutefois, examinant la possibilité qu'un projet faisant l'objet d'une déclaration préalable puisse bénéficier d'une dérogation au titre de l'article L. 152-6, CAA 9 fév. 2021 n°19DA02111 (jugeant en l'espèce que le projet ne peut en bénéficier, faute de contribuer à l'objectif de mixité sociale).

³ V. annexe de la fiche introductive (tableau récapitulatif).

1-La première tient à la **nature du projet** : celui-ci doit consister dans la **réalisation d'une construction destinée principalement à l'habitation**.

1.1 Il en résulte, d'une part, que sont concernées les constructions nouvelles faisant l'objet d'un permis de construire. La question se pose de savoir si sont également susceptibles d'entrer dans le champ d'application de cette dérogation les travaux réalisés sur une construction existante. Au regard de l'objectif poursuivi, la réponse doit à notre sens être affirmative, dès lors que ces travaux conduisent à la création de surfaces de plancher destinées principalement à l'habitation, constituant un ou plusieurs logements nouveaux, et relevant du permis de construire, tels des travaux de surélévation d'un immeuble conduisant à créer un ou plusieurs nouveaux logements.

1.2 D'autre part, la construction doit être destinée « principalement » à l'habitation, mais, a contrario, non exclusivement. Les solutions retenues par la jurisprudence relativement à l'application de l'article R. 811-1-1 du Code de justice administrative⁴ nous paraissent à cet égard pouvoir être transposées pour l'interprétation de l'article L. 152-6, dès lors qu'elles poursuivent l'objectif commun de lutter contre la crise du logement dans les zones tendues.

La construction doit donc, tout d'abord, être au moins en partie destinée à l'habitation. A l'instar de ce qu'a observé Xavier Couton relativement à la mise en œuvre de l'article R. 811-1-1 du CJA⁵, il nous paraît qu'il convient de se référer à la liste des destinations et sous-destinations figurant aux articles R. 151-27 et R. 151-28 du Code de l'urbanisme.

➤ *Référence à la liste des destinations et sous-destinations du Code de l'urbanisme*

Pour rappel, en application de ces dispositions, la destination « habitation » comprend les sous-destinations « logement »⁶ et « hébergement »⁷.

Ainsi, ne correspondent pas à la destination « habitation » une tente démontable destinée à accueillir des réceptions (CE, 9 oct. 2015, Virchien, n° 293032) ni une résidence hôtelière de tourisme (CE, 29 déc. 2014, Cne de Poussan, n° 285051).

En revanche, comme il l'a été admis pour l'application de l'article R. 811-1-1 du CJA, sont susceptibles de bénéficier de la dérogation « dent creuse », un permis de construire une résidence sociale destinée à l'hébergement d'adultes autistes (CE, ch. réunies, 22 nov. 2019,

⁴ Pour rappel, cet article prévoit que : « Les tribunaux administratifs statuent en premier et dernier ressort sur les recours contre les permis de construire ou de démolir un bâtiment à usage principal d'habitation ou contre les permis d'aménager un lotissement lorsque le bâtiment ou le lotissement est implanté en tout ou partie sur le territoire d'une des communes mentionnées à l'article 232 du code général des impôts et son décret d'application (...). Les dispositions du présent article s'appliquent aux recours introduits entre le 1er décembre 2013 et le 31 décembre 2022. »

⁵ Note sous CE, 26 févr. 2021, n° 443224, Sté Neretzat : Constr.-Urb. n° 4, avril 2021, comm. 49.

⁶ L'arrêté du 10 novembre 2016 précise comprend « les constructions destinées au logement principal, secondaire ou occasionnel des ménages à l'exclusion des hébergements couverts par la sous-destination « hébergement » et qu'elle intègre intègre, sans les distinguer, tous les statuts d'occupation : propriétaire, accédant, locataire, occupant à titre gratuit, et tous les logements quel que soit leur mode de financement (...). »

⁷ Selon l'arrêté du 10 novembre 2016, cette sous-destination recouvre notamment les maisons de retraite, les résidences universitaires, les foyers de travailleurs et les résidences autonomie.

n° 420948, Cne Paris ; CE, 30 déc. 2020, n° 432561, Sté Lapeyre⁸) ou portant sur une résidence pour étudiants (CE, ch. réunies, 17 déc. 2020, n° 432561) ou encore sur une résidence destinée à héberger de façon durable des personnes âgées (CE, 5^e ch., 28 sept. 2020, n° 430969, Sté Thérésianum Carmélites).

➤ *Cas des PLU non « alurisés »*

Dans l'hypothèse où le PLU a été élaboré ou révisé avant le 1^{er} janvier 2016, la question se pose de savoir à quelle destination et éventuellement sous-destination il convient de se référer pour apprécier si une construction est à destination d'habitation.

En effet, la réforme des destinations entrée en vigueur à cette date a vocation à s'appliquer uniquement aux PLU dont l'élaboration ou la révision a été prescrite postérieurement⁹ et qui sont en conséquence qualifiés dans la pratique de PLU « alurisés ». Le point de savoir si une destination est ou non admise (notamment à l'occasion d'un changement de destination) dépend donc de la date à laquelle le PLU a été élaboré ou révisé : pour les PLU non « alurisés », il convient de se référer à la nomenclature des destinations de l'ancien article R. 123-9, éventuellement précisée par le PLU, alors que la réglementation dans les PLU « alurisés » s'appuie sur les nouvelles destinations et sous-destinations énumérées aux articles R. 152-27 et R. 151-28¹⁰.

Le contrôle du respect des règles de fond posées par le PLU en matière de destinations dépend donc de la date à laquelle le PLU a été élaboré ou révisé.

En revanche, cette distinction est moins évidente s'agissant de la détermination du régime d'autorisation applicable à un projet. En effet, les articles définissant le champ d'application des procédures de permis de construire et de déclaration préalable (R. 421-14 c et R. 421-17 b) font référence aux articles R. 151-27 et R. 151-28, et donc aux nouvelles destination, sans que soit réservé le cas des communes couvertes par un PLU « non alurisé ». C'est la raison pour laquelle la doctrine considère généralement que le régime d'autorisation applicable est déterminé au regard des nouvelles destinations et sous-destinations, y compris dans les PLU « non alurisés » qui réglementent sur la base de la nomenclature de l'ancien article L. 123-9. Et c'est la solution retenue par la cour administrative d'appel de Paris dans un arrêt remarqué¹¹, confirmé par le Conseil d'Etat¹².

⁸ Le Conseil d'Etat considère qu'en « jugeant que la construction projetée, consistant en une résidence pour étudiants comportant 67 logements, constituait une construction destinée principalement à l'habitation au sens du 5° de l'article L. 152-6 du code de l'urbanisme, le tribunal administratif, qui n'a pas commis d'erreur de droit en se référant à la classification opérée par l'article R. 151-28 du code de l'urbanisme et a suffisamment motivé son jugement, s'est livré à une appréciation souveraine des faits de l'espèce, exempte de dénaturation ».

⁹ Art. 12 du décret n° 2015-1783 du 28 décembre 2015. Il est toutefois prévu que, lorsque l'élaboration ou la révision du PLU a été prescrite avant le 31 décembre 2015, l'EPCI ou la commune peut décider d'appliquer le nouveau régime par une délibération expresse qui intervient au plus tard lorsque le projet de plan a été arrêté.

¹⁰ V. à titre d'exemple la réponse ministérielle n° 10573 du 23 mai 2019.

¹¹ CAA Paris, 20 mai 2021, n°19PA00986.

¹² CE, 7 juillet 2022, n° 459789.

Cela étant, s'agissant d'apprécier les conditions d'application des règles du PLU, les dispositions de l'article L. 152-6 nous paraissent devoir être appliquées à l'aune des dispositions de l'ancien article L. 123-9 pour les PLU non « alurisés ». De sorte que la condition tenant à ce que la construction objet de la demande de dérogation ait une destination principale d'habitation doit être appréciée au regard des précisions éventuellement apportées par le PLU. Ainsi, quand bien même la destination d'une maison de retraite ou d'une résidence pour personnes âgées correspond dans la nouvelle nomenclature à la destination « habitation », cette condition ne peut être considérée comme remplie si le PLU doit être considéré comme faisant entrer ce type d'établissement dans l'ancienne catégorie des CINASPIC¹³.

La référence à la nomenclature de l'ancien article R. 123-9, le cas échéant précisée par le PLU, pour l'appréciation de la destination d'habitation au sens de l'article L. 152-9 appelle néanmoins une confirmation par le Conseil d'Etat. A cet égard, l'arrêt Société Lapeyre rendu par ce dernier (CE, 30 déc. 2020, Sté Lapyere, n° 432561) sème le trouble. Dans cette affaire, il a en effet été admis qu'une mesure de régularisation intervenue en application de l'article L. 600-5-1 pouvait être prise au bénéfice d'une dérogation de l'article L. 156-2. Or, dans cette espèce, bien que l'arrêt ne le précise pas, la mesure de régularisation est intervenue alors que le PLU alors applicable n'était pas « alurisé »¹⁴. Or, le Conseil d'Etat a considéré que le tribunal administratif n'avait pas commis d'erreur de droit en se référant à la classification opérée par l'article R. 151-28 du code de l'urbanisme pour considérer qu'une résidence pour étudiants constituait une construction destinée principalement à l'habitation. De la même manière, plus récemment, pour l'application d'une servitude de mixité sociale (C. urb., art. L. 151-15), le Conseil d'Etat a là aussi considéré qu'une cour administrative d'appel n'avait pas commis d'erreur de droit en jugeant qu'une résidence services seniors relevait d'une vocation d'hébergement et non de logement au sens des dispositions du PLU applicable, alors même que les juges d'appel ont « pris appui sur les dispositions d'un arrêté du 10 novembre 2016 définissant les destinations et sous-destinations des constructions (...) postérieur à l'édiction du plan local d'urbanisme » de la commune¹⁵.

1.3 Enfin, la destination d'habitation doit constituer la destination « principale » de la construction projetée. Pour l'appréciation du caractère « principalement » affecté à l'habitation de la construction, il est possible là encore de se référer aux critères retenus par le juge administratif pour déterminer si un bâtiment est « à usage principal d'habitation » et entre dans le champ d'application de l'article R. 811-1-1 du CJA, dans l'hypothèse où un bâtiment

¹³ A titre d'exemples : CE, 13 février 2013, n° 346554, « Commune de La Baule Escoublac c/ SARL Batisol Promotion » ; CAA Paris, 8 fév. 2019, n° 16PA03503. A l'inverse, est un immeuble d'habitation et non un équipement collectif d'intérêt général au sens des prescriptions du POS de Colombes une résidence pour personnes âgées, au regard notamment des conditions d'autonomie que doivent satisfaire les personnes qui désirent s'y établir (CAA Versailles, 5 nov. 2010, n° 09VE03155).

¹⁴ Le projet était situé sur la commune de La Rochelle où l'établissement d'un PLUi a été engagée par la Communauté d'agglomération de La Rochelle avant le 1^{er} janvier 2016, le conseil communautaire ayant néanmoins décidé par délibération du 24 janvier 2019 d'intégrer les nouvelles dispositions issues de la réforme de 2016. Le PLUi ainsi « alurisé » a été approuvé le 19 décembre 2019. Or, le permis de régularisation délivré au bénéfice d'une dérogation de l'article L. 152-6 datait du 16 novembre 2018.

¹⁵ CE, 13 déc. 2021, Sté Les Prés Briard et a., n° 443815 : Constr.-Urb. 2022, comm. 4, note L. Santoni.

comporte plusieurs destinations. A cet égard, il y a lieu de prendre en compte les surfaces de plancher affectées à l'habitation, lesquelles doivent être supérieures à celles affectées à d'autres destinations¹⁶. Ce critère avait été proposé par le rapporteur public Monsieur Xavier Domino dans ses conclusions sous l'arrêt Akerys Promotion(préc.) : le terme « principal » doit s'apprécier dans son sens littéral, comme signifiant « majoritairement », au regard de la surface de plancher dont la construction est autorisée par le permis de construire délivré.

1.4 La circonstance que la construction projetée soit destinée principalement à l'habitation ne suffit toutefois pas. Encore faut-il, en effet, que la dérogation respecte un objectif de mixité sociale. Les fiches techniques publiées par le ministère en charge de l'urbanisme ont précisé que cet objectif « s'entend à la fois en termes de diversité des programmes immobiliers (accession, social, intermédiaire) mais aussi de populations (étudiants, personnes âgées...) »¹⁷.

De ce point de vue, le Conseil d'Etat a précisé qu'« il résulte des dispositions de l'article L. 152-6 du code de l'urbanisme que le respect de l'objectif de mixité sociale auquel est subordonnée la dérogation qu'elles permettent doit être apprécié tant au regard de la nature du projet que de sa zone d'implantation »¹⁸.

Deux considérations entrent donc en ligne de compte pour l'appréciation du respect de l'objectif de mixité sociale :

- la première tient à la nature du projet ; ainsi il a été jugé qu' « il ne ressort pas des pièces du dossier que la construction projetée, qui constitue une extension visant à améliorer le confort d'usage d'une maison d'habitation, contribuerait à un objectif de mixité sociale permettant de justifier cette dérogation »¹⁹. L'objectif de mixité sociale suppose, en effet, que le projet contribue à un rééquilibrage entre différentes catégories de logements ou d'hébergements. Ce rééquilibrage ne peut par hypothèse s'opérer que si le projet aboutit en particulier à la création d'un ou de plusieurs logements/hébergements, soit dans le cadre d'une construction nouvelle soit dans le cadre de l'extension d'un bâtiment existant (par exemple une maison de retraite, pour créer de nouvelles chambres).
- la deuxième tient à la zone d'implantation du projet ; elle suppose a priori qu'aient été identifiées des zones dans lesquelles un déséquilibre existe entre les différentes catégories de logement ou d'hébergement. Cette identification peut être réalisée dans le PLU, par l'institution d'une servitude de logements sociaux. Mais, l'article L. 152-6 ne subordonnant pas la mise en œuvre de la dérogation « dent creuse » à la délimitation dans le PLU des zones où est constaté un tel déséquilibre, tout autre document permettant de localiser des zones où existe soit un déficit d'un type de logement ou d'hébergement (tel qu'un programme local de l'habitat) devrait pouvoir constituer une référence pour une dérogation au titre de l'objectif de mixité

¹⁶ CE, 20 mars 2017, Driassa, Sté Akerys Promotion, n° 401463, JCP A 2017, n° 13, act. 246.- CE, 1re ch., 30 déc. 2020, n° 439043, Sté Otrante.

¹⁷ Fiche technique de présentation générale de la dérogation-logement.

¹⁸ CE, 17 déc. 2020, Sté Lapeyre, n° 432561.

¹⁹ CAA Douai, 9 fév. 2021 n°19DA02111.

sociale. Il ne paraît toutefois pas exclu d'apprécier le déficit à l'échelle du territoire communal (par exemple pour constater l'absence de structure d'accueil des personnes âgées).

Le respect de l'objectif de mixité sociale relève de l'appréciation souveraine des juges du fond²⁰.

2. La deuxième caractéristique à laquelle les projets doivent répondre tient à la configuration de leur implantation. Il résulte des termes mêmes de cette disposition en effet que la dérogation ne peut être accordée que pour un **projet contigu au moins sur l'une de ses façades à un bâtiment existant**, l'objectif étant de permettre la densification des dents creuses pour des projets contribuant à la production de logements.

Cela étant, d'une part, la dérogation ne peut permettre de dépasser la hauteur de la construction existante contigüe, calculée à son faitage²¹.

Si l'objectif est bien de permettre un alignement sur la hauteur des constructions voisines, que le PLU ne permettrait en principe pas, la question a été posée par la doctrine de savoir, dans l'hypothèse où la future construction prend place entre des immeubles de hauteur différente, laquelle de ces hauteurs constituera la référence²². Les illustrations figurant dans la fiche technique du ministère vont dans le sens de la prise en considération de la hauteur maximale.

D'autre part, l'octroi de la dérogation est subordonnée à la condition de l'intégration harmonieuse de la construction dans le milieu urbain environnant.

b) Règles auxquelles il peut être dérogé

Le 1° de l'article L. 152-6 permet de déroger aux seules règles « relatives au gabarit et à la densité ».

La notion de « gabarit » n'est pas définie par le Code de l'urbanisme. Le « gabarit » d'une construction constitue en fait le résultat de la combinaison entre différentes règles (hauteur, implantation, emprise au sol...). La fiche technique relative à la dérogation prévue par le 1° de l'ancien article L. 123-5-1 publiée par le ministère précise que, l'objectif étant de permettre un dépassement des règles de hauteur, la dérogation peut uniquement porter sur les règles susceptibles d'impacter sur cette dernière, en particulier celles relatives à l'implantation des constructions par rapport aux limites séparatives, à l'implantation des constructions les unes par rapport aux autres sur une même propriété, ainsi que celles relatives à la hauteur. S'agissant des règles d'implantation, la même fiche technique limite les dérogations à celles des règles déterminées par le rapport entre la distance (aux tiers ou aux autres constructions sur la même

²⁰ CE, 17 déc. 2020, Sté Lapeyre, n° 432561.

²¹ Certains auteurs se montrent très critiques quant à la pertinence de cette interdiction (V. G. GODFRIN, *Dérogations d'urbanisme : la fin d'un tabou ?*, DAUH 2014, n° 18, p. 77).

²² Couton X., *Développement de la construction de logement : les réformes se suivent... et se ressemblent*, Constr.-Urb. 2013, comm. 19.

propriété) et la hauteur du bâtiment, affirmant l'obligation de respecter les retraits minimums exprimés en mètres dans le PLU puisque ceux-ci sont sans lien avec la hauteur des constructions.

La définition fournie par le Lexique national après la publication de cette fiche technique ne remet pas en cause le principe même, logique, de la prise en considération de l'objet de la dérogation (qui porte sur la hauteur du bâtiment) pour déterminer celles des règles relatives au gabarit auxquelles il peut être dérogé. Selon cette définition : « Le gabarit désigne l'ensemble des plans verticaux, horizontaux ou obliques constituant la forme extérieure de la construction. Il résulte de la combinaison des règles de hauteur, de prospects et d'emprise au sol ». Relativement à cette définition, le Ministère de la cohésion des territoires a précisé que : « La notion de gabarit s'entend comme la totalité de l'enveloppe d'un bâtiment, comprenant sa hauteur et son emprise au sol. Le gabarit permet d'exprimer la densité en termes volumétriques, en définissant des formes bâties conformes aux limites de dimensions que doivent respecter les édifices dans une zone donnée. Il peut ainsi être utilisé pour octroyer des bonus de constructibilité. »²³

Quant à la notion de « densité », d'autre part, elle résultait de l'application du COS supprimé par la loi ALUR. Le maintien de cette notion à l'ancien article L. 123-5-1 et désormais à l'article L. 152-6 s'explique par la nécessité de permettre des dérogations au COS pendant la période séparant l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 3 octobre 2013 de la promulgation de la loi ALUR ainsi que par la volonté de laisser ouverte cette possibilité, après cette date, pour les demandes d'autorisation déposées sur les territoires couverts par un POS, ce que confirment l'instruction du 28 mai 2014 et les fiches techniques publiées par l'Administration centrale.

Cela étant, la notion de densité de construction n'a pas disparu du Code de l'urbanisme. L'article R. 111-21 la définit toujours comme « le rapport entre la surface de plancher de cette construction et la surface de terrain sur laquelle elle est ou doit être implantée ». En l'absence de COS applicable, la surface de plancher réalisable (et en conséquence la densité de construction au regard de la surface du terrain d'assiette) est le résultat de la combinaison entre les règles de hauteur, de prospect, d'emprise au sol. Parmi ces règles qui déterminent ainsi la densité de construction, c'est uniquement à celles qui dépendent de la hauteur de la construction qu'il pourra être dérogé.

2°) La dérogation « surélévation » (art L. 152-6 2°)

En application du 2° de l'article L. 152-6, l'autorité compétente peut : « *Dans le respect d'un objectif de mixité sociale, déroger aux règles relatives à la densité et aux obligations en matière de création d'aires de stationnement pour autoriser la surélévation d'une construction achevée depuis plus de deux ans, lorsque la surélévation a pour objet la création de logement ou un agrandissement de la surface de logement.* »

²³ Fiche technique n° 13 relative à la modernisation du plan local d'urbanisme.

a) Projets concernés

Le projet doit consister en une surélévation. Et cette surélévation doit avoir pour objet la création de logement ou un agrandissement de la surface de logement, soit dans tous les cas la création de surfaces de logement.

➤ *Un projet créant des surfaces de logement*

La question peut se poser de savoir ce qu'il convient d'entendre par « logement » au sens de ces dispositions.

Le Code de la construction et de l'habitation assimile l'habitation au logement. L'article R. 111-1 de ce Code prévoit en effet que :

« Constituent des bâtiments d'habitation au sens du présent chapitre les bâtiments ou parties de bâtiment abritant un ou plusieurs logements, y compris les foyers, tels que les foyers de jeunes travailleurs et les foyers pour personnes âgées, à l'exclusion des locaux destinés à la vie professionnelle lorsque celle-ci ne s'exerce pas au moins partiellement dans le même ensemble de pièces que la vie familiale et des locaux auxquels s'appliquent les articles R. 123-1 à R. 123-55, R. 152-4 et R. 152-5.

Un logement ou habitation comprend, d'une part, des pièces principales destinées au séjour ou au sommeil, éventuellement des chambres isolées et, d'autre part, des pièces de service, telles que cuisines, salles d'eau, cabinets d'aisance, buanderies, débarras, séchoirs, ainsi que, le cas échéant, des dégagements et des dépendances. »

Et, dans l'état du droit antérieur au 1^{er} janvier 2016, logement et habitation n'étaient pas distingués au sein de l'unique destination d' « habitation » et ne pouvaient donc recevoir de traitement différent ; sauf à ce que le PLU ait fait entrer certaines surfaces dans la destination de CINASPIC en particulier (v. supra).

Mais, au regard des nouvelles destinations et sous-destinations issues de la réforme de 2016, la notion de logement est plus restrictive que celle d'habitation puisque le logement est regardé comme une sous-destination de la destination « habitation », distincte de la sous-destination « hébergement ». Aussi, dans les PLU « alurisés », les dérogations prévues au 2^o de l'article 152-6 ne peuvent-elles concerner que des surfaces entrant dans la sous-destination de « logement » (à l'exclusion donc de celles entrant dans la sous-destination « hébergement ») ou bien la notion de logement peut-elle être entendue plus largement, dans le sens de la définition donnée par le Code de la construction et de l'habitation ? Au regard du principe d'indépendance des législations, la référence à la sous-destination de « logement » paraît s'imposer.

En ce sens, il convient d'ailleurs de relever que relativement aux obligations en matière de stationnement que le PLU peut imposer, le Code de l'urbanisme fait lui-même cette distinction entre logement et hébergement. Les articles L. 151-34 et L. 151-35 plafonnent en effet ces obligations pour certaines catégories de constructions (logements locatifs financés avec un prêt aidé de l'Etat, logements locatifs intermédiaires, établissements assurant l'hébergement

des personnes âgées et résidences universitaires) et l'article R. 151-46 précise que, pour l'application de ces dispositions, trois places « d'hébergement » d'un établissement d'hébergement pour personnes âgées dépendantes ou d'une résidence universitaires « équivalent à un logement ».

- *Un projet consistant en la surélévation d'un bâtiment achevé depuis plus de deux ans*

La construction sur laquelle est réalisée la surélévation doit être achevée depuis plus de deux ans.

A défaut de précision dans le texte, la date d'achèvement doit être entendue comme celle à laquelle a été reçue la déclaration d'achèvement des travaux (DAT). On ne peut toutefois exclure que le juge administratif considère que, lorsque l'achèvement matériel de la construction est en fait postérieur à la DAT, il convient de retenir la date de la fin d'exécution réelle des travaux.

La question se pose de savoir si ce délai de deux ans doit être atteint à la date de dépôt de la demande d'autorisation comportant la demande de dérogation ou bien à la date de délivrance de cette autorisation. En effet, pour l'application des 1° et 2° de l'article L. 152-5 ouvrant la possibilité de dérogations pour l'isolation par l'extérieur de constructions existantes, le Code de l'urbanisme prévoit que les constructions doivent être achevées depuis plus de deux ans « à la date du dépôt de la demande de dérogation » (C. urb., art. R. 152-5). Aucune disposition similaire n'est en revanche prévue pour la dérogation du 2° de l'article L. 152-6. Or, le principe étant que la légalité d'une autorisation d'urbanisme est appréciée à la date de sa délivrance, la légalité de la dérogation au bénéfice de laquelle cette autorisation est délivrée est appréciée à la même date : de sorte que c'est à cette date que la condition tenant à l'achèvement de la construction depuis plus de deux ans doit être remplie.

- *Un projet respectant l'objectif de mixité sociale*

L'octroi de la dérogation doit en outre respecter l'objectif de mixité sociale. Comme il a été observé précédemment, cela suppose que le projet contribue à un rééquilibrage entre différentes catégories de logements présents dans la zone où il doit être réalisé (v. supra). Si la création de logement peut indiscutablement aboutir à ce résultat, cela est beaucoup moins évident s'agissant de l'agrandissement de la surface d'un logement existant qui généralement vise à améliorer le confort de ses occupants.

b) Règles auxquelles il peut être dérogé

La dérogation peut concerner deux catégories de règles : celles relatives à la densité (sur ce point v. supra)²⁴, d'une part, celles relatives aux obligations en matière de stationnement, d'autre part.

²⁴ Dans la même logique que pour la dérogation prévue au 1° de l'article L. 152-6, les règles auxquelles il peut être dérogé doivent dépendre de la hauteur de la construction, l'objet de la dérogation du 2° de l'article L. 152-6 étant d'en permettre la surélévation.

Si le projet est contigu à une autre construction, il peut également bénéficier de la dérogation « dent creuse » prévue au 1° de l'article L. 152-6 pour permettre la surélévation à dépasser la hauteur maximale résultant des règles du PLU (v. supra).

Par ailleurs, de manière complémentaire, l'article L. 112-13 du Code de la construction et de l'habitation prévoit que, pour un projet d'extension verticale d'un bâtiment achevé depuis plus de deux ans et répondant aux conditions du premier alinéa de l'article L. 152-6, le préfet peut accorder des dérogations pour l'application des articles L. 111-4 en ce qu'il concerne les dispositions relatives à l'isolation acoustique, aux brancards, aux ascenseurs, à l'aération, à la protection des personnes contre l'incendie et aux lignes de communications électroniques à très haut débit en fibre optique, L. 111-7-1, L. 111-9 et L. 111-11. L'octroi de ces dérogations aux règles de constructions est néanmoins subordonné à des conditions strictes. En outre, l'article L. 112-13 précise que la décision accordant la dérogation peut être assortie de prescriptions particulières et imposer des mesures compensatoires au maître d'ouvrage.

Ces dispositions reprennent en substance celles, introduites par l'ordonnance du 3 octobre 2013, qui figuraient à l'article L. 111-4-1 du Code de la construction et de l'habitation avant le 1^{er} juillet 2021.

c) Limites

Selon l'article R. 152-9, la surélévation doit être adaptée au mode constructif et aux caractéristiques techniques et architecturales de la façade ou de la toiture et ne doit pas porter atteinte à la qualité architecturale du bâtiment et à son insertion dans le cadre bâti environnant.

3°) La dérogation « transformation en habitation »

Le 3° de l'article L. 152-6 ouvre la possibilité de : « *Déroger aux règles relatives à la densité et aux obligations en matière de création d'aires de stationnement et, dès lors que la commune ne fait pas l'objet d'un arrêté au titre de l'article L. 302-9-1 du code de la construction et de l'habitation, aux règles adoptées en application de l'article L. 151-15 du présent code, pour autoriser la transformation à usage principal d'habitation d'un immeuble existant par reconstruction, rénovation ou réhabilitation, dans la limite d'une majoration de 30 % du gabarit de l'immeuble existant* ».

a) Projets concernés

La dérogation ne peut dans ce cas être accordée que pour un projet de transformation d'un immeuble existant à usage principal d'habitation, par reconstruction, rénovation ou réhabilitation (sur la notion d'usage « principal » d'habitation, v. supra).

b) Règles auxquelles il peut être dérogé

Il peut être dérogé à deux séries de règles :

-celles relatives à la densité (sur la notion de densité, v. supra), dans la limite d'une majoration de 30% du gabarit de l'immeuble existant ;

-celles relatives aux obligations en matière de création d'aires de stationnement.

En revanche, comme l'a précisé le ministère en charge de l'urbanisme dans l'instruction du 28 mai 2014, cette dérogation est ouverte « pour les projets de transformation, ou démolition/reconstruction d'immeubles existants de tous types, en immeubles à destination principale d'habitation, dès lors que la zone dans laquelle ils se situent autorise les constructions à usage d'habitation ». Il ne peut donc être dérogé aux règles relatives aux destinations admises ou interdites dans la zone.

4°) La dérogation « desserte par les transports publics »

En application du 4° de l'article L. 152-6, l'autorité compétente pour délivrer le permis peut « *Déroger en tout ou partie aux obligations de création d'aires de stationnement applicables aux logements lorsque le projet de construction de logements est situé à moins de 500 mètres d'une gare ou d'une station de transport public guidé [métro, tramway, bus guidé] ou de transport collectif en site propre [c'est-à-dire un système de transport public de voyageurs utilisant une voie ou un espace affectés à sa seule exploitation], en tenant compte de la qualité de la desserte, de la densité urbaine ou des besoins propres au projet au regard des capacités de stationnement existantes à proximité* ».

Selon l'instruction du Gouvernement du 28 mai 2014 (préc.), cette disposition ouvre la possibilité à l'autorité compétente pour délivrer le permis de construire d' « adapter les obligations en matière de stationnement pour n'exiger que le nombre de places strictement nécessaire au regard de critères liés aux conditions réelles de desserte et donc d'accessibilité aux zones d'emploi et aux équipements, aux caractéristiques du tissu urbain existant, aux possibilités de stationnement dans le quartier et aux besoins générés par le projet lui-même ». Ainsi que le rappelle la fiche technique traitant de ce cas de dérogation, il est ainsi acté de ce que des règles excessivement exigeantes en termes de stationnement conduisent à une augmentation du coût des projets de construction qui peut entraîner leur abandon ou leur commercialisation à des coûts prohibitifs, alors par ailleurs que ces obligations ne sont plus nécessairement adaptées aux modes de déplacement des riverains dans les secteurs desservis pas les transports en commun.

a) Projets concernés

Le projet doit consister en la construction de logements (sur la notion de logement, v. supra).

Une condition essentielle tient à son implantation, à moins de 500 m d'une gare ou d'une station de transport public guidé²⁵ ou de transport collectif en site propre²⁶. Il s'agit d'une condition d'ordre factuel, indépendante de la délimitation de ces périmètres dans le PLU, dans des documents graphiques figurant généralement en annexe du plan²⁷, même si une telle délimitation facilite l'identification a priori des terrains où la dérogation est susceptible d'être accordée. Cette condition appelle deux séries d'observations :

- d'une part, c'est la gare ou la station de transport qui constitue le point de référence autour duquel le périmètre de 500 mètres s'applique, et non l'ensemble des voies ou espaces de circulation du matériel de transport ;
- d'autre part, la question se pose de savoir s'il est possible de tenir compte de la réalisation d'une future « gare » ou « station » dans un rayon de moins de 500 mètres du projet pour accorder la dérogation. A cet égard, la jurisprudence relative à l'application de l'article L. 111-11 paraît transposable : la prise en considération d'équipements futurs suppose que la réalisation de ces équipements ait été actée, qu'elle soit certaine, et en particulier que l'autorité compétente soit en mesure d'indiquer par qui et dans quel délai cet équipement sera réalisé (CE, 8 juill. 2019, n° 418292).

b) Règles auxquelles il peut être dérogé

Il ne peut être dérogé qu'aux seules obligations en matière de stationnement applicables aux logements.

Il convient de rappeler que le Code de l'urbanisme interdit aux PLU d'imposer la réalisation de plus d'une aire de stationnement lors de la construction de logements locatifs financés avec un prêt aidé de l'Etat ou de logements locatifs intermédiaires (C. urb., art. L. 151-34) et que cette obligation est réduite à 0,5 aire de stationnement par logement lorsque ces logements sont situés à moins de 500 mètres d'une gare ou d'une station de transport collectif guidé ou de transport collectif en site propre et que la qualité de la desserte le permet (C. urb., art. L. 151-35)²⁸.

²⁵ Sont dénommés "transports guidés" tous les appareils de transports publics guidés urbains de personnes (métros, tramways sur fer ou sur pneus et autres systèmes de transports guidés urbains) et les systèmes de transports publics guidés non urbains de personnes à vocation touristique ou historique à l'exception de ceux relevant du réseau ferré national (chemins de fer touristiques ou historiques, draines à pédales et autres systèmes de transports guidés à vocation touristique ou historique). Le matériel est guidé par l'infrastructure.

²⁶ Selon la définition donnée par le ministère sur son site internet, « Il s'agit d'un système de transport public de voyageurs, utilisant une voie ou un espace affectés à sa seule exploitation, bénéficiant généralement d'une priorité aux feux et fonctionnant avec des matériels allant des autobus aux métros, en passant par les tramways. »

²⁷ V. à titre d'exemple l'annexe 2 de la partie 1 du règlement du PLU de l'établissement public territorial Grand Paris Seine & Oise approuvé le 20 janvier 2020.

²⁸ Ce plafonnement est également applicable aux établissements assurant l'hébergement des personnes âgées et aux résidences universitaires mais qui correspondent à la sous-destination d'hébergement distincte de celle

Aussi, lorsque dans ce périmètre de 500 mètres le PLU prévoit des obligations supérieures pour les catégories de logements visées, et si le projet porte sur des logements entrant dans ces catégories, ce n'est pas au regard des obligations du PLU que la dérogation est accordée mais au regard des obligations résultant du plafond de 0,5 aire de stationnement par logement fixé à l'article L. 151-35.

5°) La dérogation « habitation »

En application du 5° de l'article L. 152-6, l'autorité compétente peut : « *Dans le respect d'un objectif de mixité sociale, déroger aux règles de retrait fixant une distance minimale par rapport aux limites séparatives, dans des conditions précisées par décret en Conseil d'Etat, pour autoriser une construction destinée principalement à l'habitation, sous réserve que le projet s'intègre harmonieusement dans le milieu urbain environnant* ».

L'article R. 152-4 ajoute que les dérogations ainsi mentionnées sont accordées « *dans la limite des règles fixées en application de l'article R. 111-17* ».

a) Projets concernés

La dérogation du 5° de l'article L. 152-6 vise uniquement les constructions destinées principalement à l'habitation (sur cette notion, v. supra).

b) Règles auxquelles il peut être dérogé

La dérogation concerne uniquement les règles de retrait fixant une distance minimale par rapport aux limites séparatives.

c) Limites imposées

D'une part, le projet doit s'intégrer « harmonieusement » dans le milieu urbain environnant.

D'autre part, l'article R. 111-7 est applicable, qui prévoit que « la distance comptée horizontalement de tout point (du) bâtiment au point de la limite parcellaire qui en est le plus rapproché doit être au moins égale à la moitié de la différence d'altitude entre ces deux points, sans pouvoir être inférieure à trois mètres ».

Enfin, le projet doit respecter l'objectif de mixité sociale (v. supra).

6°) La dérogation « espaces extérieurs »

La loi Climat et résilience du 22 août 2021 a introduit au 6° de l'article L. 152-6 une disposition permettant d'accorder « *une dérogation supplémentaire de 15 % des règles relatives au gabarit pour les constructions contribuant à la qualité du cadre de vie, par la création d'espaces extérieurs en continuité des habitations, assurant un équilibre entre les espaces construits et*

de « logement », et qui pour cette raison ne semblent pas concernés par la dérogation du 4° de l'article L. 152-6.

les espaces libres. Cette dérogation supplémentaire ne peut concourir à excéder 50 % de dépassement au total. »

Cette nouvelle possibilité de dérogation doit permettre de mieux conjuguer densification et qualité de vie, en incitant à prévoir des espaces de type balcons, jardins...

Ces espaces de transition avec l'extérieur doivent se situer « en continuité des habitations » de sorte que le 6° de l'article L. 152-6 concerne uniquement des travaux relatifs à des constructions à destination d'habitation.

Le texte visant une dérogation « supplémentaire », il doit être entendu comme n'ouvrant cette possibilité de dérogation que si une autre dérogation de l'article L. 152-6 est accordée, la dérogation « espaces extérieurs » venant donc en sus de celle-ci . Cette interprétation est confortée par la précision selon laquelle cette dérogation supplémentaire peut atteindre 15% des règles relatives au gabarit mais sans pouvoir « concourir à excéder 50% de dépassement au total » ; en d'autres termes, cette dérogation « espaces extérieurs » conjuguée à une autre dérogation de l'article L. 152-6 ne peut aboutir à un dépassement supérieur.

Sur ce dernier point, il nous paraît que, dès lors que cette dérogation s'ajoute à une autre, le cumul ne peut concerner que des dérogations à des règles de même nature. Or, la dérogation « espaces extérieurs » ne permettant de s'écarter que des seules règles relatives au gabarit, ne peut a priori s'ajouter qu'à une autre dérogation aux mêmes règles ; ce qui exclut le cumul avec des dérogations à des règles qui n'impactent pas sur le gabarit telle que la dérogation aux obligations en matière de stationnement prévue au 4° de l'article L. 152-6.

4. Dérogation supplémentaire pour les projets architecturalement qualitatifs ou innovants

Outre les cumuls possibles entre dérogations de l'article L. 152-6 (V. sur ce point la fiche n° 8 relative aux cumuls de dérogations) la loi n° 2016-925 du 7 juillet 2016 relative à la liberté de création, à l'architecture et au patrimoine (art. 105) a prévu que les projets soumis à autorisation de construire bénéficiant d'une des dérogations énumérées à cet article et « dont la réalisation présente un intérêt public du point de vue de la qualité ainsi que de l'innovation ou de la création architecturales peuvent obtenir une dérogation supplémentaire aux règles relatives au gabarit et à la surface constructible », dans la limite toutefois de 5 % et après avis de la commission régionale du patrimoine et de l'architecture mentionnée à l'article L. 611-2 du Code du patrimoine (art. L. 152-6, dern. al.).

Selon l'exposé des motifs du projet de loi, dès lors que les dérogations de l'article L. 152-6 impactent « sur la forme urbaine des villes, notamment les surélévations et les transformations d'immeubles », il est « apparu nécessaire d'accompagner ces modifications par une incitation à la qualité architecturale, liant qualité des projets et création architecturale ». Et il était précisé que, « s'agissant de la notion de « qualité » elle ne doit pas être seulement rapportée à la

qualité esthétique ou à la forme architecturale du bâtiment. Plus largement, il s'agit de prendre en compte la qualité de la conception et la durabilité du bâtiment. »