

Construire sans autorisation
Analyse des arrêts du Tribunal fédéral de 2010 à 2016

FÉVRIER 1/2018

TERRITOIRE & ENVIRONNEMENT

LES DOSSIERS DU DÉVELOPPEMENT TERRITORIAL



Construire sans autorisation

Analyse des arrêts du Tribunal fédéral de 2010 à 2016

Le système complexe et coordonné de l'aménagement du territoire n'est rien si en bout de course, les constructeurs ne respectent pas les lois, les plans et les décisions rendues sur leur base.

Dans les cas de constructions illicites, l'autorité doit intervenir et prendre des mesures pour rétablir une situation conforme au droit. Elle doit aussi veiller à respecter les droits constitutionnels des particuliers, garantie de la propriété en première ligne, et respecter les principes constitutionnels (proportionnalité, bonne foi, égalité de traitement).

Ces droits et principes sont autant d'arguments à opposer à l'autorité dans le cadre d'un recours contre un ordre de remise en état. Le présent Territoire & Environnement présente les éléments à prendre en compte lors de la remise en état et explique en quoi ces moyens de défense ne parviennent que rarement à faire barrage aux intérêts publics à la remise en état.

1	Introduction	5
2	La réaction des autorités face à une construction illicite	6
2.1	Les mesures à disposition pour la remise en état	6
2.2	La prescription de la remise en état	7
2.2.1	La durée du délai	8
2.2.2	Le départ du délai	8
2.2.3	L'interruption du délai	8
3	La sévérité du Tribunal fédéral	10
4	Les raisons de cette sévérité	11
4.1	Un examen de proportionnalité limité	11
4.1.1	L'examen de la nécessité	11
4.1.2	La pesée des intérêts	15
4.2	L'égalité dans l'illégalité rarement reconnue	19
4.2.1	Des situations rarement comparables	19
4.2.2	La volonté de l'autorité de poursuivre sa pratique illégale	20
4.3	La protection de la confiance rarement accordée	22
4.3.1	Une autorité compétente ou paraissant l'être	22
4.3.2	Les actes de l'autorité pouvant fonder la protection de la confiance	24
	Les actes positifs	24
	Les omissions	25
4.3.3	La bonne foi du constructeur	26
4.3.4	La pesée des intérêts	28
4.4	Le lien entre proportionnalité et bonne foi	28
5	Le sort de la construction illicite épargnée	34
6	Conclusion	35

1 Introduction

Le droit de l'aménagement du territoire est depuis quelques années agité. Le dépôt de l'initiative pour le paysage en 2008, qui visait à lutter contre le mitage du territoire, prévoyait d'interdire par voie constitutionnelle l'extension de la surface totale des zones à bâtir durant vingt ans. Le Conseil fédéral y a répondu en 2010 par un contre-projet indirect ayant pour thème la maîtrise de l'urbanisation, entré en vigueur en 2014. La pression politique ne faiblit pas pour autant, notamment au vu de l'aboutissement le 29 novembre 2016 de l'initiative des Jeunes Verts «Stopper le mitage – pour un développement durable du milieu bâti (initiative contre le mitage)»¹. Son texte prévoit qu'il ne puisse être procédé à une mise en zone que si une surface de taille et de qualité équivalentes est simultanément déclassée en Suisse².

Si ces débats importants sur l'évolution du droit de l'aménagement et de la construction occupent les autorités, ces dernières sont aussi

confrontées quotidiennement à la difficulté de faire respecter le droit en vigueur. Le présent article³ s'intéresse précisément aux conséquences juridiques qu'entraînent des constructions dont on sait qu'elles sont illicites, et aux mesures que la commune ou le canton doit ou peut prendre pour les combattre. Il le fait à travers la jurisprudence du Tribunal fédéral, et observe que ce dernier présente une forte propension à trancher en faveur de la remise en état, indépendamment d'ailleurs du fait que la construction illicite se trouve hors de la zone à bâtir ou en son sein. L'étude d'arrêts individuels permet d'expliquer cette tendance.

Cette analyse est précédée d'une brève présentation des mesures à disposition des autorités pour réagir aux constructions illicites et de la problématique de la prescription. Ces mesures peuvent s'accompagner de sanctions, telles des amendes, qui ne sont pas traitées dans le présent article.

1 FF 2016 8297. Le Conseil fédéral en recommande le rejet: FF 2017 6405-6422.

2 Texte complet dans FF 2017 6423 s.

3 Condensé d'un mémoire de Master en droit consultable sur <http://www.vlp-aspan.ch/fr/themes/travaux-detude> (26.11.2017)

2 La réaction des autorités face à une construction illicite

En vertu du principe de la légalité (art. 5 al. 2 de la Constitution fédérale [Cst.]⁴), les autorités administratives, communes et cantons en première ligne, doivent intervenir lorsqu'elles apprennent l'existence d'une construction illicite⁵. Elles ne disposent pas de pouvoir d'appréciation sur cette question⁶. Cela ne préjuge encore en rien de l'issue de la procédure ainsi introduite.

En effet, avant de prendre des mesures de remise en état à proprement parler, l'autorité doit s'interroger sur la possibilité de régulariser la construction illicite. Si cette dernière respecte le droit mais n'a simplement pas été autorisée (construction formellement illicite), le seul choix est l'autorisation de construire ordinaire subséquente⁷. Si la construction n'est pas conforme au droit (construction matériellement illicite), l'autorité peut octroyer une autorisation dérogatoire subséquente, mais cela doit rester l'exception⁸. En outre, lorsque la prescription est acquise, l'autorité est paralysée (voir ch. 2.2).

2.1 Les mesures à disposition pour la remise en état

L'autorité, pour rétablir une situation conforme au droit, dispose de plusieurs instruments: l'ordre de démolition, l'interdiction d'utilisation et le concept d'utilisation.

L'ordre de démolition est dirigé vers la suppression de constructions ou d'installations contraires au droit ou de parties d'entre elles⁹. Il a une influence physique directe sur ces dernières et nécessite donc des travaux¹⁰.

L'interdiction d'utilisation, contrairement à l'ordre de démolition, ne concerne pas physiquement l'immeuble en cause, mais ne fait que restreindre les utilisations qui peuvent en être faites¹¹. Elle est souvent accompagnée d'ordres d'évacuation d'objets ou de matériaux¹², voire de mesures constructives (murage de fenêtres¹³, enlèvement de l'isolation, des canalisations d'eau¹⁴, etc.). Cette dernière solution paraît particulièrement indiquée pour les espaces qui en soi (du point de vue de la construction) sont licites mais dont l'utilisation, souvent

4 Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, RS 101.

5 BEELER URS RUDOLF, *Die widerrechtliche Baute*, thèse Zurich 1984 (cité: BEELER), p. 65.

6 BEELER, p. 66; RUOSS FIERZ MAGDALENA, *Massnahmen gegen illegales Bauen: unter besonderer Berücksichtigung des zürcherischen Rechts*, Thèse Zurich 1998 (cité: RUOSS FIERZ), p. 53.

7 ATF 123 II 248 (Oberägeri ZG) in RJ VLP-ASPAN n° 1473, c. 3.a.bb; arrêt du TF 1C_300/2016 du 16.05.2017 (Haute-rive NE), c. 4.1; DFJP/OFAT, *Etude relative à la loi fédérale sur l'aménagement du territoire*, Berne 1981, art. 22 N 16.

8 Sur la dérogation voir p.ex. arrêt du TF 1C_92/2015 du 18.11.2015, c. 4.

9 RUOSS FIERZ, 143.

10 BAUMANN ANDREAS, in: Baumann Andreas et al. (édit.), *Kommentar zum Baugesetz des Kantons Aargau*, Berne 2013, § 159 N 47; RUOSS FIERZ, p. 143.

11 RUOSS FIERZ, 143.

12 Arrêt du TF 1C_123/2014 du 13.03.2014 (Murgenthal AG), c. 1.

13 Arrêt du TF 1C_202/2012 du 08.01.2014 (Wolfwil SO) in RJ VLP-ASPAN n° 4620, c. A.

14 Arrêt du TF 1C_139/2014 du 17.03.2015 (Montreux VD) in RJ VLP-ASPAN n° 4769, c. B.

à des fins d'habitation, n'est pas admissible¹⁵ et rapproche l'interdiction d'utilisation de l'ordre de démolition.

Le concept d'utilisation¹⁶ est une mesure visant à réglementer l'utilisation qui est faite d'une construction au moyen de charges et conditions afin d'assurer le respect du droit de la construction, en particulier du droit de l'environnement. Dans ce cadre, l'autorité prend des mesures d'une grande diversité, qui ne concernent pas forcément la substance même du bâtiment, comme par exemple lorsqu'elle impose un nombre maximal d'occupants dans une entreprise bruyante ou limite les heures d'ouverture d'un bar aux pieds des pistes de ski¹⁷.

2.2 La prescription de la remise en état

La prescription est un principe général du droit¹⁸, qui trouve application même en l'absence d'une base légale expresse¹⁹. Elle se justifie par des considérations de sécurité du droit et, plus pragmatiquement, par la difficulté d'établir les faits après un certain temps²⁰. Elle est indépendante de la bonne foi du constructeur ou de considérations de proportionnalité²¹. Le Tribunal fédéral a déclaré en 1981 qu'elle s'appliquait aux ordres de remise en état de constructions illicites (voir ch. 2.2.1)²².

Certains intérêts publics permettent toutefois à l'autorité d'exiger une remise en état sans égards à l'écoulement du temps²³. Il s'agit avant tout d'intérêts de police (p.ex. protection des eaux²⁴, protection contre les avalanches²⁵). Le Tribunal fédéral a ajouté que d'autres intérêts publics impérieux pourraient justifier d'ordonner une remise en état indépendamment du temps écoulé, tels l'élimination d'atteintes importantes à l'environnement, aux sites construits et aux paysages²⁶. La séparation entre milieu bâti et non-bâti n'en fait pas partie (voir chapitre suivant).

Le délai de prescription n'est pas à disposition de l'autorité. En effet, dès que cette

dernière a connaissance d'une construction illicite, elle doit engager une procédure de rétablissement d'une situation conforme au droit dans les meilleurs délais, et ne saurait attendre le dernier moment pour intervenir²⁷.

15 ZAUGG ALDO/LUDWIG PETER, *Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern*, vol. I, 4e éd., Berne 2013 (cité: ZAUGG/LUDWIG, *Kommentar BauG-BE*, art. N), art. 46 N 10 in fine; voir p. ex. arrêt du TF 1C_907/2013 (Chalais VS), consid. 3.

16 Terme emprunté à ZAUGG/LUDWIG, *Kommentar BauG-BE*, art. 46 N 10 (Nutzungskonzept).

17 Voir l'arrêt présenté en point 4.1.1, respectivement l'arrêt du TF 1C_640/2015 du 20.09.2016 (Davos GR), consid. 5.4.

18 TANQUEREL THIERRY, *Manuel de droit administratif*, Genève/Zurich/Bâle 2011 (cité: TANQUEREL), N 740.

19 Arrêt du TF 1C_406/2011 du 07.03.2012 (Bachenbülach ZH) in RJ VLP-ASPAN n° 4305, c. 2.6.

20 Arrêt du TF 1C_726/2013 du 24.11.2014 (Ballwil LU) in RJ VLP-ASPAN n° 4717, c. 4; ATF 136 II 359 (Kriens LU) in RJ VLP-ASPAN n° 3957, c. 8.

21 WALKER SPÄH CARMEN, *Zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes*, PBG-aktuell n° 1/2008 5 ss, p. 17.

22 ATF 107 Ia 121 (Zurich ZH) in RJ VLP-ASPAN n° 4821, c. 1.a.

23 D'ailleurs, le droit cantonal, quand il prévoit un délai de prescription, comprend aussi systématiquement un tempérament à la règle pour les cas où la remise en état est dictée par des intérêts publics impérieux ou impératifs.

24 Arrêt du TF 1C_320/2011 du 30.05.2012 (Steffisburg BE) in RJ VLP-ASPAN n° 4358, c. 5.3.

25 Arrêt du TF 1C_195/2010 du 06.09.2010 (Hérémence VS) in RJ VLP-ASPAN n° 4003, c. 5.1.

26 Arrêt du TF 1C_726/2013 du 24.11.2014 (Ballwil LU) in RJ VLP-ASPAN n° 4717, c. 4 in fine; WALDMANN BERNHARD, *Rechtliches Regime von rechtswidrigen Bauten und Anlagen*, in: Griffel Alain et al. (édit.), *Fachhandbuch Öffentliches Baurecht*, Zurich 2016, p. 579-610 (cité: WALDMANN), p. 596.

27 Arrêt du TF 1C_398/2011 du 07.03.2012 (Berne BE) in RJ VLP-ASPAN n° 4327, c. 3.8.

2.2.1 La durée du délai

S'inspirant de la prescription acquisitive de l'article 662, alinéa premier, du Code civil (CC)²⁸, le Tribunal fédéral a arrêté un délai de 30 ans pour la remise en état²⁹. Il vaut en particulier dans les cantons qui n'ont pas prévu dans leurs lois sur les constructions de délai de prescription expès pour la remise en état³⁰.

Même en présence d'un délai de droit cantonal, le délai jurisprudentiel doit l'emporter lorsqu'il s'agit d'une construction hors de la zone à bâtir. En effet, la construction hors zone à bâtir implique des enjeux fédéraux, ce qui justifie l'application du délai fédéral de trente ans³¹. À l'inverse, rien ne justifie d'y prévoir un délai plus long, malgré l'importance du principe de séparation entre milieu bâti et milieu non bâti³².

2.2.2 Le départ du délai

Les délais de droit cantonal courent dès que les travaux sont reconnaissables³³ ou achevés³⁴. Le délai jurisprudentiel pour exiger une remise en état débute dès que la construction est achevée. Ni la jurisprudence, ni la doctrine ne semblent avoir exposé à partir de quand une construction doit être considérée comme achevée.

Il serait possible de retenir comme date déterminante celle où un permis d'habiter ou d'exploiter, des instruments régis par le droit cantonal, auraient pu être délivrés pour la construction. Le contrôle donnant lieu au permis d'habiter consiste surtout en la vérification de la conformité de l'ouvrage sur les plans sanitaire et sécuritaire³⁵, de sorte que sa délivrance hypothétique semble bien exprimer l'idée d'achèvement d'une construction.

Une autre solution, présentant l'attrait de l'uniformité fédérale, serait de se référer à la notion d'achèvement de l'ouvrage en lien avec l'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs (art. 839 al. 2 CC)³⁶. Selon la ju-

risprudence, l'ouvrage est achevé quand tous les travaux qui constituent l'objet du contrat d'entreprise ont été exécutés et que l'ouvrage est livrable; des prestations tout à fait accessoires et de peu d'importance, ainsi que de simples travaux de mise au point, n'entrent pas en considération³⁷.

2.2.3 L'interruption du délai

Toujours inspiré par l'article 662, alinéa premier, CC, le Tribunal fédéral utilise pour déterminer l'interruption du délai le critère de la possession paisible. La possession est troublée, donc le délai déjà interrompu, lorsque l'autorité exhorte le constructeur à introduire une demande d'autorisation de construire³⁸. Il ne faudrait déclarer la possession troublée que lorsque l'autorité s'adresse individuellement à la personne à qui elle reproche l'illicéité (le constructeur), et non lorsqu'elle recourt à des actes généraux,

28 Code civil suisse du 12 décembre 1907, RS 210.

29 ATF 107 Ia 121 (Zurich ZH) in RJ VLP-ASPAN n° 4821.

30 Arrêt du TF 1C_726/2013 (Ballwil LU) du 24.11.2014 in RJ VLP-ASPAN n° 4717, c. 4.

31 Arrêt du TF 1C_150/2016 du 20.09.2016 (La Baroche JU) in RJ VLP-ASPAN n° 5189, c. 10.5.

32 Arrêts du TF 1C_726/2013 du 24.11.2014 (Ballwil LU) in RJ VLP-ASPAN n° 4717, c. 4; 1C_254/2016 du 24.08.2016 (Schneisingen AG) in RJ VLP-ASPAN n° 5155, c. 7.2.

33 Art. 57 al. 4 de la loi valaisanne sur les constructions du 8 février 1996, RS VS 705.1; 46 al. 3 de la loi bernoise sur les constructions du 9 juin 1985, RSB 721.0 (qui utilise certes le terme «connu», mais dont la version allemande, qui utilise «erkennbar», doit être retenue; cf. arrêt du TF 1C_446/2017 du 20.12.2017 (Pieterlen BE), c. 5.2).

34 Art. 36 al.4 de la loi jurassienne sur les constructions et l'aménagement du territoire du 25 juin 1987, RSJU 701.1.

35 Arrêt du TF 1C_262/2009 du 14.04.2010 (Bonstetten ZH) in RJ VLP-ASPAN n° 3993, c. 4.

36 Merci à Mme Séverine Beuret pour la suggestion de cette idée.

37 ATF 102 II 206, c. 1.b.aa; 101 II 253; arrêt du TF 5D_116/2014 du 13.10.2014, c. 5.2.2.

38 Arrêt du TF 1C_784/2013 du 23.06.2014 (Trun GR) in RJ VLP-ASPAN n° 4684, c. 5.4.

tel le changement du règlement communal sur les constructions³⁹.

Le constructeur interrompt aussi le délai, à son détriment, lorsqu'il agrandit ou affecte sa construction à de nouveaux buts; il s'agit alors bien plus d'une nouvelle construction, qui fait partir un nouveau délai de prescription⁴⁰. Tel n'est pas le cas lorsque la taille, la fonction et la répartition des chambres d'une construction restent inchangées⁴¹.

Les procédures judiciaires civiles intentées par des voisins mécontents ne suffisent pas à interrompre le délai⁴².

39 Voir toutefois arrêt du TF 1C_622/2012 du 11.04.2013 (St.-Moritz GR), c. 4.2

40 ATF 136 II 359 (Kriens LU) in RJ VLP-ASPAN n° 3957, c. 8.3: cabane de forêt transformée en habitation. Arrêt du TF 1C_564/2010 du 07.07.2011 (Jussy GE) in RJ VLP-ASPAN n° 4180, c. 2: piscine amovible remplacée par une piscine enterrée.

41 WALDMANN, 596.

42 Arrêt du TF 1C_286/2016 du 13.01.2017 (Trimmis GR) in RJ VLP-ASPAN n° 5272, c. 5.2.1; 1C_784/2013 du 23.06.2014 (Trun GR) in RJ VLP-ASPAN n° 4684, c. 5.4.

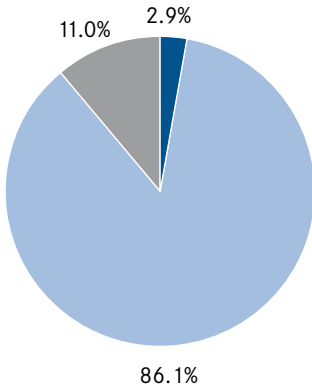
3 La sévérité du Tribunal fédéral

Les arrêts compilés⁴³ montrent la tendance très marquée du Tribunal fédéral à favoriser la remise en état. En effet, il tranche pour la remise en état dans 86,1 pourcent des cas en zone à

bâtir, et dans 90,3 pourcent des cas hors de celle-ci. La lecture des arrêts en cause permet de dégager les principales raisons de ce score stalinien, exposées ci-après.

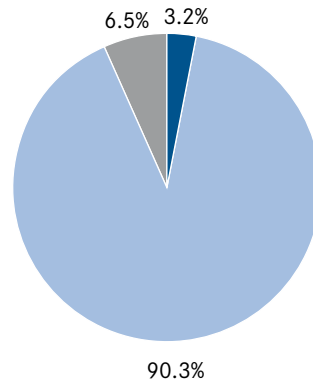
Issue des recours contre les ordres de remise en état En zone à bâtir – de 2010 à 2016

- en faveur de la remise en état
- en défaveur de la remise en état
- partiellement admis



Issue des recours contre les ordres de remise en état Hors zone à bâtir – de 2010 à 2016

- en faveur de la remise en état
- en défaveur de la remise en état
- partiellement admis



Source: Vincent Jobin

43 Nos graphiques regroupent tous les arrêts rendus par le Tribunal fédéral concernant des ordres de remise en état entre 2010 et 2016 et qui s'expriment sur le fond quant à l'admissibilité de la remise en état. Plus de détails se trouvent dans la version intégrale de ce travail, citée en note 3.

4 Les raisons de cette sévérité

L'ordre de remise en état entraîne la destruction de valeurs et restreint le propriétaire dans l'utilisation de sa construction. Il consacre donc une restriction à sa propriété, garantie par l'article 26 de la Constitution fédérale. S'il exploite sa construction dans le but d'en tirer un revenu, l'ordre de remise en état atteint également sa liberté économique, protégée par l'article 27 de la Constitution fédérale. Ces droits fondamentaux ne peuvent être restreints qu'aux conditions de l'article 36 de la Constitution fédérale: base légale, intérêt public et proportionnalité. Les deux premiers aspects ne prêtent en général pas matière à débat, raison pour laquelle n'est ici abordée que la proportionnalité (art. 36 al. 3 et 5 al. 2 Cst.).

Dans son action, l'autorité doit également respecter l'égalité de traitement (art. 8 Cst.). Dans certaines circonstances, la protection de la bonne foi, ou de la confiance (art. 5 al. 3 et 9 Cst.), peut aussi faire barrage à l'application de la loi et empêcher la remise en état.

4.1 Un examen de proportionnalité limité

La proportionnalité se divise en trois aspects: aptitude, nécessité et proportionnalité au sens étroit. Une mesure est apte lorsqu'elle poursuit effectivement le but visé. Elle est nécessaire lorsqu'une mesure moins incisive n'est pas envisageable, et elle est proportionnée au sens étroit lorsqu'au terme d'une pesée des intérêts, l'atteinte imposée aux droits des particuliers est justifiée par l'intérêt public poursuivi⁴⁴.

4.1.1 L'examen de la nécessité

Le Tribunal fédéral a pu s'exprimer sur la nécessité de diverses mesures imposées aux exploitants ayant progressivement converti leur atelier de confection de meubles et petite menuiserie en zone à bâtir en une entreprise de menuiserie lourde, si bien qu'une autorisation de construire, que les recourants n'ont pas demandée, était nécessaire⁴⁵. Il s'agissait de ramener les émissions sonores causées par l'exploitation de la menuiserie, en particulier par des chargements bruyants de meubles et de bois tôt le matin, au niveau prescrit par la réglementation de la zone d'habitation.

Pour limiter les bruits matinaux, la commune a réduit le nombre de personnes autorisées à être actives dans l'entreprise à cinq. Elle estimait que cette limitation était apte à réduire la capacité d'exploitation et ainsi les émissions de bruit contraires à la zone. Les exploitants plaident pour une simple limitation des voitures privées autorisées à stationner sur le parking de l'entreprise, mais cela ne garantirait pas que moins de personnes n'y soient présentes. Les employés pourraient très bien venir à plusieurs par voiture.

Le Tribunal fédéral épingle en revanche la formulation de l'ordre de la commune. Il est rédigé de manière trop incisive, en limitant de manière absolue à cinq le nombre de travailleurs employables par l'entreprise. Il n'est pas

44 ATF 140 I 168 (Vully-les-Lacs VD) in RJ VLP-ASPAN n° 4593, c. 4.2.1.

45 Arrêt du TF 1C_489/2015 du 25.02.2016 (Worb BE) in RJ VLP-ASPAN n° 5033.



Cet atelier de menuiserie à Rüfenacht BE se situe au milieu d'un quartier d'habitation. Pour limiter les nuisances sonores, le Tribunal fédéral a arrêté que seules cinq personnes au maximum devaient y travailler simultanément.
Photo: F. Wyss, VLP-ASPAN

compréhensible qu'il n'ait pas été tenu compte du taux d'occupation des employés. En effet, qu'une personne soit occupée à 100 pourcent ou deux à 50 pourcent, le degré d'immissions ne s'en trouvera pas augmenté. Seul compte donc le fait que cinq personnes au maximum soient présentes simultanément dans l'entreprise. Une ingérence supplémentaire dans la liberté de l'exploitant d'organiser la marche de son entreprise irait plus loin que nécessaire (consid. 4.3).

La nécessité prend un rôle important avec les utilisations illicites de constructions hors de la zone à bâtir suite à un changement d'affectation. Lorsque l'étable vide est illégalement convertie en habitation, faut-il se contenter d'une interdiction d'utilisation, ou aller plus loin en exigeant la démolition? La jurisprudence fédérale donne quelques clés.

Il s'agissait dans un premier arrêt⁴⁶ de la rénovation d'un abri pour chiens bordé d'un couvert à bois sis hors zone à bâtir, autorisée pour autant que les dimensions en restent inchangées. Le constructeur a détruit l'abri pour chiens puis l'a remplacé par une construction de deux étages, d'une plus grande surface au sol et destinée à l'habitation. La nouvelle construction ne pouvait être régularisée sous l'angle des articles 22 ou 24 et suivants LAT. Sur ce, la commission communale des constructions a ordonné la condamnation de quatre fenêtres à l'avant de la maison et l'élimination de l'escalier qui mène au 2^e étage et a interdit tout raccordement à l'eau courante. Le tribunal cantonal l'a suivie en ajoutant une interdiction d'utilisation à des fins d'habitation de toute la construction.

L'Office fédéral du développement territorial ARE recourt avec succès contre son arrêt en requérant un ordre de démolition total. En effet, le Tribunal fédéral considère que les mesures ordonnées ne suffisent pas encore à garantir que la maison ne sera pas habitée: elle reste fermée de toutes parts (le couvert à bois était autrefois ouvert sur deux côtés), isolée, et de taille respectable. En bref, elle demeure ob-

jectivement habitable, même après la prise des mesures litigieuses. Assortir ces mesures d'une interdiction d'utilisation ne serait d'aucun secours, car elle induirait des moyens de contrôle disproportionnés. Une situation conforme au droit ne peut donc être atteinte qu'en éliminant la construction en question (consid. 5)⁴⁷.

Dans une autre affaire⁴⁸, le recourant, agriculteur, avait requis une autorisation de construire une habitation en zone agricole pour que lui et son employé puissent séjourner à proximité de leurs cultures et de leur bétail. Il l'avait cependant d'emblée louée à des personnes sans lien avec l'exploitation agricole. Il a en outre aménagé sans autorisation l'entrepôt attenant pour le rendre habitable et l'a relié à la maison. L'autorité compétente, constatant qu'une régularisation n'était pas possible, lui a adressé un ordre de prendre les mesures nécessaires pour que l'habitation soit réaffectée à une utilisation agricole dans l'année et a ordonné le murage des six fenêtres percées dans l'entrepôt.

Quant à la nécessité de l'interdiction d'utilisation du bâtiment principal à des fins d'habitation pour des tiers, le Tribunal fédéral note que vu la gravité de la violation en cause, un ordre de démolition entrerait en ligne de compte. Une interdiction d'utilisation apparaît donc d'emblée proportionnée sous cet angle (consid. 5). Concernant les fenêtres de l'entrepôt, le recourant estime qu'il suffirait pour garantir que l'utilisation interdite n'ait pas lieu d'autoriser l'entrepôt tel quel, avec une charge interdisant son habitation, sous menace d'une amende. Selon lui, la commune ne devrait pas pouvoir ordonner les mesures qui sont les plus

46 Arrêt du TF 1C_202/2012 du 08.01.2014 (Wolfwil SO) in RJ VLP-ASPAN n° 4620.

47 Voir arrêt du TF 1C_786/2013 du 08.10.2014 (Mels SG) in RJ VLP-ASPAN n° 5164, c. 5.1 s. non publiés in ATF 140 II 509.

48 Arrêt du TF 1C_135/2016 du 01.09.2016 (Forst-Längenbühl BE) in RJ VLP-ASPAN n° 5165.

simples et meilleur marché à contrôler. Le Tribunal fédéral n'est pas de cet avis: une interdiction d'utilisation serait ici difficile à mettre en œuvre, puisqu'elle ne concernerait qu'un local d'une construction entière. Le murage des fenêtres s'avère donc non seulement apte, mais aussi nécessaire à éviter une utilisation de l'entrepôt à des fins d'habitation (consid. 4).

Dans un cas où un agriculteur avait en zone agricole aménagé ses combles de manière à accueillir deux appartements et à les mettre en location, le tribunal cantonal avait ordonné la démolition de murs intérieurs des appartements, ainsi que la suppression de certaines fenêtres et d'un balcon. Le recourant estime que ces mesures préventives sont disproportionnées. Le Tribunal fédéral n'est pas de cet avis et confirme l'arrêt cantonal⁴⁹. Empruntant un vocabulaire issu du droit pénal, il considère que de telles mesures sont admissibles si une récidive est à craindre. Tel est manifestement le cas en l'espèce, compte tenu de l'isolement de la construction du recourant et de la mauvaise foi de ce dernier. En d'autres termes, il est correct d'exiger de celui qui a enfreint la loi qu'il rétablisse l'état antérieur, de telle façon que l'autorité ne soit pas contrainte de vérifier si cette interdiction est respectée (consid. 2.5)⁵⁰.

En résumé, choisir entre l'ordre de démolition et l'interdiction d'utilisation revient à trouver le moyen optimal d'atteindre l'intérêt public poursuivi et de s'approcher de l'état antérieur légal de la construction. Hors de la zone à bâtir, cet intérêt public réside avant tout dans la séparation entre milieu bâti et milieu non bâti. En présence d'une nouvelle construction⁵¹, il est atteint, comme l'illustre notre premier exemple, en la démolissant.

Le Tribunal fédéral y a cependant fait exception dans le second exemple mentionné – certes non sans préciser qu'un ordre de démolition aurait été indiqué⁵². En effet, il est encore possible que l'agriculteur et son employé occupent la maison construite, ce qui en ferait une construction conforme à l'affectation de la

zone. L'autorité peut donc se contenter d'interdire un certain type d'utilisation lorsque l'utilisation licite est encore envisageable⁵³. Cette solution comporte le risque que l'interdiction ne soit pas respectée. Pour y parer, un contrôle est nécessaire.

Le Tribunal fédéral est clair: l'autorité peut prendre des mesures plus sévères pour s'éviter des contrôles disproportionnés.

La question du contrôle se pose de manière aiguë en lien avec les interdictions d'utilisation. Même assorties de la menace d'une amende, il n'est pas garanti qu'elles soient respectées. C'est pourquoi on les accompagne de mesures constructrices. À ce sujet, le Tribunal fédéral est clair: Si le contrôle du respect de l'interdic-

49 Arrêt du TF 1C_101/2011 du 26.10.2011 (Yvorne VD) in RJ VLP-ASPAN n° 4261, c. 2.5.

50 Voir arrêt du TF 1C_37/2013 du 09.10.2013 (Hütten ZH) in RJ VLP-ASPAN n° 4570, c. 7.

51 La ligne entre rénovation et nouvelle construction est parfois ténue. Sur cette démarcation, voir p. ex. arrêt du TF 1C_106/2017 du 31.05.2017 (X. TI): un rustico reconstruit dont on n'a gardé que deux murs est une nouvelle construction.

52 Le Tribunal fédéral s'est abstenu de l'ordonner car il ne dispose en principe pas du pouvoir de procéder à une *reformatio in peius* (art. 107 al. 1 de la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005, RS 173.110; TANQUEREL, N 1402).

53 Dans ce sens arrêt du TF 1C_556/2009 du 23.04.2010 (Kriens LU) in RJ VLP-ASPAN n° 3957, c. 11 non publié in ATF 136 II 359. Interprété a contrario, il corrobore cet avis. Le Tribunal fédéral a ordonné la démolition d'un hangar qui devait selon l'autorisation exclusivement servir à accueillir un tracteur, mais qui a été modifié si bien qu'un tracteur ne pouvait plus y rentrer: l'utilisation licite n'était plus envisageable, donc la démolition s'imposait.

tion d'utilisation nécessite des moyens disproportionnés, l'autorité peut prendre des mesures plus sévères⁵⁴.

4.1.2 La pesée des intérêts

La pesée des intérêts doit se faire entre l(es) intérêt(s) public(s) à la remise en état, évoqués plus haut, et l'intérêt privé du propriétaire à conserver sa construction, ou l'utilisation qu'il en fait, intacte. Le constructeur supporte le coût des conséquences de son comportement illicite⁵⁵. Son intérêt privé se décline en l'évitement de frais de remise en état d'une part⁵⁶, et l'évitement de la perte des montants investis dans la construction illicite et leurs revenus éventuels d'autre part⁵⁷. Le Tribunal fédéral considère ce dernier poste comme amortissable: plus le propriétaire a profité longtemps de sa construction illicite, moins la remise en état est réputée porter atteinte à son patrimoine⁵⁸. Il relativise également souvent les coûts de la remise en état en les mettant en perspective avec les coûts globaux de la construction⁵⁹.

Le Tribunal fédéral déclare certes que la prise en compte des coûts est essentielle à la pesée des intérêts dans le cadre d'une remise en état⁶⁰. Les exemples qui suivent relativisent cette affirmation.

Hors de la zone à bâtir, il a confirmé les ordres de remise en état causant les frais suivants:

- 160'000 francs pour la suppression d'une construction dépassant de 20 m² ce que 24c LAT permettait, d'une lucarne et le déplacement d'un fenil⁶¹;
- 1 million de francs pour la suppression d'un bâtiment démolé puis reconstruit à 90 % de sa surface dans la limite à la forêt, et représentant 81 m² de plus que ce que l'article 24c LAT permettrait⁶²;
- 80'000 francs de frais de remise en état, le double si on compte l'investissement perdu, pour une écurie à chevaux dépassant de 30 m² sur la zone agricole⁶³.

En zone à bâtir, les ordres de remise en état suivants ont été avalisés:

- 300'000 à 500'000 francs pour un dépassement de la surface maximale de 109 m², entraînant une surutilisation de surface de 36,7 %⁶⁴;
- 74'000 francs pour un mur empiétant sur la limite de 60 à 80 cm, le situant ainsi à environ 2 m de la villa des voisins⁶⁵;
- 300'000 francs pour avoir bâti trop près du fonds voisin sans bénéficier d'une servitude d'empiètement⁶⁶.

Cette insensibilité aux coûts est explicable. En réalité, il ne fait pas beaucoup de sens de prendre en compte les coûts dans la pesée des intérêts. En effet, plus la violation du droit de la construction est grave, plus y remédier cause-

54 Voir arrêt du TF 1C_283/2017 du 23.08.2017 (Hochwald SO), c. 4.1.

55 Arrêt du TF 1C_191/2010 du 07.10.2010 (Kloten ZH) in RJ VLP-ASPAN n° 4075, c. 3.3.

56 P.ex. arrêt du TF 1C_533/2015 du 06.01.2016 (Künten AG) in RJ VLP-ASPAN n° 5021, c. 4.2.

57 P.ex. arrêt du TF 1C_101/2011 du 26.10.2011 (Yvorne VD) in RJ VLP-ASPAN n° 4261, c. 2.4.

58 Cf. Arrêt du TF 1C_342/2014 du 23.03.2015 (Lachen SZ) in RJ VLP-ASPAN n° 4819, c. 5.4; 1C_718/2013 du 20.03.2014 (Andermatt UR) in RJ VLP-ASPAN n° 4768, c. 5.5; 1C_3/2010 du 01.07.2010 (Küssnacht a. R. SZ), c. 4.3.

59 Arrêts du TF 1C_434/2014 du 18.06.2015 (Saint-Aubin-Sauges NE) in RJ VLP-ASPAN n° 4890; 1C_276/2010 du 21.10.2010 (Montreux VD) in RJ VLP-ASPAN n° 4041.

60 Arrêt du TF 1C_397/2009 (Dietikon ZH) du 26.04.2010, c. 4.5.

61 Arrêt du TF 1C_61/2014 du 30.06.2015 (Rougemont VD) in RJ VLP-ASPAN n° 4880.

62 Arrêt du TF 1C_415/2014 du 01.10.2015 (Walchwil ZG) in RJ VLP-ASPAN n° 4942.

63 Arrêt du TF 1C_404/2009 du 12.05.2010 (Herznach AG) in RJ VLP-ASPAN n° 3985.

64 Arrêt du TF 1C_299/2015 du 13.04.2016 (Oberentfelden AG) in RJ VLP-ASPAN n° 5063.

65 Arrêt du TF 1C_434/2014 du 18.06.2015 (Saint-Aubin-Sauges NE) in RJ VLP-ASPAN n° 4890.

66 Arrêt du TF 1C_287/2011 du 25.11.2011 (X. GR) in RJ VLP-ASPAN n° 4276.



Dans quels délais une construction illicite doit-elle être supprimée? Dans le cas d'une serre-tunnel plastique, le Tribunal fédéral a, pour des raisons de proportionnalité, fixé un délai à fin novembre, pour que les légumes cultivés ne doivent pas être éliminés. Photo: M.-F. Ravel, VLP-ASPAN

ra de grands frais. Donner de l'importance aux frais dans la pesée des intérêts impliquerait de protéger davantage les graves violations et mènerait à une forte et inadmissible relativisation du droit de la construction⁶⁷. C'est pourquoi il n'est habituellement pas accordé de poids particulier à l'aspect financier de la remise en état⁶⁸.

Les frais de remise en état ne jouent pas un rôle déterminant dans la pesée des intérêts.

La pesée des intérêts se révèle donc un instrument inadéquat pour déterminer si un ordre de remise en état peut être raisonnablement imposé au constructeur. Cela fait dire à RUOSS FIERZ⁶⁹, à juste titre, que l'on ne procède plus à un examen de proportionnalité au sens étroit au stade de la remise en état. La proportionnalité a déjà été prise en compte lors de l'édition

67 Arrêt du TF 1C_480/2011 du 24.04.2012 (Dietikon ZH) in RJ VLP-ASPAN n° 4346, c. 4.4; 1C_262/2009 du 14.04.2010 (Bonstetten ZH) in RI VLP-ASPAN n° 3993, c. 4.5.3; 1C_287/2011 du 25.11.2011 (X. GR) in RJ VLP-ASPAN n° 4276, c. 3.5.2.

68 Arrêt du TF 1C_464/2015 du 14.06.2016 (Bonvillars VD) in RJ VLP-ASPAN n° 5099, c. 2.2; 1C_292/2016 du 23.02.2017 (Coinsins VD) in RJ VLP-ASPAN n° 5286, c. 3.2.

69 RUOSS FIERZ, p. 153-159.

de la norme du droit de la construction violée, puis au moment de décider de l'octroi d'une éventuelle autorisation dérogatoire. Une fois ces deux opérations passées, la question de la proportionnalité est pour ainsi dire réglée⁷⁰.

Un autre indice en est qu'en droit de la construction, les pesées d'intérêts effectuées sont guidées notamment par les buts et principes de l'aménagement sis aux articles 1 et 3 LAT⁷¹. Or, des arrêts consultés, aucun n'y fait appel pour apprécier la proportionnalité d'une remise en état.

La proportionnalité au sens étroit ne s'exprime alors plus que dans une mesure marginale: lorsque la dérogation à la règle est mineure ou qu'il y a des chances sérieuses qu'une modification future du droit rende la construction licite. On la retrouve également dans les délais d'exécution de la remise en état.

La proportionnalité au sens étroit est réduite à sa portion congrue.

Des arrêts étudiés, le Tribunal fédéral n'a reconnu qu'à deux reprises une infraction à la règle comme mineure. Dans le premier cas⁷², le conseil communal et avec lui le tribunal cantonal avaient considéré comme mineur le fait que la terrasse surélevée installée par les intimés dans leur jardin dépasse de 6 cm ce qui avait été autorisé. La règle violée, qui a pour objet la hauteur des constructions, avait pour but de protéger les voisins, en particulier contre les ombres. En l'espèce, selon notre Haute Cour, l'excédent de 6 cm n'est pas perceptible, que ce soit pour un observateur moyen ou pour les voisins recourants. Procéder à une remise en état n'aurait donc aucun avantage pratique, raison pour laquelle le Tribunal fédéral confirme le refus des instances précédentes d'ordonner le rabaissement de l'estrade (consid. 5).

Le deuxième concernait une halle de stockage de fourrage en zone agricole. L'intimé, agriculteur, l'avait bâtie à 16,6 m de son rural au lieu des 15 autorisés, la hauteur au faîte avait été abaissée de 9 cm, entraînant un rehaussement des corniches de 30 cm, et enfin, un avant-toit présentait une largeur de 1,5 m au lieu de 1 m. Le Tribunal fédéral confirme alors le refus des instances précédentes d'ordonner la remise en état, car il s'agit d'une dérogation minime. En particulier, les aménagements du toit ne permettent aucune augmentation de la capacité de stockage de la halle litigieuse, ni ne touchent aux caractéristiques essentielles de cette construction. Il n'apparaît ainsi pas que les contraventions au permis de construire porteraient atteinte au caractère inconstructible de la zone agricole dans une mesure supérieure au projet autorisé⁷³.

Le Tribunal fédéral, hors de la zone à bâtir, se montre du reste plutôt sévère. Il en va ainsi des exemples mentionnés ci-dessus, qui présentaient seulement 20, respectivement 30 m² de plus que ce qui était autorisable. Dans ces cas, le Tribunal fédéral a pris soin de préciser que ces dépassements ne sont pas mineurs car ils s'ajoutent aux agrandissements licites autorisés par les stricts articles 24c LAT et 41 et suivants de l'ordonnance sur l'aménagement du territoire (OAT)⁷⁴. Comme le Tribunal fédéral a pu l'exprimer, il faut en principe voir les constructions illicites en-dehors du milieu bâti comme emportant dérogation non mineure au droit⁷⁵. Encore faut-il que la violation en cause atteigne réellement le principe de séparation.

70 RUOSS FIERZ, p.158.

71 Arrêt du TF 1C_250/2009 du 13.07.2010 (Bellerive VD) in RJ VLP-ASPAN n° 4036, c. 3.4.

72 Arrêt du TF 1C_126/2013 du 29.11.2013 (Frauenfeld TG).

73 Arrêt du TF 1C_150/2016 du 20.09.2016 (La Baroque JU) in RJ VLP-ASPAN n° 5189, c. 8.3.

74 Ordonnance sur l'aménagement du territoire du 28 juin 2000, RS 700.1.

75 Arrêt du TF 1C_248/2010 du 07.04.2011 (Apples VD), c. 4.2.



Un vigneron avait inscrit, sur un mur de pierre, un message publicitaire visible de loin. Le Tribunal fédéral a estimé que cela représentait une atteinte excessive au paysage. Source: P. Vetter, valaisduvin.com

Quant aux chances de faire reconnaître la construction comme conforme au droit, elles sont relativement maigres. En effet, la modification du droit à l'avantage du constructeur doit intervenir dans un futur proche et de manière suffisamment vraisemblable. Dans un arrêt du 15 mars 2012, vu l'adoption le 23 décembre 2011 du nouvel article 24c LAT par l'Assemblée fédérale, dont le délai référendaire échoyait le 13 avril 2012 et n'aurait vraisemblablement pas été mis à profit, le Tribunal fédéral a renvoyé la cause concernant un ordre de démolition pour nouvelle appréciation à l'aune de la future disposition⁷⁶.

En revanche, l'approbation d'une modification du plan directeur cantonal colloquant le périmètre hors zone à bâtir concerné en aire de détente d'importance cantonale, couplé à l'éla-

boration d'un plan d'affectation spécial cantonal qui devrait assurer l'utilisation litigieuse des espaces extérieurs, n'a pas suffi dans un autre cas⁷⁷. En effet, vu le recours pendant contre le plan à l'échelon cantonal et les voies de recours encore ouvertes, son entrée en vigueur dans un futur proche paraissait peu vraisemblable. A également été exclue par le Tribunal fédéral la suspension d'une procédure de remise en état jusqu'à l'entrée en vigueur de la nouvelle planification communale, au motif que cette dernière avait certes été approuvée par le canton, mais

76 Arrêt du TF 1C_187/2011 du 15.03.2012 (Flums SG) in RJ VLP-ASPAN n° 4315, c. 3.4 s.

77 Arrêt du TF 1C_730/2013 du 04.06.2014 (Stallikon ZH) in RJ VLP-ASPAN n° 4647, c. 8.3.3.

que son entrée en vigueur allait encore demander «un certain temps», que l'issue du processus était incertaine et qu'on ne pouvait exclure que la révision échoue⁷⁸.

La proportionnalité s'exprime dans un dernier aspect: celui du délai d'exécution, car sa longueur traduit la période durant laquelle le propriétaire pourra encore profiter de sa construction illicite, et s'organiser de manière à procéder à la remise en état lui-même. Un délai d'exécution de trois mois semble être la norme⁷⁹. Il ne relève pas moins du pouvoir d'appréciation de l'autorité⁸⁰, qui doit le fixer en fonction des circonstances du cas d'espèce, notamment de l'ampleur des travaux ordonnés.

Le Tribunal fédéral a par exemple fixé le délai de démolition de serres-tunnels plastiques à la fin du mois de novembre pour éviter l'anéantissement des récoltes qu'elles abritaient⁸¹; et à la fin de la belle saison l'enlèvement d'une construction métallique destinée à ombrager la terrasse d'un restaurant. La saison d'été aura ainsi pu être mise à profit pour trouver une solution esthétiquement satisfaisante d'entente entre les autorités et le constructeur⁸². Un délai de 30 jours pour faire cesser l'utilisation de locaux industriels à des fins d'habitation est proportionné, car ce rétablissement d'une situation conforme au droit implique peu de travaux⁸³. Il convient de prendre en compte le temps de jouissance supplémentaire de la construction illicite qu'offrent les recours interjetés⁸⁴.

4.2 L'égalité dans l'illégalité rarement reconnue

Il existe un intérêt public certain au respect de la loi en général, du droit des constructions en particulier. Il peut cependant entrer en conflit avec le principe de l'égalité de traitement (art. 8 al. 1 Cst.), qui impose de traiter de manière identique des situations similaires. Ainsi, l'irrespect persistant de la loi par l'autorité peut

conférer au constructeur un droit à ce que la loi ne lui soit pas non plus appliquée. Le justiciable ne peut prétendre à l'égalité dans l'illégalité qu'exceptionnellement, lorsque l'autorité s'est livrée à une pratique illégale constante dans un grand nombre de cas comparables, que tout indique qu'elle va perpétuer cette pratique et qu'aucun intérêt public prépondérant n'impose de donner la préférence au principe de la légalité⁸⁵. La pratique illégale peut ressortir de l'octroi par l'autorité d'autorisations contraires au droit, mais aussi de l'omission par cette dernière de faire respecter le droit⁸⁶.

4.2.1 Des situations rarement comparables

Le Tribunal fédéral exige que les situations auxquelles se réfère le constructeur soient très proches de la sienne. Des différences trop grandes peuvent déjà se faire sentir selon le statut juridique de la construction illicite. Ainsi, celui qui utilise sans autorisation et en violation du droit une partie de ses locaux industriels à des fins d'habitation ne peut pas invoquer à son bénéfice le fait que d'autres en fassent

78 Arrêt du TF 1C_330/2013 du 15.10.2013 (SZ), c. 2.2 s.

79 Dans ce sens FRITZSCHE CHRISTOPH/BÖSCH PETER/WIPF THOMAS, *Zürcher Planungs- und Baurecht – Planungsrecht, Verfahren und Rechtsschutz*, Verein Zürcher Gemeindeschreiber und Verwaltungsfachleute (édit.), vol. 1, 5e éd., Zurich 2011 (cité: FRITZSCHE/BÖSCH/WIPF, *Zürcher Baurecht*), p. 487.

80 ROUSS FIERZ, p. 159.

81 Arrêt du TF 1C_561/2012 du 04.10.2013 (Nennigkofen OS) in RJ VLP-ASPAN n° 4516, c. 4.2.

82 Arrêt du TF 1C_3/2010 du 01.07.2010 (Küssnacht a. R. SZ), c. 5.

83 Arrêt du TF 1C_427/2014 du 25.03.2015 (Küssnacht a. R. SZ) in RJ VLP-ASPAN n° 4813, c. 10.3.

84 RAVEL MARIE-FRANCE/WINKLER GLADYS, *Sanctionner les constructions illégales: jurisprudence fédérale et exemples cantonaux*, in: VLP-ASPAN, *Territoire & Environnement* n° 4/2004, Berne 2004 (cité: RAVEL/WINKLER), p. 31.

85 ATF 139 II 49 (Genève GE), c. 7.1.

86 Arrêt du TF 1C_330/2013 du 15.10.2013 (SZ), c. 4.1.

de même dans la même zone, s'ils bénéficient d'une autorisation de construire⁸⁷.

Notre Haute Cour exige également des situations très proches du point de vue factuel. Par exemple, le vigneron qui a inscrit un message publicitaire par sablage sur les murs de son domaine ne saurait se prévaloir des affiches publicitaires mises en place par ses confrères sur leurs domaines respectifs. La ressemblance limitée à l'utilisation du domaine viticole à des fins publicitaires ne suffit donc pas, au motif – notamment – que le moyen utilisé n'est pas le même⁸⁸. Cette différenciation selon le moyen est critiquable, dans la mesure où quelques lignes plus tôt dans son arrêt⁸⁹, le Tribunal fédéral déclare à propos de la soumission à autorisation de construire des épigraphes litigieuses que ce n'est pas la méthode employée qui doit être analysée, mais le résultat, respectivement l'impact de la réalisation sur son environnement.

Le Tribunal fédéral a également refusé la comparaison entre

- une place en gravier contraire aux prescriptions sur les constructions et un chemin en dalles de pierres installé par un voisin⁹⁰,
- l'occupation d'un bien-fonds sis en zone agricole par une caravane à des fins d'habitation et l'occupation précédente de ce bien-fonds par des camions entreposés⁹¹,
- des panneaux de bois et de plexiglas sur un balcon formant un ensemble hétérogène et de tels panneaux formant un cube bien délimité s'intégrant de manière plus avantageuse dans le paysage⁹², ainsi qu'entre
- les immissions idéales causées par l'exercice de la prostitution dans des locaux et les immissions matérielles dues à d'autres activités commerciales ordinaires⁹³.

4.2.2 La volonté de l'autorité de poursuivre sa pratique illégale

De manière générale, le Tribunal fédéral présume que l'autorité concernée va interrompre sa pratique illégale suite à son arrêt⁹⁴. Il est donc particulièrement ardu pour le justiciable de démontrer le contraire. Le Tribunal fédéral a apporté un tempérament à cette règle, dans un arrêt qui traitait précisément de constructions illicites.

Le droit à l'égalité dans l'illégalité peut aussi être généré par l'inaction de l'autorité. Dans le cas d'espèce⁹⁵, la commune de Berne n'avait jamais délivré d'autorisation contraire au droit. Elle savait en revanche depuis trois ans au moins que de nombreuses habitations dans un périmètre de son territoire inventorié aux niveaux cantonal et fédéral avaient été équipées de fenêtres en plastique, ce que la réglementation communale et une directive prohibaient pourtant. Ainsi, 60 pourcent à 70 pourcent des maisons du quartier ne remplissaient plus les exigences de cette directive. Durant ces trois ans, la commune n'a introduit qu'une seule procédure de rétablissement d'une situation conforme au droit, dont elle a renoncé à l'exécution pour des motifs de proportionnalité. On est donc en présence d'une pratique constante de l'autorité qui ouvre le droit à l'égalité dans l'illégalité (consid. 3.8).

87 Arrêt du TF 1C_330/2013 du 15.10.2013 (SZ), c. 4.3.

88 Arrêt du TF 1C_618/2014 du 29.07.2015 (Sion VS) in RJ VLP-ASPAN n° 4902, c. 6.1.

89 C. 4.2.

90 Arrêt du TF 1C_472/2012 du 19.03.2013 (Ferrera GR), c. 4.3.

91 Arrêt du TF 1C_37/2013 du 09.10.2013 (Hütten ZH) in RJ VLP-ASPAN n° 4570, c. 5.3.

92 Arrêt du TF 1C_342/2014 du 23.03.2015 (Lachen SZ) in RJ VLP-ASPAN n° 4819, c. 3.5.

93 Arrêt du TF 1C_83/2012 du 18.07.2012 (Wangen-Brüttli-sellen ZH) in RJ VLP-ASPAN n° 4377, c. 2.7.

94 Moor/Flückiger/Martenet, p. 629 s.

95 Arrêt du TF 1C_398/2011 du 07.03.2012 (Berne BE) in RJ VLP-ASPAN n° 4327, c. 3.7.



L'ensemble d'habitation Weissenstein, en ville de Berne, bénéficie du plus haut degré de protection (A) de l'Inventaire fédéral des sites construits d'importance nationale à protéger en Suisse (ISOS).

Photo: F. Wyss, VLP-ASPAN

Le Tribunal fédéral adopte ensuite une approche différenciée sur l'abandon de sa pratique illégale par l'autorité. En effet, lorsque la pratique illégale consiste en une action positive de l'autorité, il suffit à celle-ci de promettre de l'abandonner à l'avenir. En revanche, lorsque cette pratique consiste en une omission systématique, l'autorité doit faire davantage que de promettre qu'elle agira dans le futur. Elle doit bien plus démontrer qu'elle est prête à mettre en œuvre la soumission à autorisation de construire ainsi que d'éventuelles procédures de remise en état. Sans cette exigence, le risque que l'inégalité de traitement perdure après l'arrêt n'est pas évacué. Ainsi, le Tribunal fédéral admet le recours des personnes ayant requis une autorisation de construire pour la

pose de fenêtres en plastique, que la commune de Berne leur avait refusée.

Lorsque la pratique illégale consiste en une omission, l'autorité doit faire davantage que de promettre qu'elle agira dans le futur.

Cela ne signifie pas encore qu'elles pourront installer les fenêtres souhaitées. Le Tribunal fédéral prend la peine dans son arrêt de renvoi à l'instance précédente de préciser qu'il

faut octroyer un délai raisonnable à la commune pour établir une pratique d'autorisation de construire et de remise en état conforme à la loi. La preuve pourra en être apportée par l'introduction concrète de telles procédures sur les immeubles concernés, ou alors par l'établissement d'une ordonnance administrative, dont le respect sera contrôlé par l'autorité de surveillance. S'il s'avère que la commune ne prend pas ces dispositions dans le délai fixé, il faudra en effet autoriser les recourants à installer des fenêtres en plastique (consid. 3.9).

4.3 La protection de la confiance rarement accordée

La protection de la confiance protège l'administré qui a placé sa confiance dans des agissements de l'autorité, lui évitant l'application de la loi à sa construction illicite⁹⁶.

Les conditions d'application en sont les suivantes:

- 1) l'autorité a agi sans réserve dans une situation concrète;
- 2) elle était compétente pour agir ou le particulier pouvait de bonne foi la tenir pour compétente;
- 3) le particulier ne pouvait pas se rendre compte de l'inexactitude de l'information ou de la promesse donnée et était ainsi lui-même de bonne foi;
- 4) il a pris sur la base de ces agissements des dispositions sur lesquelles il ne saurait revenir sans subir de préjudice;
- 5) la situation juridique n'a pas changé entre le moment de la promesse et le moment où la bonne foi est invoquée⁹⁷.

Ces conditions, cumulatives et strictement interprétées, ont souvent pour effet de barrer la protection de la confiance. L'accent est mis sur les principaux écueils que rencontrera celui qui plaide sa bonne foi.

4.3.1 Une autorité compétente ou paraissant l'être

Une autorité peut s'avérer incompétente à de multiples titres. L'un d'eux est l'incompétence de la commune pour autoriser une construction hors de la zone à bâtir. En vertu de l'article 25 alinéa 2 LAT, l'autorité compétente pour autoriser les constructions hors de la zone à bâtir est cantonale. Si une commune s'y aventure, elle est incompétente et son autorisation est nulle⁹⁸. La question se pose de savoir si une telle autorisation, malgré sa nullité, peut constituer une base de confiance suffisante à déclencher la protection de la bonne foi et malgré tout déployer des effets juridiques. Le Tribunal fédéral l'admet timidement, déclarant que l'on peut comprendre qu'un particulier puisse de bonne foi ignorer les règles de répartition des compétences dans le domaine des autorisations hors zone à bâtir⁹⁹.

Ainsi, la commune qui a dans une autorisation de construire donné à croire qu'elle était habilitée à statuer sur certains travaux sur un cabanon hors de la zone à bâtir tout en rappelant la nécessité d'une autorisation cantonale a entretenu une situation floue qui doit être tranchée en faveur du constructeur¹⁰⁰.

96 ATF 132 II 21 (Turbenthal ZH) in RJ VLP-ASPAN n° 3092; 136 II 359 (Kriens LU).

97 BIAGGINI GIOVANNI, BV Kommentar, Zurich 2007, art. 9 N 15, 17; ATF 108 Ib 377 (Saint-Cergue VD), c. 3.b.

98 ATF 111 Ib 213 (Gontenschwil AG) in RJ VLP-ASPAN n° 2126, c. 5.

99 Arrêt du TF 1A.208/2006 du 24.05.2007 (Ropraz VD) in RJ VLP-ASPAN n° 3412, c. 5.2; cf. aussi ATF 132 II 21 (Turbenthal ZH) in RJ VLP-ASPAN n° 3092, c. 6.2.2; plus nuancé arrêt du TF 1C_537/2011 du 26.04.2012 (Blonay VD) in RJ VLP-ASPAN n° 4862, c. 2.3.1.

100 Arrêt du TF 1C_497/2010 du 30.05.2011 (Chardonne VD) in RJ VLP-ASPAN n° 4160, c. 3.2.



Plusieurs propriétaires d'immeubles de l'ensemble Weissenstein, à Berne, ont remplacé les fenêtres en bois par d'autres en matière synthétique, bien que cela soit proscrit par le règlement communal sur les constructions, qui s'appuie lui-même sur l'ISOS. Pendant longtemps, l'autorité compétente n'a pas appliqué cette disposition. Le Tribunal fédéral l'a sommée d'adopter une pratique conforme au droit et d'interdire les fenêtres en matière synthétique. Photo: F. Wyss, VLP-ASPAN

Le plus souvent toutefois, le constructeur échoue lorsqu'il doit démontrer qu'il ignorait de bonne foi la compétence cantonale. Dans un arrêt récent, le constructeur avait érigé à quelques années d'intervalle une maison d'habitation avec abri pour voitures et un court de tennis, le tout en zone agricole. Il avait obtenu deux autorisations communales pour ce faire. Sa bonne foi n'a pour autant pas été retenue. On lui a en effet imputé la connaissance – réelle ou supposée – de l'article 25 alinéa 2 LAT par son architecte. En outre, l'Office cantonal des affaires communales et de l'organisation du territoire lui avait indiqué la marche à suivre pour une dérogation selon 24 LAT. Il ne s'y était d'ailleurs pas trompé: sur le formulaire de demande d'autorisation de construire, la case «dérogation» était cochée et était accompagnée d'un renvoi au droit cantonal nommant l'autorité compétente hors zone à bâtir. Dans un tel cas, le constructeur ne peut pas être considéré de bonne foi¹⁰¹.

La violation de l'article 25 alinéa 2 LAT ne peut que rarement être contournée par la protection de la bonne foi.

4.3.2 Les actes de l'autorité pouvant fonder la protection de la confiance

Les actes positifs

Pour peu que l'autorité en cause soit compétente, il faut encore que les actes qu'elle effectue soient suffisamment caractéristiques pour protéger l'administré dans sa bonne foi. Mentionnons d'emblée que la procédure administrative est une procédure écrite. Les renseignements donnés par oral ne forment donc pas une base de confiance suffisante¹⁰².

Un acte que l'on pourrait soupçonner de fonder la protection de la confiance est l'octroi d'un permis d'habiter. Cependant, ce genre d'acte est le résultat d'un contrôle qui se limite en règle générale aux aspects sanitaires et sécuritaires de la construction¹⁰³. Il ne s'étend pas à un examen détaillé du respect de l'autorisation de construire et est donc inapte à garantir la licéité d'une construction¹⁰⁴. En outre, le permis d'habiter étant délivré après la réalisation des travaux, on ne peut considérer qu'il ait décidé le constructeur à entreprendre des travaux illicites¹⁰⁵.

Dans un cas de la commune lucernoise de Kriens, le Tribunal fédéral a également nié que le raccordement au réseau d'eau d'une construction hors zone à bâtir génère une confiance particulière, car celui-ci avait été entrepris pour de purs motifs de protection des eaux, indépendamment de la légalité des constructions concernées¹⁰⁶. L'approbation du règlement d'une copropriété par étages par l'inspecteur des constructions (Bauinspektorat) n'est pas non plus suffisante¹⁰⁷. Il en va d'autant moins de la perception de contributions par la commune, du moins si elles ne sont pas liées spécifiquement à l'état de fait illicite¹⁰⁸.

101 Arrêt du TF 1C_276/2016 du 01.06.2017 (Roches BE).

102 Arrêts du TF 1C_443/2010 du 06.06.2011 (Troistorrents VS) in RJ VLP-ASPAN n° 4168, c. 4.2; 1C_464/2010 du 26.05.2011 (Roggwil BE), c. 6.3; 1C_191/2010 du 07.10.2010 (Kloten ZH) in RJ VLP-ASPAN n° 4075, c. 3.3.

103 Cf. note 35.

104 Arrêt du TF 1C_262/2009 du 14.04.2010 (Bonstetten ZH) in RJ VLP-ASPAN n° 3993, c. 4.

105 Arrêt du TF 1C_537/2011 du 26.04.2012 (Blonay VD) in RJ VLP-ASPAN n° 4862, c. 2.3.2 s.

106 ATF 136 II 359 (Kriens LU) in RJ VLP-ASPAN n° 3957, c. 7.2.

107 Arrêt du TF 1C_277/2012 du 16.11.2012 (Oberwil BL) in RJ VLP-ASPAN n° 4412, c. 5.3.

108 Arrêt du TF 1C_622/2012 (St. Moritz GR) du 11.04.2013, c. 4.1.

Les omissions

L'autorité étant obligée d'intervenir à l'encontre des constructions illicites (voir chapitre 2), son inaction peut également amener le constructeur à croire à la légitimité de ses agissements¹⁰⁹. De tels cas de figure ne doivent toutefois être acceptés qu'avec une grande retenue¹¹⁰. En particulier, la simple inaction de l'autorité ne suffit pas. Elle doit exercer une tolérance, qui suppose qu'elle ait connaissance de l'état de fait illicite, ou qu'elle eût dû en avoir connaissance si elle avait fait preuve de la diligence requise¹¹¹. Cette tolérance doit en outre perdurer un certain nombre d'années. 24, respectivement 20 ans, peuvent suffire, mais pas 15 mois, respectivement le double ou 3 ans¹¹².

La simple inaction de l'autorité ne suffit pas. Elle doit exercer une tolérance durant plusieurs années et avoir connaissance de l'état de fait illicite.

Un cas intéressant est celui d'ordres de démolition restés lettre morte durant de nombreuses années et soudain «ressuscités». Dans un premier arrêt¹¹³, il s'agissait d'une pergola érigée en zone agricole que l'autorité cantonale avait identifiée et dont elle avait exigé la démolition en 1994, sans qu'elle soit menée à bien. En 2012, les nouveaux propriétaires de la parcelle depuis 2010 ont déposé une demande de permis de construire, qui a attiré l'attention de l'autorité sur la pergola, dont le toit affaissé avait par ailleurs été remplacé. L'autorité cantonale a alors derechef exigé la remise en état.

Le Tribunal fédéral, suivant le tribunal cantonal, épargne pourtant la pergola. En effet,

le canton avait d'entente avec la commune – mais sans rien en dire à l'ancien propriétaire – renoncé à l'exécution de l'ordre de démolition, et avait chargé la commune de lui faire savoir si des travaux étaient exécutés sur la pergola. Tant le canton que la commune ont donc sciemment toléré la construction illicite. Les nouveaux propriétaires, pour leur part, ne savaient rien ni de l'arrangement tenu secret, ni de l'illicéité de la pergola, bien qu'ils se soient informés auprès de la commune. Ils doivent donc être protégés dans leur bonne foi, ce d'autant plus que les travaux effectués sur sa toiture sont de simples travaux d'entretien, qui n'ont pas aggravé l'illicéité déjà peu grave de la situation.

Dans une autre affaire en zone agricole également¹¹⁴, le Département neuchâtelois du développement territorial avait en 2003 ordonné l'évacuation de matériaux sans lien avec l'agriculture de la remise du constructeur, agriculteur. L'ordre avait été confirmé en 2006 par le tribunal administratif. Ce n'est toutefois qu'en 2014, à l'occasion d'une autre demande de permis de construire, que le Département a redemandé à ce que les matériaux soient évacués, correspondant à une période d'inactivité de dix ans. Le ton de notre Haute Cour, qui taxe le recourant de téméraire, est ici radicalement différent: l'ordre de remise en état a fait l'objet d'une procédure judiciaire complète, ce qui exclut en soi que l'on puisse prêter au Département une quelconque volonté d'accepter une

109 Arrêt du TF 1C_393/2009 du 04.01.2010 (Luzern LU), c. 5.1.

110 Arrêt du TF 1C_83/2012 du 18.07.2012 (Wangen-Brüttisellen ZH), c. 3.3; 1C_176/2009 du 28.01.2010 (Rüttenen SO), c. 2.2.1.

111 ATF 136 II 359 (Kriens LU) in RJ VLP-ASPAN n° 3957, c. 7.1.

112 Arrêt du TF 1C_176/2009 du 28.01.2010 (Rüttenen SO), c. 2.2.2.

113 Arrêt du TF 1C_196/2016 du 13.02.2017 (Le Landeron NE) in RJ VLP-ASPAN n° 5269.

114 Arrêt du TF 1C_302/2016 du 18.01.2017 (La Chaux-de-Fonds NE) in RJ VLP-ASPAN n° 5316.

situation contraire au droit, tout particulièrement hors de la zone à bâtir.

Quant aux dix ans d'inactivité, notre Haute Cour invoque des raisons pratiques évitables pour lesquelles l'administration ne peut procéder à une surveillance systématique et continue de l'exécution de ses décisions. Au contraire, on peut attendre du justiciable qu'il se conforme de lui-même aux décisions qui le concernent. De plus, le constructeur est dénué de toute bonne foi, puisqu'il a pris part à toutes les procédures ayant mené à l'ordre d'évacuation. La répétition de l'ordre d'évacuation est donc confirmée.

L'administration ne peut procéder à une surveillance systématique et continue de l'exécution de ses décisions. Le justiciable doit se conformer de lui-même aux décisions rendues.

Ces deux arrêts donnent une idée du genre de tolérance susceptible de fonder la protection de la confiance. Dans le premier cas, la tolérance du canton durant vingt ans constitue un choix éclairé et réfléchi de fermer les yeux sur la construction illicite. Dans le second à l'inverse, l'inactivité est plus brève et n'est surtout pas délibérée. S'y ajoute la mauvaise foi patente du constructeur, qui ne connaissait que trop bien l'illégalité de ses dépôts de matériaux.

Les acquéreurs du premier cas étaient en revanche de bonne foi, car la tolérance des autorités s'est organisée dans un relatif secret et car ils ne savaient rien de l'illicéité de la pergola. Ils ont en outre été bien inspirés de se renseigner auprès de la commune, car le Tribunal fédéral a précisé dans des arrêts antérieurs que

l'acquéreur d'une construction illicite hérite de la mauvaise foi du vendeur¹¹⁵. Il ne saurait s'appuyer sur le contrat de vente qu'il a conclu pour invoquer la protection de la confiance¹¹⁶. On attend au contraire de lui qu'il consulte le registre foncier, qu'il s'adresse à l'autorité communale et/ou cantonale s'il s'agit d'une construction hors zone à bâtir, voire qu'il exige du vendeur la production des autorisations de construire et des plans joints à ladite demande¹¹⁷. L'acquéreur est donc soumis à un devoir relativement étendu de due diligence¹¹⁸.

4.3.3 La bonne foi du constructeur

La bonne foi incombe tant aux autorités qu'aux particuliers (art. 5 al. 3 Cst.). Cette question joue un rôle central lorsque la protection de la confiance découle de l'inaction de l'autorité. Est de bonne foi l'administré qui suppose et qui en application de la diligence requise peut supposer que sa construction ou l'utilisation qu'il en fait est licite¹¹⁹. Cela implique de déterminer la mesure dans laquelle l'administré doit connaître, ou peut ignorer, le droit de la construction.

Tout d'abord, celui qui a construit de manière formellement illicite (la construction est susceptible d'être autorisée, mais aucune autorisation n'a été demandée) doit démontrer qu'il a de bonne foi méconnu la soumission à autorisation de construire, sans quoi il sera déchu de

115 Arrêt du TF 1C_533/2015 du 06.01.2016 (Künten AG) in RJ VLP-ASPAN n° 5021, c. 3.4; 1C_122/2016 du 07.09.2016 (Arzier-Le Muids VD), c. 6.2.2 s.

116 Arrêt du TF 1C_533/2015 du 06.01.2016 (Künten AG) in RJ VLP-ASPAN n° 5021, c. 3.4.

117 Arrêt du TF 1C_408/2009 du 11.02.2010 (St. Gall SG) in RJ VLP-ASPAN n° 3926, c. 3.3.3.

118 Voir la mise en garde de l'ARE sur <https://www.are.admin.ch/are/fr/home/developpement-et-amenagement-du-territoire/droit-de-l-amenagement-du-territoire/construction-hors-de-la-zone-a-batir.html> (09.10.2017).

119 ATF 136 II 359 (Kriens LU) in RJ VLP-ASPAN n° 3957, c. 7.1.

la possibilité de prétendre que sur le plan matériel, il croyait son projet conforme au droit¹²⁰. Selon le Tribunal fédéral, chacun, même profane sur le plan juridique, est censé connaître la soumission à autorisation de construire¹²¹. Ceci vaut non seulement lorsque des travaux sont réalisés¹²², mais aussi en cas de changement d'affectation sans mesures constructrices, telle la conversion de locaux d'habitation en locaux où exercer la prostitution¹²³ ou la création d'un logement en zone industrielle¹²⁴.

Il existe pourtant des cas-limites. Par exemple, peut-on exiger d'un coiffeur qu'il connaisse la soumission à autorisation de construire du salon qu'il a aménagé dans son garage alors qu'a priori, une telle entreprise n'a pas d'effets notables sur l'environnement ou l'équipement ? On peut résoudre ce problème en retenant le critère de l'investissement opéré: plus il est élevé, plus on pourra attendre du constructeur qu'il soit conscient de la nécessité d'une autorisation de construire pour son projet¹²⁵.

Le principe de séparation entre le milieu bâti et non bâti doit être connu de tous.

Ensuite, sur le fond, de manière générale, le principe de séparation entre le milieu bâti et non bâti doit être connu de tous. S'adressant aussi aux laïcs, il n'a pas à être connu dans les détails des articles 24 et suivants LAT, mais dans ses grandes lignes¹²⁶, à savoir que les zones de non-bâti, en particulier les zones agricoles, sont en principe inconstructibles. Par conséquent, celui qui construit ou effectue un changement d'affectation hors de la zone à bâtir sans demander d'autorisation est sauf circonstances particulières voué à la mauvaise foi.

De manière plus générale, on relèvera un devoir à charge du constructeur de s'informer avant de débiter les travaux, aussi et surtout s'il est laïc¹²⁷. Le fait de provenir de l'étranger

ne permet pas d'invoquer son ignorance des règles du droit de la construction¹²⁸. Ensuite, de nombreux facteurs peuvent rendre le constructeur de mauvaise foi:

- le fait qu'il poursuive les travaux alors que l'autorité l'a exhorté à les stopper¹²⁹ ou
- qu'une procédure d'autorisation de construire pour les travaux litigieux est pendante¹³⁰,
- qu'il n'en soit pas à sa première construction illicite¹³¹,
- qu'il ait été partie prenante à une procédure d'autorisation de construire par le passé¹³²,
- que le registre foncier spécifie l'utilisation admissible de certaines pièces¹³³,
- que le contrat de vente, s'il est acquéreur, indique les utilisations licites des locaux acquis¹³⁴.

120 FRITZSCHE/BÖSCH/WIPF, Zürcher Baurecht, 486.

121 Arrêt du TF 1C_179/2013 du 15.08.2013 (Mühleberg BE) in RJ VLP-ASPAN n° 4494, c. 5.3.

122 Arrêt du TF 1C_326/2011 du 22.03.2012 (Affoltern ZH) in RJ VLP-ASPAN n° 4334, c. 3.4.

123 Arrêt du TF 1C_83/2012 du 18.07.2012 (Wangen-Brüttisellen ZH), c. 3.2.

124 Arrêt du TF 1C_427/2014 du 25.03.2015 (Küssnacht a. R. SZ) in RJ VLP-ASPAN n° 4813, c. 10.1.2.

125 Arrêt du TF 1C_480/2011 du 24.04.2012 (Dietikon ZH) in RJ VLP-ASPAN n° 4346, c. 4.3 s.

126 Arrêt du TF 1C_143/2015 du 13.11.2015 (Finhaut VS) in RJ VLP-ASPAN n° 4957, c. 2.3.3.

127 Arrêt du TF 1C_533/2015 du 06.01.2016 (Künten AG) in RJ VLP-ASPAN n° 5021, c. 3.5.

128 Arrêt du TF 1C_83/2012 du 18.07.2012 (Wangen-Brüttisellen ZH), c. 3.4.

129 ATF 136 II 359 (Kriens LU) in RJ VLP-ASPAN n° 3957, c. 7.1.

130 Arrêt du TF 1C_333/2010 du 16.02.2011 (Veytaux VD), c. 4.2.

131 Arrêt du TF 1C_3/2010 du 01.07.2010 (Küssnacht a. R. SZ), c. 4.2.

132 Arrêt du TF 1C_12/2011 du 26.04.2011 (Thal SG) in RJ VLP-ASPAN n° 4111, c. 4.1; 1C_101/2011 du 26.10.2011 (Yverne VD) in RJ VLP-ASPAN n° 4261, c. 2.2.

133 Arrêt du TF 1C_408/2009 du 11.02.2010 (St. Gall SG) in RJ VLP-ASPAN n° 3926, c. 3.3.3.

134 Arrêt du TF 1C_622/2012 (St. Moritz GR) du 11.04.2013, c. 4.1.

Doit également être pris en compte le fait qu'il soit représenté par un professionnel de la branche, tel un architecte.¹³⁵

4.3.4 La pesée des intérêts

L'instrument de la protection de la confiance permet de faire échec au principe de légalité. Il convient donc de mettre en balance l'intérêt du constructeur à bénéficier de la protection de sa confiance et l'intérêt général à une correcte application du droit. Les conditions développées ci-dessus sont tellement strictes que ce n'est que rarement que le Tribunal fédéral s'adonne à une telle pesée des intérêts.

Il s'agissait dans un arrêt d'une constructrice ayant transmis à la municipalité un échantillon du crépissage qu'elle envisageait pour la rénovation de son bâtiment classé, en précisant que le crépissage se ferait «entre les pierres comme c'est actuellement le cas». La municipalité lui a retourné l'échantillon en indiquant qu'elle en approuvait la couleur, sans faire mention de l'étendue du crépissage. Elle a par la suite voulu contraindre la recourante à effectuer un crépissage intégral de la grange. Le Tribunal fédéral a retenu d'une part que l'approbation donnée sans réserves à une demande contenant de tels détails ne pouvait qu'être interprétée dans le sens d'une admission du crépissage partiel par la municipalité. D'autre part, l'intérêt public à la correcte application du droit était tenu, puisque le règlement communal au sujet du crépissage y prévoyait des exceptions, que la fiche cantonale recensant la grange la montrait déjà partiellement crépie et qu'en tous les cas, la recourante ne s'était jamais opposée au principe d'un crépissage complet, pour autant que la Municipalité en supporte les frais¹³⁶. L'intérêt public était dans ce cas non seulement tenu, mais pouvait en outre être sauvegardé même en retenant la protection de la confiance de la recourante.

En ce qui concerne les constructions hors de la zone à bâtir, la pesée des intérêts

penche en général en faveur de la remise en état, malgré la bonne foi du constructeur. En effet, si des constructions illégales sont tolérées à long terme, le principe de séparation entre milieu bâti et milieu non bâti est remis en question, et les comportements illicites sont ré-compensés¹³⁷.

En ce qui concerne les constructions hors de la zone à bâtir, la pesée des intérêts penche en général en faveur de la remise en état, malgré la bonne foi du constructeur.

4.4 Le lien entre proportionnalité et bonne foi

L'intransigeance du Tribunal fédéral s'explique aussi au carrefour entre bonne foi et proportionnalité, la première exerçant une influence déterminante sur la seconde. Certes, même un constructeur qui n'est pas de bonne foi peut invoquer le principe de la proportionnalité. Toutefois, celui qui place l'autorité devant un fait accompli doit s'attendre à ce que celle-ci se préoccupe plus de rétablir une situation conforme au droit que d'éviter les inconvénients qui en

135 ATF 132 II 21 (Turbenthal ZH) in RJ VLP-ASPAN n° 3092, c. 6.2.2.

136 Arrêt du TF 1C_149/2015 du 06.01.2016 (Coppet VD) in RJ VLP-ASPAN n° 4994, c. 5.2.

137 Arrêt du TF 1C_143/2015 du 13.11.2015 (Finhaut VS) in RJ VLP-ASPAN n° 4957, c. 2.4.



Pour apporter peut-être une note méditerranéenne à Montreux, un propriétaire avait planté des cyprès sur un terrain en pente. Malgré leur impact relativement faible sur le paysage, il a dû les enlever. Aux yeux du Tribunal fédéral, la mauvaise foi de l'intimé justifiait les 140'000 francs de frais occasionnés.

Source: Commune de Montreux

découlent pour lui¹³⁸. Lorsque le constructeur n'est pas de bonne foi, on considère qu'il a entrepris ses travaux en connaissance de son illicéité, et qu'il a donc agi à ses propres risques et périls¹³⁹.

Or comme déjà indiqué, le spectre de la bonne foi du constructeur est très réduit. On lui impose une connaissance approfondie de ses devoirs du point de vue du droit de la construction, de sorte qu'il n'est que très rarement considéré de bonne foi. Cette situation étouffe dans la plupart des cas une véritable pesée des intérêts. Est emblématique à cet égard le cas où le Tribunal fédéral reconnaît que l'importance de l'impact des cyprès matériellement illicites

des recourants sur le paysage «doit être relativisée», mais estime que leur mauvaise foi justifie malgré tout de prononcer l'enlèvement des arbres, pour des frais de 140 000 francs¹⁴⁰.

Le constructeur est rarement considéré de bonne foi. Or l'absence de bonne foi étouffe un réel examen de proportionnalité.

138 Arrêt du TF 1C_446/2010 du 18.04.2011 (Torny FR) in RJ VLP-ASPAN n° 4123, c. 5.1.1; ATF 123 II 248 (Oberägeri ZG) in RJ VLP-ASPAN n° 1473, c. 4.a; 111 Ib 213 (Gontenschwil AG) in RJ VLP-ASPAN n° 2126, c. 6.b.

139 ATF 136 II 359 (Kriens LU) in RJ VLP-ASPAN n° 3957, c. 9; Arrêt du TF 1C_533/2015 du 06.01.2016 (Künten AG) in RJ VLP-ASPAN n° 5021; 1C_70/2015 du 28.08.2015 (Montreux VD) in RJ VLP-ASPAN n° 4927, c. 4.2; 1C_202/2012 du 08.01.2014 (Wolfwil SO) in RJ VLP-ASPAN n° 4620, c. 5.1.3.

140 Arrêt du TF 1C_276/2010 du 21.10.2010 (Montreux VD) in RJ VLP-ASPAN n° 4041, c. 2.4.



Le centre Tannental, à Muri BE, était utilisé de façon monofonctionnelle, ce qui a valu à deux des trois enseignes locataires de devoir quitter les lieux. Le complexe est en effet conçu comme un bâtiment mixte, qui ne saurait abriter exclusivement des grandes surfaces spécialisées. Photo: F. Wyss, VLP-ASPAN



Cette nouvelle ferme, située à Wattenwil BE, reste pour l'instant inhabitée. Elle a été érigée en dépit du fait que les logements créés ne répondaient à aucun besoin agricole. Photo: J. Poux, VLP-ASPAN

Les dépôts de matériaux sont soumis à autorisation et ne peuvent être admis sous cette forme hors de la zone à bâtir.

Photo:
L. Bühlmann,
VLP-ASPAN





Grange ou remise pour l'entreposage de matériel agricole et de machines. À gauche, une serre. De tels abris pour matériel sont eux aussi soumis à autorisation de construire. Photo: A Straumann, VLP-ASPAN



Les agrandissements et transformations de bâtiments existants requièrent une autorisation de construire et ne peuvent être autorisés, hors de la zone à bâtir, qu'à des conditions restrictives. Les travaux non autorisés finissent toujours par susciter des litiges. Les constructions provisoires sont elles aussi assujetties à autorisation si elles sont destinées à rester plus de trois mois dans le paysage. Photo: L. Bühlmann, VLP-ASPAN

5 Le sort de la construction illicite épargnée

Il reste à exposer le sort d'une construction qu'on aura épargnée au nom de la proportionnalité, de la protection de la bonne foi, de l'égalité de traitement ou de la prescription. La construction jouit d'une certaine garantie de la situation acquise¹⁴¹: elle est à l'abri d'une mesure de remise en état, et par conséquent, le constructeur peut conserver sa construction

illicite et l'utiliser, respectivement poursuivre son utilisation illicite d'une construction licite. Il ne s'agit toutefois que d'un droit à bénéficier du statu quo. La construction ne saurait en aucun cas subir une quelconque modification qui aggraverait son illicéité¹⁴². Elle demeure en effet illicite¹⁴³.

141 Arrêt du TF 1C_318/2013 du 10.12.2013 (Collex-Bossy GE), c. 4.3.

142 Voir pour une construction tolérée en vertu de la protection de la bonne foi arrêt du TF 1C_196/2016 du 13.02.2017 (Le Landeron NE) in RJ VLP-ASPAN n° 5269, c. 2.2.

143 Cf. art. 24c al. 2 LAT et 41 al. 1 OAT; aussi ATF 132 II 21 (Turbenthal ZH) in RJ VLP-ASPAN n° 3092, c. 5.2.2; Arrêt du TF 1C_12/2011 du 26.04.2011 (Thal SG) in RJ VLP-ASPAN n° 4111, c. 3.3; 1C_486/2015 du 24.05.2016 (Leyzin VD) in RJ VLP-ASPAN n° 5136, c. 3.3.3.

6 Conclusion

La présente étude met à jour la tendance très nette du Tribunal fédéral à trancher en faveur de la remise en état. Du point de vue de sa justification dogmatique, la jurisprudence fédérale ne prête globalement pas le flanc à la critique. Ce que nous nommons «sévérité» chez notre Haute Cour est en réalité l'application de principes constitutionnels qui ont toujours répondu à des conditions restrictives. La maigreur de l'examen de proportionnalité, de prime abord choquante, s'explique de manière satisfaisante: le contenu de la proportionnalité est épuisé avant le stade de la remise en état, et l'exigence de la bonne foi inhibe la plupart du temps un examen de proportionnalité approfondi. Autrement dit, au non-sens économique de la remise en état, on oppose l'inconscience de celui qui a construit alors qu'il savait ou aurait dû savoir ses agissements illicites.

Le Tribunal fédéral applique ces principes pour un résultat correspondant la plupart du temps à ce que la première autorité, commune ou canton, a décidé, et encore plus souvent à ce que le tribunal cantonal a décrété. Hors de la zone à bâtir, il arrive que l'ARE, estimant l'arrêt cantonal trop laxiste, interjette recours auprès du Tribunal fédéral, avec un succès constant dans la période observée. Cette intervention, bienvenue s'il en est, ne devrait pas être la motivation première des autorités à faire respecter de manière conséquente, si nécessaire incisive, le droit de l'aménagement et des constructions.

Plus globalement en effet, les lois et les plans, en plus d'être le résultat d'un considérable effort de coordination, sont aussi des actes démocratiques, supposés adoubés par une majorité. Il est donc primordial que lorsqu'ils ne sont pas spontanément observés, l'au-

torité puisse remettre les contrevenants dans le droit chemin. Le respect du droit et des plans est aussi la condition sine qua non d'un développement territorial harmonieux et durable, qui déterminera les villes, villages et paysages de demain.

Nous sommes conscients que, la remise en état ayant beau être un acte juridique relativement simple, l'ordonner est un acte politique délicat, entraînant avec lui des coûts financiers et parfois même des dégâts d'image, en particulier dans de petites collectivités. Nous espérons malgré tout avoir insufflé un brin d'espoir en démontrant que le Tribunal fédéral se positionne clairement du côté d'une remise en état quasi systématique.

**Vincent Jobin**

MLaw

Actuellement avocat-stagiaire à Neuchâtel, Vincent Jobin a officié en tant que stagiaire juridique chez VLP-ASPAN durant trois ans, parallèlement à ses études. Il a étudié le droit aux universités de Neuchâtel – où il a obtenu un Bachelor puis un Master en droit –, Berne et Columbia (New York City). Ses domaines d'intérêt sont entre autres le droit public et privé de la construction, le droit pénal, le droit de la démocratie et le droit constitutionnel comparé.

**Impressum
Territoire & Environnement,
VLP-ASPAN**

Les dossiers du développement territorial, destinés aux membres de l'Association suisse pour l'aménagement national. Paraissent quatre fois par an, en français et en allemand.

Éditrice
VLP-ASPAN
Sulgenrain 20
CH-3007 Berne

Rédaction
Lukas Bühlmann, directeur
Christa Perregaux DuPasquier,
vice-directrice
Annemarie Straumann,
communication

Retouche d'images
Felix Wyss

Photo de couverture
Le «toit d'or» 2016 avec ses grandes lucarnes à Olten SO.
(Rémy Rieder, VLP-ASPAN)

Mise en page
Ludwig Zeller

Impression
galledia ag, 9442 Berneck

La reproduction des textes et des illustrations est autorisée moyennant indication de la source.

Les membres de VLP-ASPAN
bénéficient d'une remise de 10%

Nouveauté

Commentaire du nouveau droit de la construction hors de la zone à bâtir



**Commentaire pratique LAT:
Construire hors zone à bâtir**

Heinz Aemisegger
Pierre Moor
Alexander Ruch
Pierre Tschannen (éd.)

Février 2017

Livre

env. 400 pages, relié
978-3-7255-8528-1
133.20 CHF au lieu de env. 148.00 CHF

PrintPlus

env. 400 pages, PrintPlus
978-3-7255-8625-7
160.20 CHF au lieu de env. 178.00 CHF

Éditeurs:

Heinz Aemisegger, docteur en droit,
docteur honoris causa

Pierre Moor, professeur

Alexander Ruch, professeur

Pierre Tschannen, professeur

Les articles de lois sur les constructions hors zone à bâtir ont été plusieurs fois remaniés ces derniers temps. Ces modifications et le développement de la jurisprudence font l'objet de ce deuxième volume du Commentaire pratique LAT. Cet ouvrage relève la pertinence du principe fondamental en aménagement du territoire de la séparation des zones

à bâtir de celles qui ne le sont pas et explique les raisons sociétales et de politique agricole qui sont à la base de la situation actuelle. Les différentes dispositions légales sont ensuite commentées, en commençant par les constructions et installations conformes à la zone agricole et en poursuivant avec les exceptions pour des utilisations non conformes à celle-ci.

Bon de commande

Je commande le livre suivant avec une facture,
en profitant d'une remise de 10%:

___ Ex. Aemisegger | Moor | Ruch | Tschannen (éd.) **Commentaire pratique LAT: Construire hors zone à bâtir (livre)**, 978-3-7255-8528-1,
133.20 CHF au lieu de env. 148.00 CHF

___ Ex. Aemisegger | Moor | Ruch | Tschannen (éd.) **Commentaire pratique LAT: Construire hors zone à bâtir (PrintPlus)**, 978-3-7255-8625-7,
160.20 CHF au lieu de env. 178.00 CHF

Prénom/Nom	Titre/Fonction
Entreprise	
Rue/N°	NPA/Lieu
Date/Signature	E-mail

Cette offre est soumise à nos conditions générales de vente en vigueur et disponibles sur le site Schulthess (www.schulthess.com).
Les remises accordées ne sont pas cumulables avec d'autres remises ou offres promotionnelles.



Association suisse pour
l'aménagement national
Sulgenrain 20
CH-3007 Berne

Tél. +41 31 380 76 76
info@vlp-aspan.ch
www.vlp-aspan.ch