

Hypothèque légale et autres garanties de droit public à l'appui de la remise en état

Les frais liés à l'exécution par substitution d'un ordre de remise en état sont en principe mis à la charge de l'administré. La collectivité bénéficie de plusieurs types de garanties pour s'assurer du remboursement de ces frais. Dans la plupart des cantons, cette garantie revêt la forme d'une hypothèque légale de droit public cantonal (art. 836 CC).

Die Kosten, die mit der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands im Wege der Ersatzvornahme verbunden sind, werden grundsätzlich dem Verpflichteten auferlegt. Dabei stehen dem Gemeinwesen verschiedene Mittel zur Verfügung, mit denen sich die Rückerstattung dieser Kosten absichern lässt. In den meisten Kantonen besteht die Sicherheit in Form eines gesetzlichen Pfandrechts gemäss kantonalem öffentlichem Recht (Art. 836 ZGB).

Arrêts du Tribunal fédéral du 28 octobre 2021 (1C_224/2021), du Tribunal administratif du canton des Grisons du 21 avril 2020 (TA GR R 2018 89) et de la Cour de droit administratif et public du Tribunal cantonal vaudois du 5 juillet 2020 (CDAP VD AC.2019.0326)

Jean-Baptiste Zufferey, professeur à l'Université de Fribourg et à l'EPFL, président de l'Institut du droit de la construction

Alexandra Rayroux, titulaire du brevet d'avocat, assistante diplômée à l'Université de Fribourg

I. Les faits

(405) Lors de la réalisation d'une construction, les autorités sont confrontées à diverses difficultés: la construction peut se révéler illicite parce qu'elle *ne repose pas sur une autorisation* ou parce qu'elle *ne correspond pas entièrement à l'autorisation* de construire¹; le chantier peut également démarrer sans *jamais aboutir*. Dans tous ces cas, les autorités peuvent être confrontées à l'obligation d'ordonner la remise en état tant de la construction que de la parcelle concernée. Si l'administré ne s'exécute pas dans le délai imparti, l'autorité compétente est contrainte de procéder à une exécution par substitution; les frais sont alors mis à la charge de l'administré. Plusieurs instruments juridiques permettent de garantir le paiement de la créance en remboursement de ces frais.

II. Les arrêts

Dans son arrêt 1C_224/2021 du 28 octobre 2021, le Tribunal fédéral a eu à connaître de la validité d'une décision d'exécution par substitution de l'ordre de remise en état d'une ferme située en zone agricole et dans laquelle son propriétaire avait réalisé des travaux sans autorisation; cette décision prévoit la constitution d'une hypothèque légale en garantie des frais présumés encourus pour les travaux d'exécution par substitution².

Les arrêts cantonaux suivants traitent également d'affaires dans lesquelles la collectivité bénéficie d'une garantie pour les frais d'exécution d'un ordre de remise en état:

- L'arrêt R 2018 89 du 21 avril 2020 du Tribunal administratif du canton des Grisons concerne l'ordre de remettre en état le mur d'un centre de recyclage afin qu'il soit conforme aux conditions fixées dans l'autorisation de construire. La collectivité bénéficie dans ce contexte d'une hypothèque légale en garantie des coûts d'exécution par substitution³;
- La Cour de droit administratif et public du Tribunal cantonal vaudois a, quant à elle, déclaré irrecevable un recours contre la déclaration d'une collectivité selon laquelle elle allait requérir l'inscription d'hypothèques légales pour garantir les frais d'exécution par substitution de l'évacuation d'anciens bus entreposés de manière illicite⁴.

III. Le commentaire

A Les différents types de garanties

Les garanties de droit public comprennent tout moyen fondé sur la loi dont l'Etat dispose pour assurer le paiement de sa créance⁵. Ces moyens peuvent revêtir tant *les formes de sûretés que prévoit le droit privé*, que des types de *garanties spécifiques au droit public*⁶. Le droit cantonal valaisan illustre bien la diversité des différents moyens de garantie en lien avec la remise en état des constructions qui ne sont plus utilisées ou exploitées: l'art. 59 al. 1 LC/VS prévoit expressément l'obligation de fournir «sous forme adéquate (sûretés

³ TA GR R 18 89 (21.4.2020).

⁴ CDAP VD AC.2019.0326 (5.7.2021).

⁵ P. DUFÉY, L'Etat créancier, in: D. Hofmann/F. Waelti (éds), *Actualités juridiques de droit public* 2013, Berne 2013, p. 90.

⁶ Cf. D. PIOTET, La théorie des droits réels administratifs en Suisse – Réflexions à propos de l'impérialisme dogmatique du droit privé, in: B. Bovay/M. S. Nguyen (éds), *Mélanges Pierre Moor – Théorie du droit – Droit administratif – Organisation du territoire*, Berne 2005, p. 473.

¹ N. WISARD/S. BRÜCKNER/M. PIREK, Les constructions «illicites» en droit public – Notions, mesures administratives, sanctions, in: JDC 2019, p. 212.

² TF 1C_224/2021 (28.10.2021).

personnelles, sûretés réelles ou autres garanties)» la couverture des coûts de suppression, de remise en état complète, ainsi que des frais liés à une éventuelle exécution par substitution. Les sûretés personnelles et les autres garanties peuvent notamment prendre la forme d'un cautionnement, d'une garantie bancaire, de provisions au bilan ou encore d'une assurance; en revanche, le législateur valaisan n'a envisagé que le droit de gage immobilier comme sûreté réelle⁷. De son côté, le droit vaudois instaure une charge foncière de droit public au sens de l'art. 784 CC pour garantir l'obligation de démolir des constructions illicites situées dans l'aire forestière (cf. art. 102 al. 1 LVLFo/VD).

Les législateurs cantonaux sont libres d'instaurer des garanties de droit public dans les domaines qui relèvent de leurs compétences, par exemple en matière d'aménagement du territoire (art. 75 Cst.) ou de protection de la nature et du patrimoine (art. 78 al. 1 Cst.); lorsque la compétence d'édicter le droit matériel est fédérale, comme c'est le cas en matière de protection de l'environnement (art. 74 Cst.), de telles normes font partie de la législation cantonale d'exécution du droit fédéral⁸; la compétence est alors restreinte: s'ils optent pour une garantie réelle immobilière, l'art. 836 CC leur impose la forme de l'hypothèque.

B L'hypothèque légale de droit public cantonal (art. 836 CC)

1. En général

L'art. 836 CC permet aux cantons d'instaurer des hypothèques légales pour garantir des créances de droit public cantonal⁹. Ces hypothèques légales constituent des restrictions légales de droit public à la propriété (art. 26 al. 1 Cst.)¹⁰. Leur fondement figure nécessairement dans une base légale au sens formel¹¹.

Il s'agit d'un cas de réserve au sens impropre, puisque la compétence des cantons de prévoir des garanties pour leurs créances de droit public découle déjà de l'art. 3 Cst. et de l'art. 6 CC¹². Le droit cantonal régit notamment les conditions, les modalités et le rang des hypothèques légales de droit public¹³. A défaut de réglementation cantonale spécifique, les art. 805 ss et 832 ss CC s'appliquent à titre subsi-

diaire¹⁴; ces dispositions sont incorporées au droit cantonal et valent à titre de droit public supplétif⁵.

L'art. 836 CC a néanmoins une double portée: d'une part, cette disposition ouvre l'institution de l'hypothèque aux cantons pour garantir des créances de droit public cantonal¹⁶; cela permet de rendre la garantie réelle de droit public compatible avec les droits réels privés¹⁷. D'autre part, l'art. 836 CC limite la compétence des cantons dans la mesure où ils ont l'obligation de recourir à la forme de l'hypothèque pour les créances qui présentent un rapport direct avec l'immeuble grevé: la créance garantie doit trouver sa source dans la propriété foncière¹⁸; une disposition de droit cantonal qui prévoirait une hypothèque légale en garantie d'une prétention sans lien avec l'immeuble en question serait contraire au droit fédéral (art. 49 Cst.)¹⁹.

Il existe deux types d'hypothèques: lorsqu'elle naît de plein droit en même temps que la créance qu'elle garantit, l'hypothèque est dite «directe»; elle naît sans inscription au registre foncier²⁰. L'hypothèque est en revanche indirecte lorsque la loi se limite à conférer au créancier un droit de nature personnelle à l'inscription de l'hypothèque²¹. Si le droit privé fédéral priorise, depuis sa révision en 2012, le modèle de l'hypothèque légale indirecte afin d'améliorer l'effet de publicité du registre foncier, les cantons conservent la compétence de prévoir des hypothèques légales directes; l'art. 836 al. 2 CC limite toutefois leur opposabilité aux tiers: les hypothèques légales de plus de CHF 1000 qui ne sont pas inscrites au registre foncier dans les quatre mois à compter de l'exigibilité de la créance sur laquelle elles se fondent ou au plus tard dans les deux ans à compter de la naissance de la créance, ne peuvent plus être opposées aux tiers qui se sont fondés de bonne foi sur le registre foncier²².

2. Les réglementations cantonales

La plupart des législateurs cantonaux ont opté pour la solution de l'hypothèque légale de droit public cantonal pour garantir les frais de remise en état:

- Fribourg: si l'administré n'obtempère pas dans un délai convenable à l'ordre de remise en état de travaux non conformes, l'autorité compétente fait exécuter les travaux aux frais du propriétaire (art. 167 al. 3 cum art. 171 al. 1 LaTeC/FR). Les frais d'exécution par substi-

⁷ Message du Conseil d'Etat du canton du valais du 11 juin 2015 accompagnant le projet de décret modifiant la loi sur les constructions du 8 février 1996, p. 3 ch. 3.2.3.

⁸ TF 1C_564/2015 (2.6.2016), cons. 4.2.

⁹ S. ABBET STÉPHANE, L'hypothèque légale en garantie des créances de droit cantonal – Etude des législations des cantons romands, Not@lex 2017, p. 136; P. GAPANY, Hypothèques légales – La portée pratique des modifications du Code civil du 11 décembre 2009, JdT 2013 II p. 75.

¹⁰ P.-H. STEINAUER, Les droits réels, Tome III – Servitudes personnelles – Charges foncières – Droits de gage immobiliers – Droits de gage mobiliers, 5^e éd., Berne 2021, § 91 N 4394.

¹¹ R. DUNAND, L'hypothèque légale de droit public – Art. 836 C.C.S., th. Lausanne, Aigle 1928, p. 61 N 81.

¹² ATF 84 II 91, cons. 2.

¹³ Cf. STEINAUER (n. 10), § 91 N 4396.

¹⁴ C. THURNHERR, art. 836 CC N 2, in: T. Geiser/S. Wolf (éds), Zivilgesetzbuch II (Art. 457–977 ZGB – Art. 1–61 SchlT ZGB), Basler Kommentar, 6^e éd., Bâle 2019.

¹⁵ ZUCKER, Das Steuerepfindrecht in den Kantonen, th., Zurich 1988, p. 20 s.

¹⁶ ATF 96 I 714, cons. 4.

¹⁷ D. PIOTET, Traité de droit privé suisse – Les droits réels limités en général, les servitudes et les charges foncières, tome V/2, 2^e éd., Bâle 2012, p. 5 N 4.

¹⁸ ABBET (n. 9), pp. 136 et 140.

¹⁹ Idem, p. 141.

²⁰ P. SANSONETTI, Les garanties de la créance fiscale, JdT 2011 II p. 69.

²¹ STEINAUER (n. 10), § 92 NN 4406 et 4421.

²² Idem, § 91 N 4396.

tution sont alors garantis par une hypothèque légale au sens de l'art. 836 CC (art. 171 al. 4 LaTeC/FR).

Le droit cantonal fribourgeois a édicté aux art. 73 ss LACC/FR une *réglementation générale* des hypothèques légales de droit public: elles existent sans inscription au registre foncier (art. 73 al. 2 LACC/FR); le législateur a donc (exclusivement) opté pour des hypothèques légales directes. Le créancier peut toutefois décider de l'inscription (art. 73 al. 2, 2^{ème} phr. LACC/FR). Le législateur fribourgeois a également choisi de privilégier les hypothèques légales: celles-ci priment sur les droits de gage conventionnels et concourent à parité de rang entre elles (art. 73 al. 3 LACC/FR). Ces dispositions générales sont complétées par des lois spéciales.

- Il en va de même en Valais: les art. 177 ss LACC/VS règlent les modalités de l'hypothèque légale de droit public cantonal. L'hypothèque prend naissance avec la créance qu'elle garantit (art. 177 al. 2, 1^{ère} phr. LACC/VS). Elle n'est cependant privilégiée que si la loi qui l'institue le prévoit (art. 178 al. 1, 1^{ère} phr. LACC/VS); tel est le cas de l'hypothèque légale en garantie de la créance en remboursement des frais d'exécution par substitution d'un ordre de remise en état de projets exécutés sans autorisation de construire ou contrairement à l'autorisation délivrée: elle prime tous les autres droits de gage qui existent sur l'immeuble conformément à l'art. 60 al. 3 LC/VS.

En cas de pluralité d'immeubles, le gage est collectif (art. 177 al. 2 in fine LACC/VS)²³. Cette réglementation cantonale est conforme au droit fédéral uniquement si le gage garantit une même créance et que les immeubles grevés appartiennent au même propriétaire ou à des débiteurs solidaires (art. 798 al. 1 CC)²⁴. Dans tous les autres cas de gage constitué sur plusieurs immeubles pour une même créance, chacun des immeubles doit être grevé pour une part déterminée de celle-ci, conformément à l'art. 798 al. 2 CC.

- Le droit vaudois comporte également une réglementation générale (et subsidiaire) de l'hypothèque légale (art. 87 ss CDPJ/VD): selon ces dispositions, l'hypothèque est directe (art. 88 al. 1 CDPJ/VD); elle existe de lege et son inscription au registre foncier est de nature déclarative, et non pas constitutive²⁵. L'hypothèque s'éteint cinq ans après la première décision qui fixe le montant de la créance. Elle subsiste cependant au-delà de ce terme si la poursuite en réalisation de gage est restée annotée au registre foncier ou si la faillite du propriétaire est prononcée avant l'expiration de ce délai (art. 89 al. 1 CDPJ/VD).

En matière d'aménagement du territoire et des constructions, la législation prévoit une hypothèque légale en garantie de la créance de l'Etat en remboursement des frais qu'ont engendrés la suppression ou la modification

de travaux illicites (art. 105 al. 1 cum art. 132 LATC/VD). Cette hypothèque n'est pas privilégiée (art. 89 al. 2 CDPJ/VD a contrario); elle ne prime donc pas les droits de gage antérieurs.

- La solution genevoise diffère des régimes fribourgeois, valaisan et vaudois: les dispositions genevoises d'application du Code civil se contentent d'énumérer les créances qui bénéficient d'une hypothèque légale (cf. art. 147 al. 1 LaCC/GE); *la loi spéciale régit les modalités de l'hypothèque légale*. Par exemple, la loi sur les constructions et installations (LCI/GE) prévoit tant la possibilité pour l'autorité compétente d'ordonner la remise en état d'une construction, d'une installation ou d'une autre chose qui n'est pas conforme aux prescriptions légales ou à l'autorisation délivrée (art. 129 let. e cum art. 130 LCI/GE), de procéder aux travaux d'office en cas d'urgence, de danger imminent ou à l'expiration du délai d'exécution (cf. art. 133 LCI/GE); la même loi prévoit l'hypothèque légale: selon l'art. 142 al. 1 LCI/GE, le remboursement des frais qu'a entraînés l'exécution des travaux d'office ainsi que le paiement des émoluments administratifs et des redevances prévues dans la loi sont garantis par une hypothèque légale (art. 836 CC); il en va de même des amendes administratives infligées aux propriétaires. L'hypothèque prend naissance, sans inscription, en même temps que la créance qu'elle garantit; elle peut faire l'objet d'une inscription à titre déclaratif au registre foncier (art. 142 al. 2, 1^{ère} phr. cum al. 5 LCI/GE). Elle est en premier rang, en concours avec les autres hypothèques légales de droit public et prime tout autre gage immobilier (art. 142 al. 2 LCI/GE). Les intérêts, les frais de réalisation et autres accessoires légitimes de la créance sont garantis au même rang que le capital (art. 142 al. 3 LCI/GE). A relever que le droit cantonal genevois prévoit une mesure de publicité supplémentaire: en vertu de l'art. 136 LCI/GE, le département peut requérir la mention de l'ordre de remise en état au registre foncier (art. 961 CC)²⁶. Une telle mention doit à notre sens attirer l'attention du plaideur sur l'éventuelle existence d'une hypothèque légale en cas d'exécution par substitution.
- Le système zurichois présente des similitudes avec le droit genevois: la loi d'application du Code civil règle uniquement les créances pour lesquelles il existe une hypothèque légale de droit public cantonal: (1) le § 194 EG ZGB/ZH énumère les créances qui bénéficient d'une hypothèque légale directe; il s'agit d'une liste exhaustive. (2) Le § 197 EG ZGB/ZH instaure des hypothèques légales indirectes, notamment en faveur des communes pour les mesures d'exécution réalisées sur des biens-fonds (§ 197 let. c EG ZGB/ZH); cette hypothèque garantit notamment les frais d'exécution par substitution des ordres de remise en état (§ 341 PBG/ZH cum § 30 al. 1 let. b VRG/ZH)²⁷.

²³ Pour un autre exemple de gage collectif: cf. art. 88 al. 1 CDPJ/VD.

²⁴ S. ABBET, L'hypothèque légale en garantie des créances de droit public, RDAF 2009 II p. 412.

²⁵ TC VD AC.2019.0326 (5.7.2021), cons. 4.

²⁶ Pour un exemple: CACJ GE ATA/761/2005 (8.11.2005).

²⁷ C. FRITZSCHE/P. BÖSCH/T. WIPF/D. KUNZ, Zürcher Planungs- und Baurecht – Band I – Planungsrecht, Verfahren und Rechtsschutz, 6^e éd., Wädenswil 2019, p. 626.

– Le législateur bernois a, quant à lui, combiné les régimes : d’une part, les art. 109 ss LiCCS/BE règlent de manière détaillée les modalités de l’hypothèque légale : si celle-ci est directe, elle s’éteint en principe à défaut d’inscription au registre foncier dans un délai de six mois. D’autre part, ces dispositions énumèrent de manière exhaustive les créances qui bénéficient de la garantie ; parmi elles figure la créance de la commune en remboursement des coûts de l’exécution par substitution des ordres de remise en état (art. 109a al. 1 let. e LiCCS/BE cum art. 47 al. 2 LC/BE). Il est intéressant de relever que le droit bernois spécifie en fonction de chaque créance quelle collectivité publique est au bénéfice d’une hypothèque : canton, commune ou autre organisme chargé de tâches publiques (art. 109 à 109b LiCCS/BE). Les hypothèques constituées en faveur du canton et des communes priment celles des organismes chargés de tâches publiques ; entre elles, elles concourent à rang égal ; les hypothèques qui garantissent les créances de ces organismes sont tout de même privilégiées par rapport aux droits de gage privés (cf. art. 109e LiCCS/BE).

3. Les aspects de procédure

a) La décision

Lorsque l’administré n’obtempère pas à un ordre de remise en état, l’autorité lui fixe en principe un délai supplémentaire avant de prononcer l’exécution par substitution puis d’y procéder²⁸. Dans ce contexte, l’hypothèque légale peut être constituée soit dans la décision d’exécution, soit dans la décision ultérieure relative aux frais²⁹. Le prononcé de l’hypothèque doit toujours faire l’objet d’une décision sujette à recours, indépendamment du type d’hypothèque que prévoit le droit cantonal : la décision qui instaure une hypothèque indirecte est condamatoire³⁰ ; celle relative à une hypothèque directe est constatatoire³¹. Cette décision constitue un titre de mainlevée (cf. art. 80 al. 2 ch. 2 LP)³².

La mesure d’exécution par substitution – qu’elle soit prévue dans l’ordre de remise en état lui-même ou qu’elle fasse l’objet d’une commination ultérieure³³ – impacte la situation juridique de l’administré : l’obligation initiale de procéder à la remise en état est remplacée par l’obligation de tolérer l’intervention de l’Etat ou d’un tiers et de s’acquitter des frais qu’elle engendre. Par conséquent, l’administré peut toujours recourir contre la décision qui lui impose de suppor-

ter les frais de l’exécution par substitution ; le droit zurichois codifie expressément cette possibilité (§ 30 al. 1 let. b VRG/ZH)³⁴. En cas d’admission du recours, la créance de la collectivité disparaît ; l’hypothèque légale s’éteint avec cette créance (cf. p. ex. art. 179 al. 2 LACC/VS). Il n’est en revanche plus possible de contester un ordre de remise en état entré en force à l’occasion d’un recours contre la décision d’exécution par substitution³⁵.

Les litiges en matière d’hypothèque légale constituée en garantie d’une créance de droit administratif se règlent selon le droit public ; cela vaut en particulier pour les frais liés à l’exécution par substitution d’un ordre de remise en état. Devant le Tribunal fédéral, la voie du recours en matière de droit public est en principe ouverte (art. 82 let. a LTF)³⁶. L’administré peut uniquement se prévaloir des motifs de recours de l’art. 95 LTF ; or le droit cantonal règle les modalités de l’hypothèque légale et à défaut, comme déjà exposé plus haut, les art. 805 ss et 832 ss CC s’appliquent à titre de droit public supplétif. Par conséquent, l’administré qui entend contester les modalités de l’hypothèque légale peut uniquement invoquer la violation de l’interdiction constitutionnelle de l’arbitraire, dès lors que le litige porte sur du droit cantonal (comme tel ou supplétif) ; le recours doit en plus satisfaire à l’exigence de motivation accrue de l’art. 106 al. 2 LTF³⁷. Ces exigences ne s’appliquent pas au stade du recours cantonal.

b) La réalisation

L’hypothèque légale de droit public cantonal est un *gage immobilier au sens de l’art. 37 al. 1 LP*³⁸. La collectivité créancière peut par conséquent choisir de poursuivre l’administré qui ne s’acquitte pas des frais d’exécution par substitution soit par la voie de la saisie, soit par la procédure en réalisation de gage au sens des art. 151 ss LP³⁹. Si la collectivité requiert une poursuite par voie de saisie, l’administré a la possibilité de former une plainte (art. 17 LP) contre la notification du commandement de payer et d’exiger que la collectivité exerce son droit de gage (*beneficium excussionis realis*). Le droit cantonal peut restreindre cette faculté et prévoir que la garantie que confère l’hypothèque légale intervient uniquement à titre subsidiaire⁴⁰ ; tel est par exemple le cas en droit cantonal valaisan⁴¹ : il n’y a pas de « bénéfice de discussion réelle » (*recte*) en matière d’hypothèque légale de droit public (art. 179 al. 3 LACC/VS).

²⁸ Plus en détails pour la procédure bernoise d’exécution par substitution : A. ZAUGG/P. LUDWIG, *Kommentar zum bernischen BauG*, vol. I., 5^e éd., Berne 2020, art. 47 N 4.

²⁹ D. O. ADLER, *Die Errichtung des Grundpfandrechts nach § 197 EG ZGB*, PBG 2020 p. 14.

³⁰ P. STÄHLI, *Das Steuergrundpfandrecht, unter besonderer Berücksichtigung des bernischen Rechtes*, th. Berne 2006, p. 330 N 6.38 ; *contra* : GAPANY (n. 9), p. 80.

³¹ TC FR 102 2017 133 du 24 août 2017, cons. 2c).

³² STÄHLI (n. 30), p. 331 N 6.41 ; T. WIPF, *Widerrechtlich gebaut – wie es dann weiter geht*, in : BRT 2019, p. 188.

³³ Contesté ; plus en détails : J. DUBEY/J.-B. ZUFFEREY, *Droit administratif général*, Bâle 2014, § 39 N 2285 ss.

³⁴ FRITZSCHE/BÖSCH/WIPF/KUNZ (n. 27), p. 626.

³⁵ TF 1C_224/2021 (28.10.2021), cons. 4.2.

³⁶ G. BOVEY, art. 836 N 6, in : P. Pichonnaz/B. Foëx/D. Piotet (éds), *Code civil II* (art. 457-977 CC – art. 1-61 Tit. fin. CC), Commentaire romand, Bâle 2016.

³⁷ THURNHERR (n. 14), art. 836 N 6.

³⁸ N. JEANDIN, *Les privilèges de l’art. 219 LP*, SJ 2013 II p. 183.

³⁹ ABBET (n. 9), p. 145.

⁴⁰ THURNHERR (n. 14), art. 836 N 35.

⁴¹ ABBET (n. 9), p. 145 s.