

Constructions illégales : revirement de jurisprudence ?

Constructions illégales hors de la zone à bâtir : l'obligation de rétablir un état conforme au droit ne s'éteint pas après 30 ans.

Illegale Bauten ausserhalb der Bauzone: auch nach 30 Jahren keine Verwirkung der Pflicht zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands.

Arrêt du Tribunal fédéral du 28 avril 2021 (1C_469/2019, 1C_483/2019)¹

Jean-Baptiste Zufferey, professeur à l'Université de Fribourg, président de l'Institut du droit de la construction
Judith Gelblat, MLaw, assistante diplômée à l'EPFL (Chaire de droit de l'Université de Fribourg)

Les faits

(405) La propriétaire d'un terrain en zone agricole dépose une demande de permis de construire afin de légaliser plusieurs constructions situées sur sa parcelle en zone agricole dans la commune de Neuenkirch (LU). La demande porte notamment sur un entrepôt érigé en 1972. Le Conseil communal puis le Tribunal cantonal lucernois renoncent à exiger la démolition de cet entrepôt : ils se fondent sur la péremption jurisprudentielle de la compétence des autorités d'ordonner le rétablissement d'un état conforme au droit après 30 ans, maintes fois appliquée tant en zone à bâtir qu'en dehors. Les recourants et l'ARE soutiennent que ce régime ne s'applique pas hors de la zone à bâtir ; ils demandent à titre principal d'annuler la décision attaquée et d'imposer le rétablissement d'une situation conforme au droit. Le Tribunal fédéral admet leurs conclusions.

L'arrêt

Le Tribunal fédéral rappelle d'abord que la loi ne régleme pas la péremption de l'obligation de rétablir un état conforme au droit (cons. 4). Depuis 1981, sa jurisprudence concernant les constructions en zone à bâtir est néanmoins claire : afin de préserver la sécurité juridique, le droit des autorités à exiger la remise en conformité s'éteint après trente ans, sous réserve de cas particuliers (cons. 4.1 ; ATF 107 Ia 121). L'application de cette jurisprudence aux constructions hors de la zone à bâtir est par contre restée en suspens jusqu'à aujourd'hui et il convient de l'examiner afin de combler un vide juridique au sens de l'art. 1 al. 2 CC (cons. 4.2 ss).

Dans l'arrêt ATF 107 Ia 121, le Tribunal fédéral s'est appuyé sur deux arguments principaux pour fonder le régime de péremption en zone à bâtir : (1) la sécurité juridique et (2) les difficultés à déterminer les pratiques cantonales et communales après trente ans. Or, selon le Tribunal fédéral, ces problèmes ne se posent pas, ou différemment, en zone agricole (cons. 5.1). En effet, le droit fédéral est applicable depuis 1972 hors de la zone à bâtir, sans marge de manœuvre pour les autorités communales ou cantonales ; il est donc aisé de déterminer la légalité d'une construction (cons. 5.2 s.), tandis qu'établir les circonstances de la construction et d'éventuelles modifications qui fixeraient le début du délai de la prescription acquisitive (art. 662 CC) ne serait possible qu'au prix d'efforts considérables (cons. 5.4). De plus, la fonction de cette prescription du droit civil est de remédier à la divergence entre situation juridique alléguée et situation juridique réelle. En l'espèce, seule la compétence d'exiger la mise en conformité s'éteint pour l'autorité, lorsque la construction elle-même n'est pas légalisée et ne bénéficie pas des droits accordés aux constructions conformes. Dès lors, la contradiction entre la planification et la réalité est maintenue (voir arrêt du TF 1C_558/2018 du 9 juillet 2019, cons. 4.3). Pour ces raisons, le Tribunal fédéral considère que les principes de sécurité juridique et d'égalité de traitement sont mieux servis s'il est clair qu'une construction illicite hors de la zone à bâtir ne sera pas tolérée, nonobstant l'écoulement du temps (cons. 5.4).

Le Tribunal fédéral rappelle encore que la séparation entre zone à bâtir et zone agricole découle des objectifs constitutionnels et du principe d'utilisation rationnelle du territoire (art. 75 Cst. et art. 1 LAT). Concrètement, cela se traduit par l'interdiction générale de construire en dehors de la zone à bâtir ; la situation diffère ainsi de ce qui prévaut en zone à bâtir, où la construction est par définition autorisée si elle respecte les prescriptions légales. Ces principes seraient remis en cause si l'on considérait que l'écoulement du temps empêche la suppression de constructions illégales (cons. 5.5). En outre, l'intérêt privé à jouir de constructions illégales en dehors de la zone à bâtir ne fait pas le poids face aux intérêts publics énoncés (cons. 5.6).

En conclusion, l'obligation de rétablir un état conforme au droit en zone agricole ne s'éteint pas après trente ans (cons. 5.7). Le recours est admis : toutes les constructions litigieuses doivent être démantelées et les terres agricoles

¹ L'arrêt sera publié aux ATF. Il figure également dans d'autres revues : A. BRASSEL, Keine Verwirkung der Wiederherstellung ausserhalb der Bauzonen, DRSK (digitaler Rechtsprechungs-Kommentar) vom 16. August 2021 ; Praxis 8/2021, S. III ; BR/DC 5/2021 Nr. 445, 489, 501, 549, 576 ; Plädoyer 3/2021, p. 44.

remises en état. Le Tribunal fédéral renvoie l'affaire au Tribunal cantonal de Lucerne pour qu'il fixe le délai d'exécution (cons. 9).

Le commentaire

1. Le régime applicable en zone à bâtir

L'obligation d'obtenir une autorisation de construire est une restriction au sens de l'art. 36 al. 1 Cst. du droit de propriété: elle repose sur l'art. 22 LAT en tant que base légale pour tout le territoire suisse; elle est d'intérêt public, car elle permet un contrôle de la conformité des constructions avec le droit applicable et la proportionnalité est satisfaite dans la mesure où l'on considère qu'un contrôle préalable est plus adéquat que la démolition d'une construction illégale². Lorsque cette obligation n'est pas respectée, quelle que soit la zone, il appartient à l'autorité d'ordonner le rétablissement d'une situation conforme au droit (suppression des ouvrages et remise en état des terrains)³. En zone à bâtir, cette compétence de l'autorité n'est toutefois pas absolue et est soumise à un délai de péremption de trente ans; instauré en 1981 par le Tribunal fédéral dans une affaire concernant un reboisement ordonné après un défrichement non autorisé⁴, ce défaut fut confirmé en 1983 dans le cas d'une construction érigée sans droit⁵. La péremption porte uniquement sur le droit de l'autorité d'exiger la remise en état d'une installation non conforme; elle n'a aucun effet sur la licéité de la construction. Ainsi, en cas de destruction de l'installation, il n'y a pas de droit à la reconstruction⁶; le propriétaire ne peut pas se prévaloir du régime de situation acquise pour modifier l'installation⁷; en cas d'expropriation formelle, aucune indemnité n'est due pour la valeur perdue de la construction illicite.

Le délai de trente ans se fonde sur une application dite analogique de l'art. 662 CC relatif à la prescription acquisitive du propriétaire foncier: le propriétaire du bâtiment construit ou modifié sans autorisation «acquiert» le droit de le maintenir dans un état non conforme au droit. Cette durée reposait sur des considérations pratiques: dans les années 80, trente ans semblaient être la limite permettant de déterminer avec certitude le comportement des autorités⁸. Aujourd'hui, une durée plus importante serait envisageable au vu de la digitalisation de l'administration.

Le délai ne commence à courir qu'une fois les travaux soumis à autorisation achevés⁹. S'il est possible de distinguer

différents ouvrages en construction, chacun est assujéti à un délai distinct¹⁰. Le moment déterminant pour l'échéance du délai est le prononcé de la décision de remise en état, et non son entrée en force¹¹.

La péremption de trente ans, même bien établie, n'est pas absolue et dépend toujours des circonstances¹². Ainsi, la compétence des autorités peut s'exercer au-delà de ce délai si des motifs de police l'exigent (lorsque le maintien de la situation illégale implique un risque direct ou indirect pour la vie ou l'intégrité des personnes)¹³ ou si l'administré fait preuve de mauvaise foi¹⁴. À l'inverse, le droit d'exiger la remise en état peut être supprimé avant l'écoulement des trente ans lorsque le principe de la bonne foi le commande; ainsi lorsque l'autorité compétente a toléré un état de fait dont elle connaissait l'illégalité et si l'administré est de bonne foi¹⁵. Le régime des trente ans exprime en outre un minimum constitutionnel, qui permet donc un régime de droit cantonal plus favorable (en zone à bâtir uniquement, car hors zone, le régime de droit est exhaustif; art. 24 ss LAT)¹⁶.

2. L'appréciation du cas

D'emblée une remarque de procédure: l'ARE a recouru au Tribunal fédéral (en plus des opposants). C'est le lieu de rappeler qu'en vertu de l'art. 89 al. 2 lit. a LTF et de l'art. 48 al. 4 OAT, cet office dispose d'un droit de recours autonome, à savoir sans avoir nécessairement participé à la procédure avant le stade du Tribunal fédéral. L'ARE exerce régulièrement ce droit, sur la base de tous les arrêts de dernière instance cantonale qui doivent lui être communiqués spontanément lorsqu'ils concernent des états de fait hors zone à bâtir (art. 2 lit. d de l'ordonnance RS 173.110.47).

Le publiciste intéressé à la dogmatique est ravi des précisions que l'arrêt fournit sur l'application analogique de l'art. 662 CC: il ne s'agit pas d'un cas de prescription; pas non plus vraiment d'un cas de péremption, mais d'une impossibilité pour l'autorité de mettre à exécution son pouvoir d'ordonner des mesures administratives tendant au respect de la réglementation de droit public. Ensuite, il n'y a pas d'acquisition par le propriétaire d'un état conforme au droit. Le mot «analogie» est ainsi usurpé; en définitive, la référence à l'art. 662 CC ne fournit qu'une information sur le fait que pour le législateur fédéral, trente ans est un chiffre qu'il

² A. RUCH, Art. 22 n° 29, in: H. Aemisegger et al. (édit.), Commentaire pratique LAT – Autorisation de construire, protection juridique et procédure, Genève/Zurich/Bâle 2020.

³ Idem, n° 67 s.

⁴ ATF 105 Ib 265, cons. 6, JdT 1981 I 250.

⁵ ATF 107 Ia 121, cons. 1b, JdT 1983 I 299.

⁶ TF 1A.17/2004 du 19 mai 2004, cons. 2; TC FR 2A 01 77 du 27 février 2002, cons. 5c, RDAF 2002 I 109.

⁷ TF 1C_486/2015 du 24 mai 2016, cons. 2.1.2.

⁸ ATF 107 Ia 121 (n. 5), cons. 1b.

⁹ ATF 136 II 359, cons. 8.3, JdT 2011 I 446; 105 Ib 265 (n. 4), cons. 6b; TF 1C_564/2010 du 7 juillet 2011, cons. 2.2.

¹⁰ TF 1C_726/2013 du 24 novembre 2014, cons. 5, RDAF 2017 I 388.

¹¹ TF 1A.78/2005 du 19 janvier 2006, cons. 5.2.

¹² ATF 132 II 21, cons. 6.2, JdT 2006 I 707; 107 Ia 21 (n. 5), cons. 1a et 2b; 105 Ib 265 (n. 4), cons. 6c.

¹³ ATF 107 Ia 121 (n. 5), cons. 1a; TF 1C_176/2019 du 13 novembre 2019, cons. 4; TC FR 602 2016 106 du 22 mars 2018, cons. 4a; TA ZH VB.2016.00804 du 8 juin 2017, cons. 5.6.

¹⁴ ATF 132 II 21 (n. 12), cons. 6.3.

¹⁵ ATF 136 II 359 (n. 9), cons. 7; 132 II 21 (n. 12), cons. 6.3; TF 1C_50/2020 du 8 octobre 2020, cons. 8.4; 1C_412/2016 du 1^{er} décembre 2016, cons. 2.5; 1P.768/2000 du 19 septembre 2001, cons. 3a, ZBI 2002, p. 188.

¹⁶ TF 1C_150/2016 du 20 septembre 2016, cons. 10.4 et 10.5, BR/DC 2017, p. 117 n° 343; voir aussi TF 1C_50/2020 du 8 octobre 2020, cons. 8.4; 1C_249/2017 du 14 novembre 2017, cons. 4.1.1 et 6.3; 1P.768/2000 du 19 septembre 2001, cons. 5b.

considère comme raisonnable pour fixer le seuil à partir duquel une situation de fait peut bénéficier d'une certaine protection juridique. Ce chiffre semble d'ailleurs avoir une certaine valeur «biblique», car on le trouve dans des jurisprudences concernant d'autres domaines de la construction au sens large; c'est ainsi que pour les sites contaminés, le Tribunal fédéral affirme qu'en raison de l'art. 32c al. 1 LPE, l'obligation de prendre des mesures d'investigation, de surveillance ainsi que d'assainissement, et de les financer en vertu de l'art. 32d LPE, ne se prescrivent pas¹⁷, respectivement ne se périment pas après trente ans¹⁸, nonobstant le fait que l'autorité aurait eu connaissance de la pollution ou qu'elle y aurait contribué par exemple en accordant une autorisation¹⁹.

Au vu du nombre de décisions qui ont jusqu'ici admis la péremption de la compétence de l'autorité pour des constructions hors zone à bâtir et bien que le Tribunal fédéral s'en défende, cet arrêt s'apparente à un revirement de jurisprudence. Sur le fond, on ne peut être que d'accord avec le nouveau régime applicable hors zone à bâtir: (1) le principe de séparation entre milieu bâti et non bâti est effectivement cardinal en droit suisse de l'aménagement du territoire et son effet positif est (encore) visible sur le terrain; il s'inscrit dans la perspective du développement durable, qui passe par une utilisation judicieuse du sol et une occupation rationnelle du territoire²⁰. (2) Le droit pour l'autorité d'ordonner une remise en état en tout temps préserve également d'autres intérêts publics, notamment la limitation du nombre et des dimensions des constructions en zone agricole ainsi que le respect du principe de l'égalité devant la loi²¹.

Inévitablement cependant, ce nouveau régime soulève de nouvelles questions. En voici deux:

1. Que faut-il entendre par «zone à bâtir»? L'ancien régime présentait l'avantage d'inclure toutes les zones, de sorte que cette question de délimitation ne se posait pas. La logique voudrait qu'il s'agisse de la zone à bâtir au sens matériel du droit fédéral (art. 15 LAT), quelles que soient les dénominations utilisées par le droit du canton concerné respectivement le règlement communal de la zone considérée. Au surplus, les «autres zones» de l'art. 18 LAT exigeront à chaque fois une appréciation de la situation: (1) les constructions illicites au sein des petites entités urbanisées (art. 33 OAT) devraient être considérées comme des constructions en zone à bâtir; (2) les installations illicites dans des zones d'extraction ou de décharge et des zones d'activités sportives ou de loisirs ne devraient pas pouvoir se réfugier derrière leur vétusté de plus de trente ans; (3) non plus que les ouvrages en tout genre érigés dans des territoires non affectés.
2. Comment gérer l'évolution de la planification au cours des trente ans? La question se pose à plus forte raison désormais que les dézonages se multiplient et qu'ainsi de nombreuses parcelles se retrouvent hors zone à bâtir. C'est bien sûr le droit en vigueur au moment de la construction qui permettra de la qualifier d'illicite ou non. Par contre, à notre avis, la réglementation en vigueur au moment de l'ordre de remise en état devrait primer pour savoir si le régime des trente ans s'applique ou non, et non pas la planification qui prévalait au moment où la construction litigieuse a été réalisée; en effet et comme exposé par le Tribunal fédéral, son caractère illicite dès l'origine empêche de la mettre au bénéfice de la garantie de la situation acquise, de sorte qu'elle ne saurait être immunisée contre les effets de son passage en zone agricole et ne devrait donc pas pouvoir revendiquer la protection des trente ans. De même, il ne devrait pas être possible de déduire dans le calcul des trente ans les années passées hors zone à bâtir.

Les institutions telles que la prescription ou la péremption fondent leur ratio legis sur la recherche de sécurité juridique. Dans cette optique, ne serait-il dès lors pas souhaitable que la LAT codifie le moment à partir duquel les constructions illicites sont immunisées? À notre avis non, car d'aucuns pourraient y voir une incitation officielle à violer le droit de l'aménagement du territoire et de la construction.

¹⁷ TF 1C_17/2019 du 29 juillet 2019, cons. 4.2, DEP 2020, p. 285; TF 1C_18/2016 du 6 juin 2016, cons. 5.2, RDAF 2017 I 440; TF 1C_524/2014 du 24 février 2016, cons. 8.

¹⁸ TF 1C_17/2019 (n. 17), cons. 4.5.

¹⁹ Idem, cons. 4.5 et 5.

²⁰ ATF 122 I 326, cons. 4a, JdT 1997 I 433; plus récemment TF 1C_76/2019 du 28 février 2020, cons. 7.1; 1C_341/2019 du 24 août 2020, cons. 6.1; S. HAAG, Art. 75 n° 4, in: Marteney/Dubey (édit.), Commentaire romand – Constitution fédérale, Bâle 2021; R. MUGGLI, Remarques préliminaires relatives aux articles 24 à 24e et 37a LAT n° 16, in: Aemisegger et al. (édit.), Commentaire pratique LAT – Construire hors zone à bâtir, Genève/Zurich/Bâle 2017; A. GRIFFEL, Art. 75 n° 21, in: B. Waldmann et al. (édit.), Bundesverfassung, Commentaire bâlois, Bâle 2015.

²¹ Cf. TF 1C_163/2020 du 17 juin 2021, cons. 3.8; 1C_76/2019 du 28 février 2020, cons. 7.11; 1C_508/2018 du 15 juillet 2019, cons. 2.1; 1C_276/2016 du 2 juin 2017, cons. 3.3. Eg.: ATF 132 II 21, cons. 6.4; 111 Ib 213, cons. 6b.