

Journées suisses
du droit de la construction 2019

les constructions «illicites» en droit public

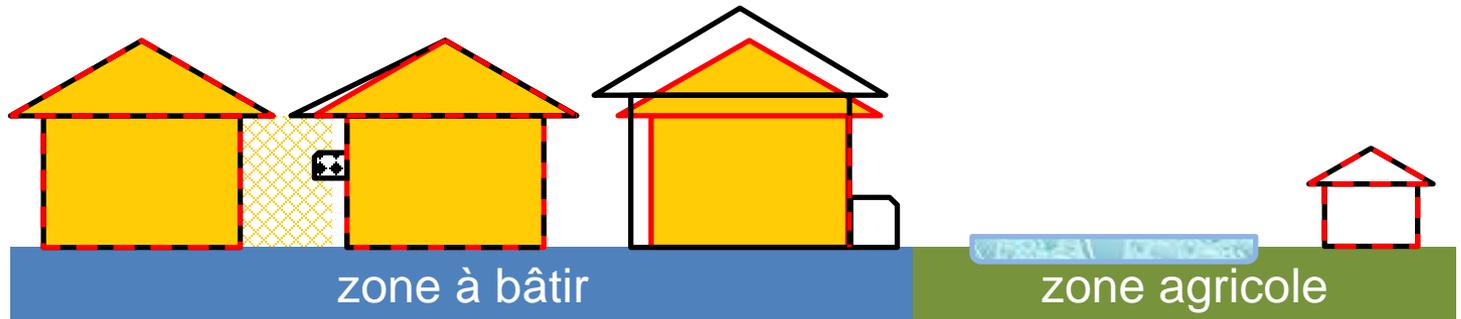
N. Wisard / S. Brückner / M. Pirek



typologie

Illégalité formelle: écart entre la situation existante *de facto* et la situation validée par un titre juridique (NB: distinct de la notion de vice formel des autorisations)

Illégalité matérielle: incompatibilité de la situation existante (de facto ou autorisée) et les règles légales applicables



	Maison 1	Maison 2	Maison 3	Piscine	Chalet
Illégalité formelle	x	x	x	x	- => x
Illégalité matérielle	-	x	x	x	x => x

plan d'analyse

Portée de la distinction entre illégalité formelle et matérielle:
structuration de l'approche pour les mesures et sanctions
contre les constructions illégales :

- Possibilité de légaliser la situation existante par un titre juridique ?
 - autorisations *a posteriori*
- A défaut: rétablissement d'une situation de fait conforme au droit ?
 - mesures administratives
- Exceptionnellement: tolérance (formalisée) de la situation illégale
- Sanction de l'illégalité (formelle et/ou matérielle) ?



principes cardinaux

Principes matériels

- Légalité
- Intérêt public
- Proportionnalité
- Bonne foi
 - de l'administré
 - de l'administration
- Prescription/péremption

Garanties formelles

- Droit d'être entendu
- Participation des tiers
- Protection juridictionnelle



acteurs

Propriétaires, maîtres d'ouvrages, etc :

- Mise en cause du perturbateur par situation plutôt que du perturbateur par comportement
- Personnes physiques ou morales
- Approche *propter rem*: opposabilité aux successeurs détenteurs

Autorités

- Autorités communales (cantonales) de police des constructions
- Autorités cantonales de surveillance
- Autorités cantonales spécialisées ?
- Autorités fédérales: ARE – recours au TF
 - Devoir de communication; coordination

Tiers

- Dénonciateurs
- Voisins / organisations



légalisation *a posteriori*

Droit à l'examen de la possibilité de régulariser par une autorisation *a posteriori*

- ouverture d'une procédure ordinaire complète
- sauf si l'examen préjudiciel révèle l'inutilité de la procédure

Aspects procéduraux

- injonction de requérir une autorisation: décision ?
- refus de (laisser) ouvrir une procédure ordinaire: recours ?

Régularisation

- état illégal 1:1
- marge d'évolution du projet ?

Effets de la régularisation

- légalisation de l'objet
- répression du comportement réservée



instrumentarium

Art. 46 Loi sur les constructions / Neuchâtel (RS-NE 720.0)

¹ Lorsqu'une construction ou une installation n'est pas conforme aux prescriptions de la présente loi ou aux autorisations délivrées, la commune peut ordonner notamment les mesures suivantes:

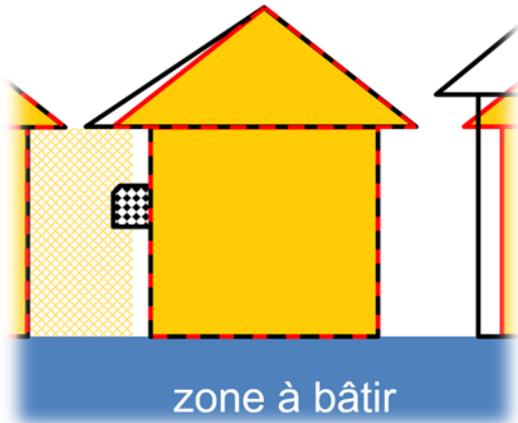
- a) la suspension des travaux;
- b) l'interdiction d'utiliser des installations ou leur mise hors service;
- c) l'interdiction d'occuper, d'utiliser ou d'exploiter tout ou partie d'un bâtiment ou de locaux;
- d) l'évacuation de tout ou partie d'un bâtiment ou de locaux;
- e) les réparations, les transformations, les améliorations et l'entretien jugés nécessaires;
- f) la remise en état, la suppression ou la démolition.

- Mesures provisoires
- Mesures administratives portant limitation d'exploitation
- Mesures administratives portant obligation de travaux
- Mesures d'exécution



Remise en conformité par travaux de transformation

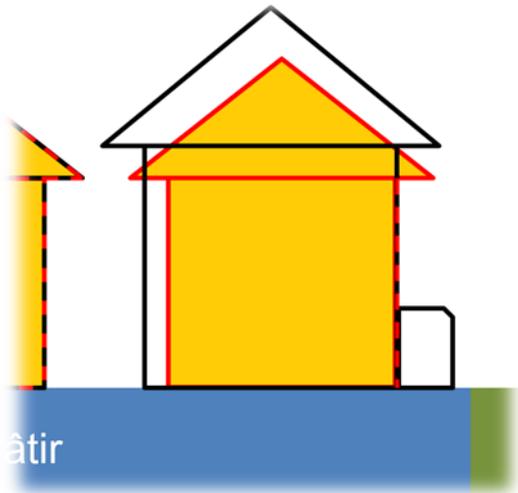
- Intérêt public en jeu: esthétique / feu / voisinage
- Proportionnalité
 - ✓ Adéquation OK
 - ✓ Subsidiarité: pas de mesures adéquates (resp. efficace) en intervenant sur l'exploitation
- Proportionnalité au sens étroit (nécessité):
 - ✗ **remise en état du toit inexigible (cas bagatelle)**
 - ✗ **dépassement du balcon à tolérer**
(ex. : TF 1C_64/2011, 9.6.2011)



- ❖ ZAB
- ❖ *Dépassement de l'autorisation*

Remise en conformité par travaux de transformation

- Intérêt public en jeu: esthétique / voisinage / densité
- Proportionnalité
 - ✓ Adéquation OK
 - ✓ Subsidiarité: pas de mesures efficace en intervenant sur l'exploitation (nécessité de contrôles administratifs subséquents)
- Proportionnalité au sens étroit (nécessité):
 - ✓ Transformation du toit (réduction gabarit) et suppression de l'étage additionnel exigible (?); coûts corrélés à la gravité de l'infraction (ex: TF 1C_480/2011 du 24.4.2012; ex contraire: 1C_260/2008 du 26.9.2008 – revêtement toiture)
 - ✓ Démolition de l'appentis/jardin d'hiver: total (ex: TF 1C_33/2014 du 18.9.2014) ou par suppression des installations de chauffage (BVR 2003 p. 97)



- ❖ ZAB
- ❖ Dépassement du gabarit
- ❖ Dépassement de l'autorisation



Remise en conformité par travaux de démolition

- Intérêt public en jeu: séparation des zones à bâtir / non à bâtir
- Proportionnalité
 - ✓ Adéquation OK
 - ✓ Subsidiarité
 - Proportionnalité au sens étroit (nécessité):
 - ✓ **Coûts corrélés à la gravité de l'infraction** (ex: 1C_480/2011 du 24.4.2012)
 - ✓ **Perte de valeur immobilière sans pertinence, surtout si l'investissement a été engagé sciemment – mauvaise foi** (ex: TF, 1C_564/2010 du 7.7.2011)

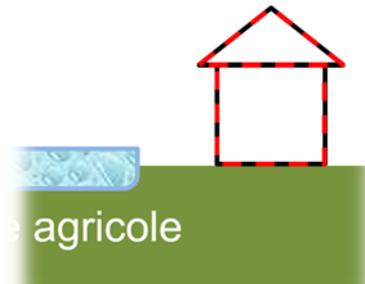


- ❖ Hors ZAB
- ❖ Non conforme à la zone
- ❖ Pas d'autorisation



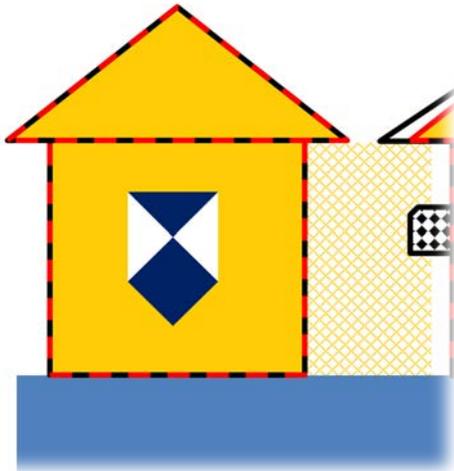
Remise en conformité par travaux de démolition

- Intérêt public en jeu: séparation des zones à bâtir / non à bâtir
- Proportionnalité
 - ✓ Adéquation OK
 - ✓ Subsidiarité
 - Proportionnalité au sens étroit (nécessité):
 - ✓ **Coûts corrélés à la gravité de l'infraction**
 - ✓ **Perte de valeur immobilière sans pertinence**
 - ? **Autorisation obtenue de l'autorité communale: bonne foi du propriétaire**
(ex: 1A.208/2006 du 24.5.2007; 1C_537/2011 du 26.4.2012; 1C_464/2015 du 14.6.2016)



- ❖ *Hors ZAB*
- ❖ *Non conforme à la zone*
- ❖ *Autorisation par une autorité incompétente*





Remise en conformité par travaux de reconstruction

- Intérêt public en jeu: protection du patrimoine
- Proportionnalité
 - ? Adéquation: sens de la reconstitution (TC FR 602 2014 129 du 19.05.2014)
 - ✓ Subsidiarité
 - ✓ Proportionnalité au sens étroit (nécessité): (p. ex. 1C_152/2009 du 12.10.2009)

- ❖ *Objet patrimonial protégé*
- ❖ *Démolition sans autorisation*

**REMISE EN
CONFORMITE**



Synthèse fine et mesurée

On rase tout !

(du moins dans la jurisprudence (TF) et pour les constructions illégales hors zone à bâtir)

... sauf les pures bagatelles

... et sauf si l'action administrative est neutralisée ...



déchéance du droit de l'autorité

- **Egalité de traitement (dans l'illégalité)** rarissime
(1C_398/2011 du 7.3.2012)
- **Bonne foi**
 - de l'administré: jamais suffisante
 - de l'administration
 - assurances expresses (ex: 1C_497/2010 du 30.5.2011)
 - tolérance active – quid de l'octroi du permis d'occuper ?
(ex: 1C_537/2011 du 26.4.2012)
 - tolérance passive
 - connaissance (due, de bonne foi) de la situation et absence de réaction
(ex: RJN 2006 p. 240)
 - connaissance par cadastration ? (ex: 1C_277/2012 du 16.11.2012)
 - taxation fiscale (ex: SJ 2012 I 477)
- **Prescription / péremption**
 - Délai (relatif/absolu) selon législation cantonale (art. 57 al. 4 LC-VS)
 - 30 ans – sous réserve d'intérêt public majeur (ATF 107 Ia 121)
 - Dies a quo: fin des travaux (unité)

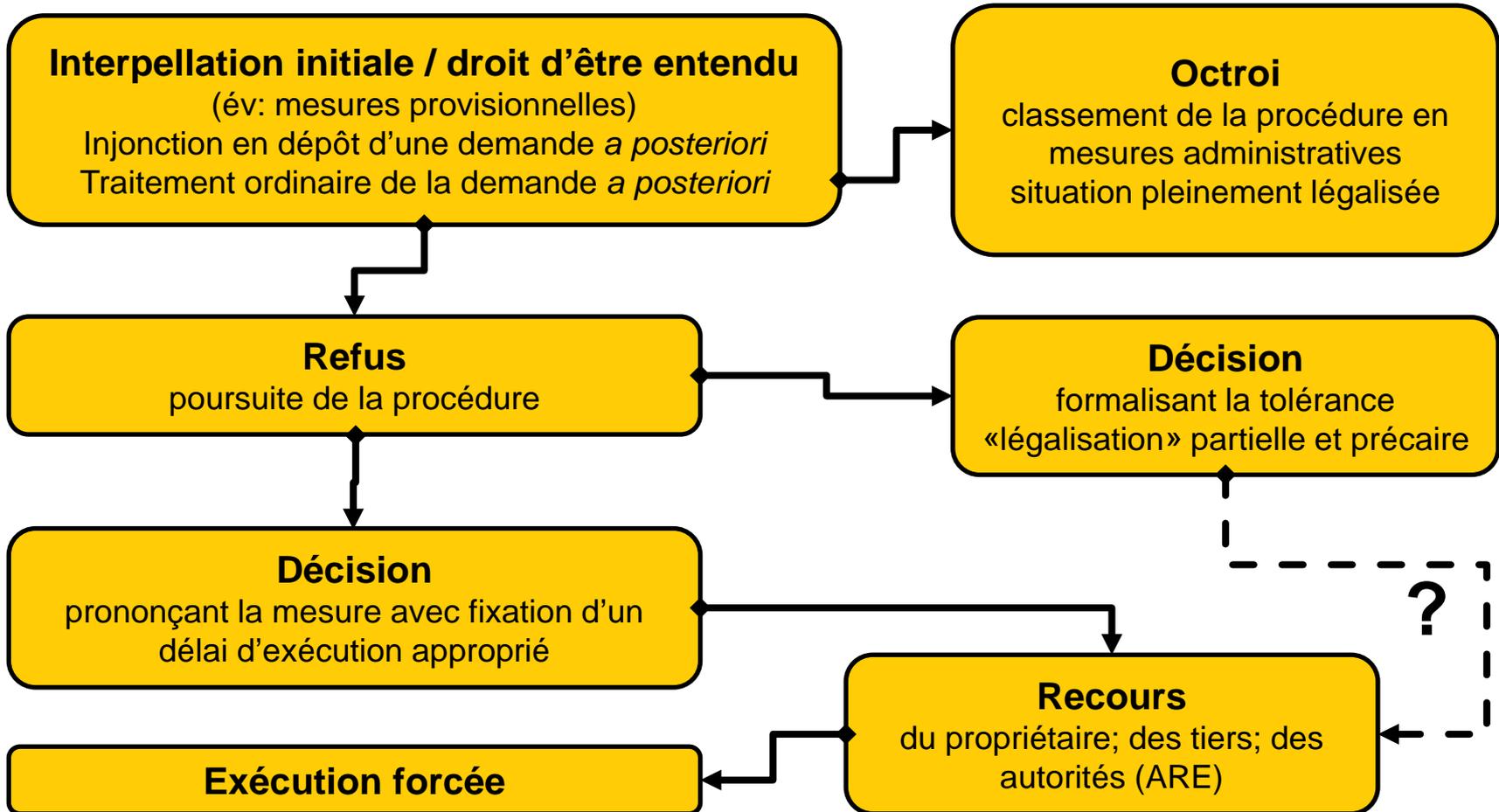


déchéance du droit de l'autorité tendances jurisprudentielles

- **Proportionnalité**
examinée pour l'essentiel au stade du prononcé de fond de la mesure : sur le principe de l'intervention et sur le choix de la mesure; reste encore déterminante quant à la configuration des tolérances
- **Bonne foi de l'administré**
compte dans l'appréciation de la proportionnalité
- **Bonne foi de l'administration**
 - Promesses expresses: piste très étroite
 - Tolérance active: comportement (de l'autorité compétente pour les mesures) frontalement contradictoire: rare (permis d'occuper ?)
 - Tolérance passive: marge de qualification étendue
- **Egalité dans l'illégalité**
conditions rigoureuses, et protection non absolue
- **Prescription**
arme non absolue puisque fonction des intérêts publics concernés



questions de procédure



exécution forcée

Quand

- **Décision principale exécutoire**
 - Constat d'une illégalité
 - Ordre de remise en état ou autre mesure administrative
- **Inaction du destinataire de l'ordre au terme du délai fixé**



exécution forcée procédure

1. Sommation

Rappel de l'obligation violée

Fixation d'un délai de grâce

Annonce de l'exécution forcée en
cas d'inexécution

Annonce du mode d'exécution forcée

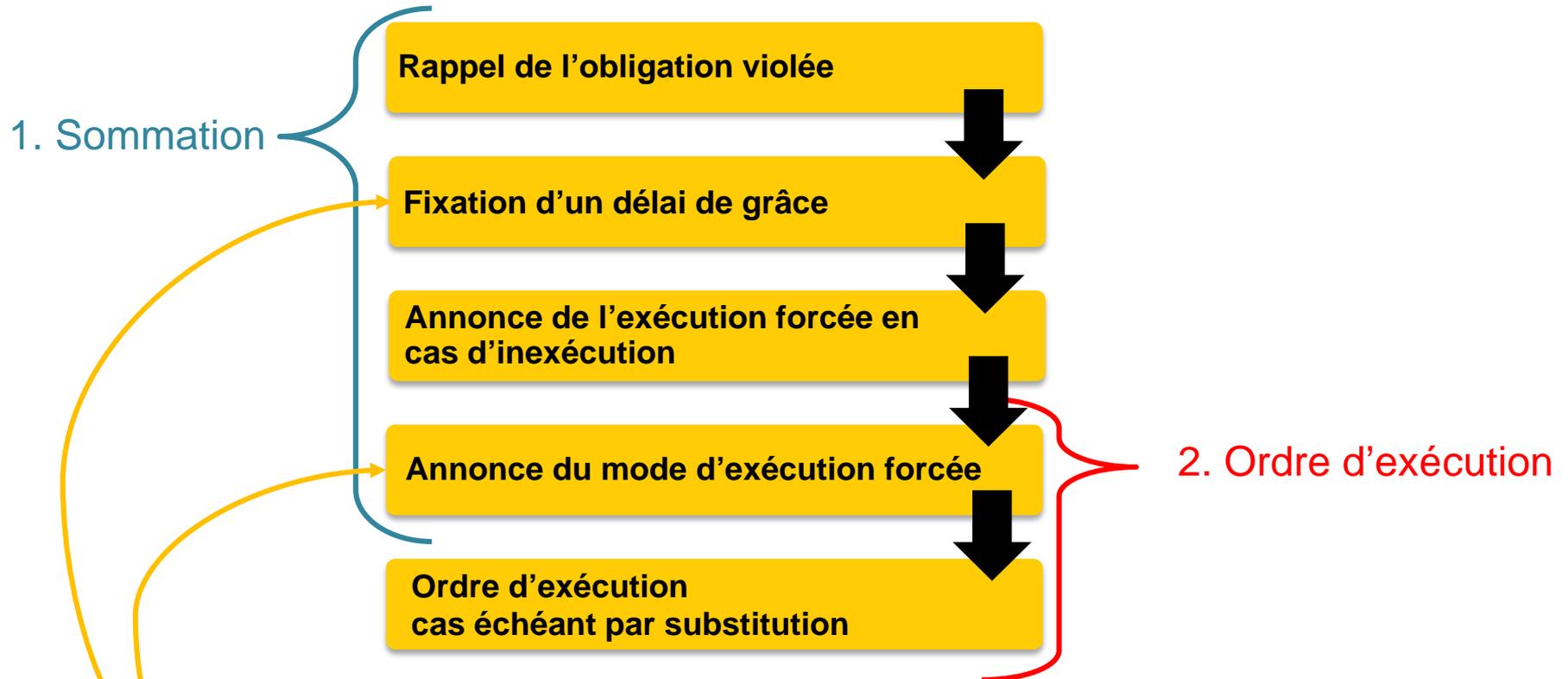
Ordre d'exécution
cas échéant par substitution

2. Ordre d'exécution

Principes généraux du droit administratif applicables à chaque étape
TC-FR du 1.10.2004 in RDAF 2006 I 67



exécution forcée contrôle judiciaire



Recours possible contre la sommation et contre l'ordre, mais uniquement contre les éléments nouveaux. **1C_107/2014 du 1^{er} avril 2014**



exécution forcée

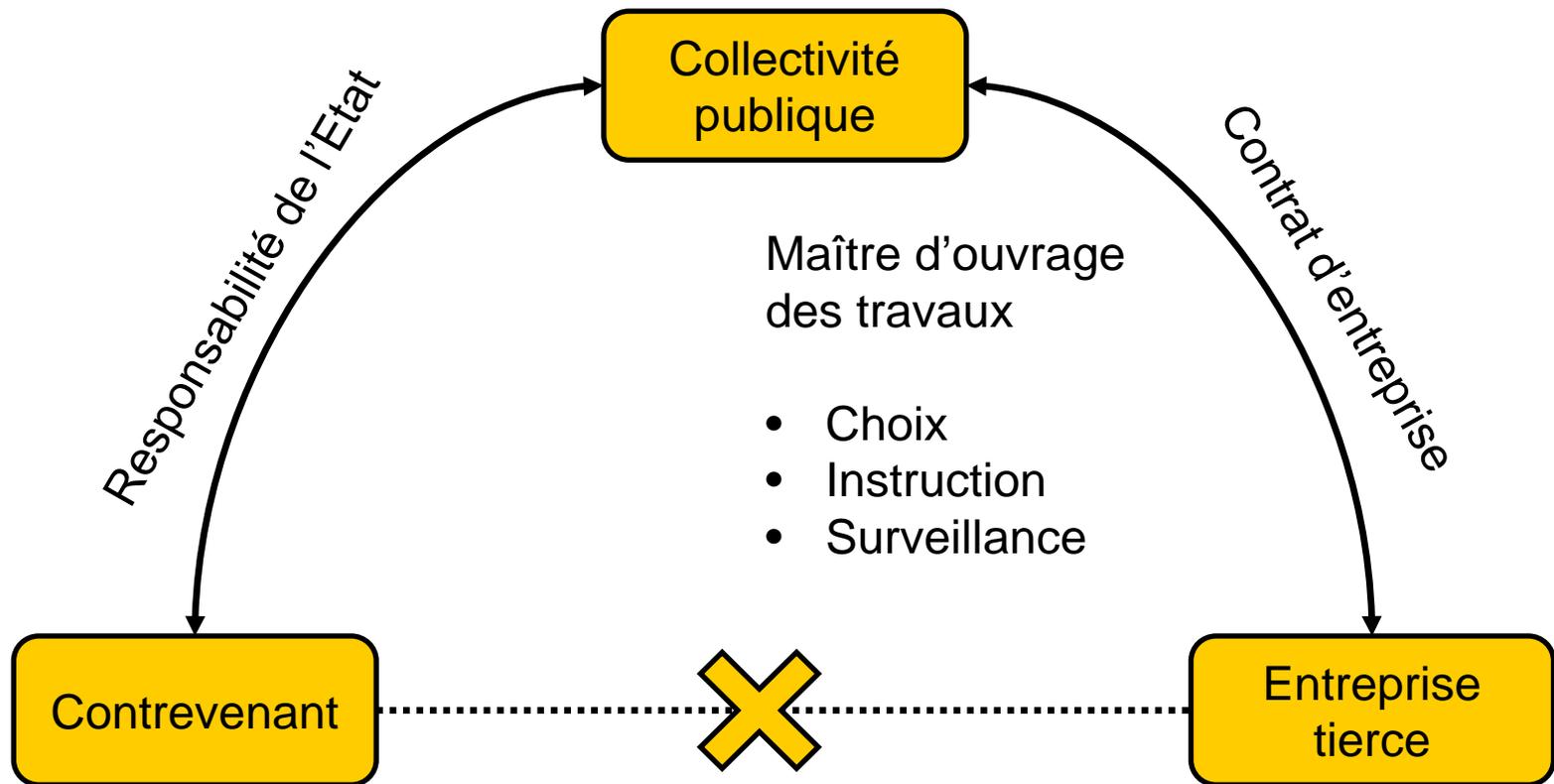
Mise en œuvre de l'exécution

- **Directe** (ex: évacuation) ou **par substitution** (ex: démolition)
- **Modalités**
l'acte de mise en œuvre n'est pas une décision sujette à recours
1P_19/2007 du 13 février 2017
- **Attribution des travaux à un tiers**
pas un marché public – libre choix de l'autorité
RDAF 2006 I 67 / BR/DC 2006 184



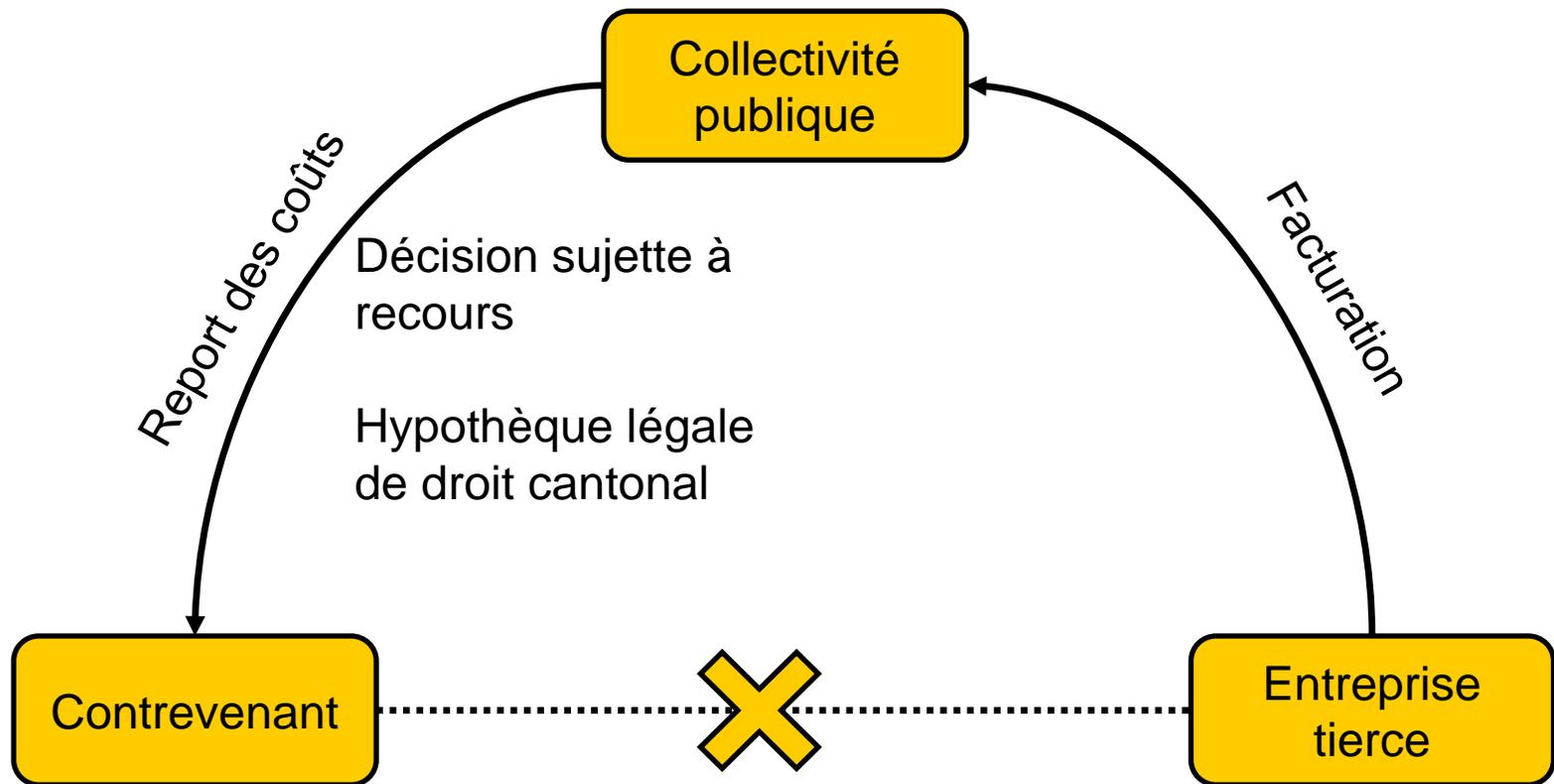
exécution forcée

Exécution par substitution – Relations juridiques



exécution forcée

Exécution par substitution – Relations financières



exécution forcée

Exécution par substitution – Enjeux pour l'autorité

Référence de jurisprudence : RDAF 2006 I 67

1. Sommation

- Base: la décision en force
- Délai de grâce – adéquat
- Délai et voies de recours
- Prononcé exécutoire nonobstant recours

2. Ordre

- Base: les décisions en force
- Information du contrevenant sur les modalités d'exécution
- Délai et voies de recours
- Prononcé exécutoire nonobstant recours



exécution forcée

Exécution par substitution – Enjeux pour l'autorité

3. Exécution

- Responsabilité dans le choix de l'entreprise
prix usuels, responsabilité uniquement pour négligence grave
- Responsabilité dans le suivi des travaux
rôle de maître d'ouvrage

4. Report des coûts

- Uniquement pour les coûts nécessaires à l'exécution
responsabilité uniquement pour négligence grave
- Décision sujette à recours
- Hypothèque légale



notions

définitions et distinctions

- Répression de l'illégalité formelle



- Cumul possible avec la prise de mesures administratives – absence de violation du principe *ne bis in idem* (1C_555/2013 du 28.03.2014, c. 8.1 ; art. 130 al. 2 LATC-VD)
- Indépendance par rapport aux mesures administratives

notions

définitions et distinctions

- Les différents types de sanctions
 - Selon la nature de la sanction : sanctions purement administratives vs sanctions administratives de nature pénale
 - Selon l'autorité de poursuite : sanctions de droit pénal administratif vs sanctions pénales cantonales (compétence : art. 335 al. 2 CP) ou fédérales (p. ex. art. 229 CP et 292 CP)

- L'importance de la distinction entre ces types de sanctions
 - Règles de procédure applicables et autorités compétentes
 - Principes applicables à la fixation de la quotité de la sanction
 - Application de la partie générale du Code pénal à titre de droit cantonal supplétif



notions

catalogue des sanctions

- Amendes, voire peines privatives de liberté de substitution
 - Sanction la plus fréquente
 - Sanction en principe de nature pénale
 - Subsidiarité de l'art. 292 CP
- Confiscation d'un avantage illicite, voire créance compensatrice de l'Etat (art. 71 CP)
- Refus d'un avantage administratif
- Sanctions disciplinaires à l'encontre des MPQ
 - But de maintien de l'ordre et de fonctionnement correct de la profession, de sauvegarde du bon renom et de la confiance des citoyens ainsi que de protection du public (**2C_448/2014 du 5.11.2014, c. 4.2**)
 - Cumul possible avec les sanctions pénales



destinataires

- Cercle de destinataires plus large qu'en matière de mesures administratives
- Auteur de l'infraction vs principe du perturbateur
- Complice
 - Lorsque le droit cantonal le prévoit (art. 105 al. 2 CP)...
 - ... ou par le biais de la notion de perturbateur par comportement
- Nécessité pour le droit cantonal de prévoir expressément les entreprises comme destinataires d'une amende (art. 105 al. 1 CP *cum* 102 CP)



conditions matérielles de la répression

- Contenu de la base légale
 - Définition de l'infraction et de l'auteur
 - Exigence accrue de motivation de la décision si faible densité normative des dispositions cantonales
 - Enoncé de la peine
 - Amendes, sanctions disciplinaires et refus d'un avantage administratif (si conditions légales remplies)
 - Admissibilité d'un renvoi au CP pour le retrait d'un avantage illicite

- Faute
 - Condition indépendante de la nature de la sanction
 - Intentionnelle ou par négligence (art. 12 al. 1 CP)

- Degré de réalisation de l'infraction ?

- Prescription



fixation de la quotité de la sanction

- Principes applicables
 - si sanction pénale ou de nature pénale → art. 47 ss et 106 al. 3 CP
 - si sanction purement administrative → principe de la proportionnalité

- Similarité *de facto* des critères utilisés
 - Degré de gravité de l'infraction (cas graves : construction en dépit du refus d'autorisation, bâtiments protégés ou recensés, établissement d'une attestation non conforme à la réalité)
 - Mobile, antécédents, gravité de la faute, situation personnelle de l'auteur
 - Degrés de réalisation (tentative) et de participation (complicité)

- Si par son comportement l'auteur viole plusieurs dispositions cantonales → fixation d'une peine d'ensemble et non cumul des peines (art. 49 CP)



éléments essentiels de procédure

- Procédure pénale
 - Garanties d'un procès équitable de l'art. 6 CEDH
 - Droit d'être entendu
 - Principe *in dubio pro reo*

- Absence d'inscription dans le casier judiciaire des infractions de droit cantonal (art. 9 let. a OVOSTRA)

- Le cas particulier du canton de Genève
 - Amendes administratives (selon le législateur) à caractère pénal (d'après la jurisprudence)
 - Conséquence : **TF 6B_120/2018, 6B_136/2018 du 31.07.2018**





merci pour votre attention

N. Wisard / S. Brückner / M. Pirek

