

# Coordination entre plusieurs permis de construire : sécurité ou bonne application du droit ?

Dans le cadre d'une procédure d'autorisation de construire relative à des installations équestres hors de la zone à bâtir, le Tribunal administratif du canton de Zoug rejette le recours des opposants dirigé exclusivement contre deux des trois permis de construire délivrés. L'ARE saisit ensuite le Tribunal fédéral en contestant les trois permis de construire. Quel est l'objet du recours? Une autorisation de bâtir (provisoirement) entrée en force peut-elle être contestée devant le Tribunal fédéral ultérieurement? Le principe de la coordination formelle et matérielle (art. 25a LAT) prime-t-il celui de la sécurité du droit?

*In einem Verfahren, in dem das Verwaltungsgericht des Kantons Zug Beschwerden gegen zwei von drei zusammenhängenden Baubewilligungen abwies, führte das ARE Beschwerde beim Bundesgericht gegen die drei Baubewilligungen. Was ist der Gegenstand der Beschwerde? Kann eine (vorläufig) rechtskräftige Baubewilligung zu einem späteren Zeitpunkt vor Bundesgericht angefochten werden? Hat der Grundsatz der formellen und materiellen Koordination (Art. 25a RPG) Vorrang vor dem Grundsatz der Rechtssicherheit?*

Arrêt du Tribunal fédéral du 27 avril 2022 (1C\_238/2021)<sup>1</sup>

**Cléa Bouchat**, Dr iur., chargée de cours à l'Université de Lausanne, avocate, Lausanne

**Vincent Bays**, Dr iur., avocat-stagiaire, Lausanne<sup>2</sup>

## Les faits

**(406)** Des propriétaires de terrains en zone agricole déposent un projet global de construction comprenant trois demandes de permis de construire sur leurs parcelles sises dans la Commune de Risch (ZG). Les trois demandes de permis de construire concernent les sites d'Oberfreudenberg et de Freudenberg et portent notamment sur la construction d'installations pour la détention de chevaux (RI-2019-045 [Oberfreudenberg, parcelle 1500], RI-2019-046 [Freudenberg, parcelle 386] et RI-2019-047 [Oberfreudenberg, parcelle 1500]). Une opposition collective est formée contre chacune de ces trois demandes. Le Conseil communal de Risch lève deux oppositions (RI-2019-045 et RI-2019-047) et déclare la troisième concernant le site de Freudenberg (RI-2019-046) irrecevable, faute de légitimation des opposants. La parcelle des opposants se trouve à 300 mètres de la parcelle 386, séparée par une ligne de chemin de fer. Trois autorisations de construire sont délivrées par le Conseil communal et par le canton.

Les opposants recourent contre les deux décisions concernant les projets de construction sur le site de Freudenberg (RI-2019-045 et RI-2019-047) auprès du Tribunal administratif du canton de Zoug. Ils limitent toutefois leur recours concernant le premier projet à certains aspects. Par décision incidente, le tribunal autorise les constructeurs à

réaliser les installations non contestées par les recourants dans le cadre du projet RI-2019-045 (site d'Oberfreudenberg), tout en précisant que le permis de construire RI-2019-046 (site de Freudenberg) n'avait pas été contesté, de sorte que les mesures de construction pouvaient être exécutées sans décision formelle de l'instance de recours. Le Tribunal administratif rejette par la suite le recours.

L'Office fédéral du développement territorial (ARE) interjette recours auprès du Tribunal fédéral contre l'arrêt cantonal et demande que ce dernier, ainsi que les trois décisions concernant les demandes de permis de construire RI-2019-045, RI-2019-046 et RI-2019-047, soient annulés et que les trois demandes de permis de construire soient rejetées. Le Tribunal fédéral admet partiellement le recours et renvoie la cause au canton pour nouvelle décision sur les demandes de permis de construire RI-2019-045, RI-2019-046 et RI-2019-047.

## L'arrêt

Tout en rappelant la jurisprudence sur la qualité pour recourir de l'ARE au sens des art. 89 al. 2 let. a LTF et 48 al. 4 OAT, le Tribunal fédéral précise qu'il convient d'entrer en matière sur le recours de l'ARE concernant le permis de construire RI-2019-045 (site d'Oberfreudenberg), même dans la mesure où il est dirigé contre des modifications de construction qui n'ont pas été contestées par les recourants privés dans la procédure de première instance (cons. 1.1).

Le Tribunal fédéral examine ensuite plus en détail si l'ARE est également habilité à contester les décisions des autorités communales et cantonales concernant la demande de permis de construire RI-2019-046 (site de Freudenberg), alors qu'elles n'ont pas été contestées (même partiellement) devant le Tribunal administratif (cons. 1.2). En se fondant sur sa jurisprudence en la matière et sur l'Ordonnance du 8 novembre 2006 concernant la notification des décisions cantonales,

<sup>1</sup> L'arrêt sera prochainement publié aux ATF.

<sup>2</sup> Les auteurs remercient Mirjam Aemisegger, MLaw et avocate-stagiaire à Lausanne, pour ses conseils avisés et sa relecture attentive de la présente contribution.

nales de dernière instance en matière de droit public<sup>3</sup>, le Tribunal fédéral soutient que l'ARE peut aller au-delà des demandes formulées en première instance, c'est-à-dire que l'objet du litige n'est limité que par les décisions de première instance (cons. 1.3.1).

Après avoir rappelé les exigences en matière de coordination au sens de l'art. 25a LAT (cons. 1.3.2) et que l'autorisation de construire concernant le site de Freudenberg n'a pas été contestée (cons. 1.4), le Tribunal fédéral explique que lors de l'autorisation de nouvelles constructions et installations dans la zone agricole, un examen global et une pesée des intérêts s'impose en tenant compte de l'ensemble du volume du bâtiment ou de l'installation (existant et demandé) et de ses possibilités d'utilisation. Or, en l'espèce, cela signifie que l'examen et la pesée des intérêts doivent porter aussi bien sur les installations et les utilisations du site d'Oberfreudenberg que sur celles du site de Freudenberg et qu'un examen d'ensemble doit être réalisé. Un examen isolé des seules installations et utilisations prévues sur le site d'Oberfreudenberg n'est pas admissible à la lumière du principe de coordination, car les surfaces de remise et les surfaces nécessaires à la détention et à l'entretien des chevaux sur le site d'Oberfreudenberg ne peuvent notamment pas être évaluées indépendamment du site de Freudenberg. Il existe donc un lien matériel et temporel étroit entre les projets de construction, de sorte que les trois demandes de permis de construire déposées simultanément, respectivement les trois permis de construire délivrés simultanément doivent être coordonnés sur le fond (cons. 1.5.1).

Selon le Tribunal fédéral, l'appréciation isolée de la légitimation à s'opposer (et donc à recourir) a eu pour conséquence qu'une partie des projets de construction à coordonner matériellement (ceux du site de Freudenberg) ait été séparée, pour des raisons purement procédurales, ce qui a porté préjudice à l'examen global et à la pesée des intérêts, c'est-à-dire à la coordination sur le fond au sens de l'art. 25a al. 2 let. d LAT, par les instances de recours. Cela n'est compatible ni avec le principe de coordination de l'art. 25a LAT en relation avec l'art. 33 al. 4 LAT, ni avec le principe de la primauté du droit fédéral de l'art. 49 Cst. (cons. 1.5.2).

On ne peut pas opposer à l'ARE le fait que, sur les trois permis de construire à coordonner, seuls deux d'entre eux ont fait l'objet d'un recours devant le Tribunal administratif. Dans le cas contraire, l'Office ne pourrait pas exercer efficacement sa fonction de surveillance. Indépendamment de cela, le Tribunal fédéral estime que le Conseil communal aurait eu la possibilité de traiter les trois demandes de permis de construire dans le cadre d'un permis global, ce qui aurait permis à l'ARE de diriger d'emblée son recours contre l'ensemble des projets de construction (cons. 1.5.2).

Le Tribunal fédéral considère que les propriétaires ne peuvent rien déduire en leur faveur du fait que le permis de

construire non contesté concernant le site de Freudenberg (ainsi que les parties non contestées du permis de construire RI-2019-045) a déjà été réalisé par eux en se fiant à sa force juridique et à sa stabilité. Le Tribunal fédéral considère toutefois qu'ils pourront faire valoir ces arguments dans le cadre d'un éventuel examen de la remise en état. Dans une telle procédure, le principe de proportionnalité et la protection de la confiance légitime peuvent notamment être pris en compte (cons. 1.6). Pour toutes ces raisons, le Tribunal fédéral considère qu'il convient d'entrer en matière sur le recours de l'ARE, y compris s'agissant du permis de construire RI-2019-046 pour le site de Freudenberg (cons. 1.7).

La question de l'objet du litige réglé, le Tribunal fédéral examine ensuite les diverses autorisations pour les installations destinées à la garde et à l'utilisation des chevaux selon les art. 16a<sup>bis</sup> LAT et 34b OAT. En résumé, le Tribunal fédéral estime que les aires de sortie toutes saisons du site d'Oberfreudenberg dépassent la surface de sortie recommandée par l'OPAn, ce qui n'est pas admissible (cons. 5.4). Par ailleurs, les aires de sortie doivent être installées en priorité sur des surfaces déjà en dur (cons. 6.3); cela vaut également pour le manège du site de Freudenberg (cons. 7.3). Si cela n'est pas possible, c'est-à-dire s'il faut utiliser des terres cultivables, une pesée des intérêts s'impose si la surface minimale requise par l'OPAn doit être dépassée (cons. 5.5.3 et 6.2). Les différents cours pour enfants ne présentent pas de lien matériel suffisamment étroit avec l'activité agricole et ne peuvent donc pas être autorisés dans la zone agricole indépendamment du revenu, conformément à l'art. 24 al. 1<sup>bis</sup> LAT et à l'art. 40 al. 3 OAT (cons. 8).

Les constructions et installations destinées à l'hébergement et aux soins des chevaux doivent être limitées au strict nécessaire lorsqu'elles occupent des constructions et installations existantes qui sont encore nécessaires à l'agriculture (cons. 9). Les bâtiments d'exploitation existants doivent être utilisés en priorité comme remises/ateliers. Il convient également d'examiner si les locaux existants peuvent être mieux utilisés ou transformés (à un coût proportionné) (cons. 10.5).

Pour toutes ces raisons, le Tribunal fédéral admet partiellement le recours de l'ARE et annule l'arrêt attaqué, l'affaire étant renvoyé à l'autorité cantonale compétence pour nouvelle décision dans le sens des considérants (cons. 11.3).

## Le commentaire

L'arrêt du Tribunal fédéral soulève la question délicate de la délimitation de l'objet du litige, respectivement de l'objet de la contestation (I.), face à la nécessité d'assurer la coordination formelle et matérielle en aménagement du territoire (II.). Plus fondamentalement, il relativise le principe de la sécurité du droit pour assurer un examen complet du projet litigieux, conformément au principe de coordination consacré à l'art. 25a LAT (III.). En reconnaissant, dans le cas d'espèce, une portée supérieure au principe de coordination, le Tribunal fédéral met en lumière les tensions qui peuvent survenir entre le droit procédural et le droit matériel, qui appellent une critique (IV.).

<sup>3</sup> RS 173.110.47. L'Ordonnance en question prévoit la notification, par les autorités cantonales, des décisions de dernière instance qui peuvent être attaquées devant le Tribunal fédéral (art. 1 let. c), à l'exception de celles qui concernent des autorisations de construire dans les zones à bâtir, sous réserve d'une base légale spéciale.

## I. L'objet du litige vs objet de la contestation

Selon la jurisprudence constante, l'objet du litige devant le Tribunal fédéral est défini avant tout par les *conclusions* du recours, *lesquelles doivent rester dans le cadre de l'acte attaqué*. L'objet du litige ne saurait s'étendre au-delà de l'objet de la contestation, qui n'est autre que l'arrêt attaqué. Il s'ensuit que, devant le Tribunal fédéral, le litige peut être réduit par une contestation partielle de la partie recourante de la décision attaquée, mais ne saurait être élargi, ni transformé par rapport à ce qu'il était devant l'autorité intérieure, qui l'a fixé – en principe – dans le dispositif de la décision attaquée et qui est devenu l'objet de la contestation<sup>4</sup>. Un élargissement ou la modification de l'objet de la contestation mènerait à une violation de la compétence fonctionnelle de l'autorité<sup>5</sup>.

Dans l'arrêt du 27 avril 2022, le Tribunal administratif du canton de Zoug a rendu, en dernière instance cantonale, une décision finale portant sur deux permis de construire délivrés pour le site d'Oberfreudenberg (RI-2009-045 et RI-2009-047), le permis RI-2009-045 n'ayant toutefois été que partiellement contesté. Il ne s'est en revanche pas prononcé sur le permis de construire relatif au site de Freudenberg, qui n'a pas fait l'objet du recours.

L'objet de la contestation se circonscrit comme suit : l'arrêt confirme la délivrance de deux permis de construire, dont l'un n'avait été contesté que partiellement. Même si le Tribunal cantonal avait autorisé les constructeurs à réaliser les travaux non contestés, par décision incidente du 20 février 2020, l'autorisation de construire RI-2009-045 n'est toutefois pas entrée en force. Rien n'indique en effet qu'une décision partielle finale n'ait été rendue en ce sens<sup>6</sup>. Cette situation est assimilable à une décision de retrait de l'effet suspensif, par laquelle les constructeurs sont habilités, à leurs risques et périls, de réaliser une partie de l'ouvrage. L'autorisation est efficace, en ce sens qu'elle déploie des effets, sans toutefois être entrée en force.

En revanche, l'autorisation délivrée pour le site de Freudenberg (RI-2019-046) n'a pas été contestée par devant le Tribunal cantonal, de sorte qu'elle est entrée en force. Une décision entre en force lorsqu'elle n'est pas ou plus susceptible d'être attaquée par un moyen juridictionnel ordinaire. L'entrée en force de la décision correspond à l'aboutissement de la procédure.

Devant le Tribunal fédéral, l'objet du litige a été étendu, sur la base des conclusions de l'ARE, à la partie non contestée de l'autorisation de construire RI-2009-045, en raison de la compétence générale de l'autorité fédérale d'exercer la surveillance de l'application uniforme du droit fédéral (art. 49 al. 2 Cst. ; art. 48 al. 4 OAT). En contrepartie, les par-

ties ont été autorisées à présenter des nouveaux faits et moyens de preuves sur les aspects non discutés devant le Tribunal cantonal, en dérogation de l'art. 99 LTF<sup>7</sup>. Puisque l'autorisation forme un tout, l'autorisation RI-2009-045 n'était pas encore entrée en force, de sorte que les constructeurs devaient s'attendre à un revirement décisionnel.

De manière beaucoup plus discutable, le Tribunal fédéral a admis l'*extension de l'objet du litige* à l'autorisation de construire délivrée pour le site de Freudenberg (RI-2019-046), alors que celle-ci ne faisant pas l'objet de la contestation. À défaut de recours devant le Tribunal cantonal, l'autorisation de bâtir RI-2019-046 était, elle, entrée en force. Aux yeux du Tribunal fédéral, cette entrée en force ne saurait s'imposer à l'ARE, ce dernier ne devant pas pâtir du choix procédural des recourants opposants<sup>8</sup>. La surveillance de l'ARE s'exerce principalement par l'exercice du droit de recours, qui ne peut être exercé que du moment que l'autorité fédérale a connaissance des décisions pertinentes.

Ce raisonnement est discutable puisqu'une grande partie des autorisations délivrées hors de la zone à bâtir ne sont pas contestées devant les instances cantonales et restent, par conséquent, méconnues de l'ARE. Ce dernier est donc forcément tributaire de l'existence d'une procédure contentieuse cantonale, de sorte que plusieurs projets de constructeurs hors de la zone à bâtir échappent chaque année à sa surveillance de l'application uniforme du droit fédéral (art. 49 al. 2 Cst. ; art. 48 al. 4 OAT). Au demeurant, on peut relever que, dans le cas d'espèce, il ne s'agit pas uniquement du choix procédural des recourants opposants, mais aussi de celui des autorités communales et cantonales qui auraient pu concentrer les procédures ou joindre les causes pour rendre une unique décision.

## II. La coordination formelle et matérielle en aménagement du territoire

Le principe de coordination vise essentiellement l'harmonisation formelle et matérielle des différentes procédures liées à un projet de construction. Avec l'introduction de l'art. 25a LAT, le législateur a imposé une obligation de coordination, tant formelle que matérielle, pour les projets de construction, qui sont étroitement liés sur le plan matériel et temporel, de manière à ce qu'ils soient évalués de manière conjointe. La loi ne tend pas à une coordination maximale, mais doit assurer une coordination suffisante<sup>9</sup>. Le contenu ou l'ampleur d'une coordination «*suffisante*» ressort des principes géné-

<sup>4</sup> ATF 142 I 155 cons. 4.4.2 et les réf. cit. ; arrêt du TF 2C\_930/2018 du 25 octobre 2018 cons. 3.

<sup>5</sup> ATF 136 II 457 cons. 4.2 et 136 II 165 cons. 5 ; arrêt du TAF A-6810/2015 du 13 septembre 2016 cons. 1.3.

<sup>6</sup> L'arrêt cantonal V 2019 117 du 25 février 2021 n'emploie que le terme «*Verfügung*», tandis que l'arrêt du TF 1C\_238/2021 du 27 avril 2022 évoque une «*Zwischenverfügung*».

<sup>7</sup> ATF 136 II 359 cons. 1.3.

<sup>8</sup> Cette hypothèse est pourtant très différente de celle de l'arrêt du TF 1C\_672/2020 du 2 septembre 2021 cons. 2 et 3, dans laquelle l'autorité cantonale avait omis de notifier une décision, malgré son obligation légale fondée sur l'art. 46 al. 2 OAT.

<sup>9</sup> Arrêts du TF 1C\_242/2019 du 7 avril 2020 cons. 2.1 ; 1C\_67/2018 du 4 mars 2019 cons. 5.1 ; 1C\_309/2013 du 4 juillet 2013 cons. 3.3.1 ; A. MARTI, Commentaire pratique LAT : Autorisations de construire, protection juridique et procédure, 2020, n. 35 ad art. 25a LAT.

raux, notamment celui d'effectuer une pesée globale des intérêts, telle que dictée par le droit de la construction et de l'aménagement du territoire, ou de prescriptions particulières<sup>10</sup>.

Le principe de la coordination des procédures vise en premier lieu à assurer, d'un point de vue matériel, une application cohérente des normes sur la base desquelles des décisions administratives doivent être prises. Le moyen d'y parvenir, lorsque la construction ou l'installation nécessite des décisions émanant de plusieurs autorités, relève de la coordination formelle. Sous l'angle formel, l'art. 25a al. 2 let. d LAT n'impose pas une seule décision, mais une «*notification commune ou simultanée des décisions*».

En l'espèce, sous l'angle *formel*, les trois autorisations de bâtir ont été notifiées de manière simultanée (art. 25a al. 2 let. d LAT), à la suite d'une mise à l'enquête commune et auraient pu faire l'objet d'un recours devant une instance unique (art. 33 al. 4 LAT). Dans ce sens, le principe de la coordination formelle a été correctement appliqué par les autorités cantonales.

En revanche, sous l'angle *matériel*, il n'est, aux yeux du Tribunal fédéral, pas acceptable que l'application coordonnée du droit de l'aménagement du territoire soit entravée par une appréciation isolée de la qualité pour s'opposer, ayant eu pour conséquence qu'une partie du projet de construction (site de Freudenberg) ait été séparé de l'objet du recours pour des raisons purement procédurales.

En effet, selon la jurisprudence, le principe de l'unité de l'autorisation de construire ne tolère la délivrance d'une autorisation partielle de construire un bâtiment ou un lotissement que lorsque la décision peut être prise concernant la partie autorisée indépendamment du sort de la partie non encore autorisée. Il y a lieu d'examiner les effets globaux d'un projet, ce également dans le cas du fractionnement du projet en différentes parties et procédures d'autorisations de construire<sup>11</sup>. Par conséquent, le fractionnement d'une autorisation de construire en plusieurs décisions partielles peut enfreindre le principe de la coordination matérielle de l'art. 25a LAT ainsi que le principe de la pesée globale des intérêts lorsqu'il est dénué de sens de statuer sur un aspect ou une partie d'installation de façon isolée<sup>12</sup>. À l'inverse, il n'y a pas lieu d'assurer la coordination entre des décisions qui, bien qu'elles concernent des projets en relation étroite l'un avec l'autre, n'ont pas d'incidence directe sur la réalisation de l'autre projet<sup>13</sup>.

### III. La sécurité du droit vs le droit matériel

Par définition, le droit procédural est au service du droit matériel. Autrement dit, le droit procédural doit permettre l'accomplissement du droit matériel et non en empêcher sa réalisation<sup>14</sup>.

Une telle affirmation prend désormais un sens tout à fait particulier dans le cadre de cette affaire. Avec ce nouvel arrêt, *l'entrée en force* (notion procédurale) d'une décision doit être ajournée – même sans recours – au motif qu'il est nécessaire de procéder à un contrôle coordonné des actes unilatéraux rendus, en application du principe de coordination matérielle (notion de droit matériel [art. 25a LAT]).

Pourtant, lorsqu'une décision entre en force (ce qui était le cas de l'autorisation de bâtir du site de Freudenberg pour les constructeurs), elle est réputée valable. Sur la base d'un acte réputé valable, l'administré – en l'occurrence, le constructeur – pouvait, à notre sens, de bonne foi tirer profit des prérogatives conférées dans l'autorisation de bâtir pour le site de Freudenberg.

Pour assurer la sécurité du droit et le respect du principe de la bonne foi, il n'est pas souhaitable que l'autorité de recours revienne sur une décision entrée en force, même si la bonne application du droit commanderait idéalement de pouvoir étendre l'objet du litige. Dans son arrêt, le Tribunal fédéral écarte d'ailleurs rapidement les inquiétudes des constructeurs relatives au respect de la sécurité du droit, qui étaient pourtant fondées.

### IV. Critique et perspective

Cette décision, hautement problématique au regard de la sécurité du droit, ne saurait créer un précédent. Il convient bien plutôt de mettre en lumière les particularités de l'affaire, qui ont justifié la décision des juges de notre Haute Cour.

– Premièrement, le recours en matière de droit public a été interjeté par l'ARE, qui n'avait pas, au stade préliminaire, la compétence de s'opposer au(x) projet(s) de construction litigieux. La qualité pour recourir de l'autorité fédérale découle des art. 89 al. 2 let. a LTF et 48 al. 4 OAT. La reconnaissance de cette légitimation est une émanation de l'art. 49 al. 2 Cst., selon lequel la Confédération doit veiller au respect du droit fédéral par les cantons<sup>15</sup>. Le droit de recours de l'ARE vise ainsi à surveiller l'exécution du droit fédéral par les cantons, afin de garantir son application correcte et uniforme, si nécessaire en dernière ins-

<sup>10</sup> MARTI (n. 9), n. 35 ad art. 25a LAT.

<sup>11</sup> ATF 124 II 293 cons. 26b.

<sup>12</sup> Arrêts du TF 1C\_658/2017 du 18 septembre 2018 cons. 3.3; 1C\_150/2009 du 8 septembre 2009 cons. 2.2.

<sup>13</sup> Arrêts du TF 1C\_272/2010 du 16 mars 2011 cons. 4.1; 1C\_414/2013 du 30 avril 2014 cons. 3.1; 1C\_621/2012 du 14 janvier 2014 cons. 4.2.

<sup>14</sup> C. BOUCHAT, L'effet suspensif en procédure administrative, thèse Lausanne, Bâle 2014, n. 410; P. BROGLIN, Questions choisies en procédure administrative: effet suspensif, mesures provisionnelles, élargissement de l'accès au juge et fêtes, in RJJ 2009 1 1 ss, p. 6; F. GYGI, L'effet suspensif et les mesures provisionnelles en procédure administrative, RDAF 1976 217, p. 230; B. KNAPP, Précis de droit administratif, Bâle 1991, p. 1088.

<sup>15</sup> Arrêt du TF 2C\_1038/2020 du 15 mars 2020 cons. 3.3.1.



tance du Tribunal fédéral<sup>16</sup>. Autrement dit, la surveillance de la bonne application du droit fédéral par l'autorité de surveillance ne peut se faire, selon les cas, qu'au stade du recours devant le Tribunal fédéral. Le recours de l'ARE serait en effet vidé de sa substance comme autorité de surveillance fédérale, si l'objet du litige pour la procédure devant le Tribunal fédéral était déjà limité lors de la procédure cantonale<sup>17</sup>. C'est ainsi que l'ARE peut, dans le cadre de son droit de recours, émettre de nouvelles conclusions et, en particulier, requérir que le Tribunal fédéral procède à une *reformatio in peius*<sup>18</sup>.

Il ne s'agit pas de remettre en cause la compétence de l'ARE à contester les décisions des dernières instances cantonales, puisque la voie de droit trouve sa justification à l'art. 49 al. 2 Cst. En revanche, sous l'angle temporel, l'intervention de l'ARE uniquement au stade du recours devant le Tribunal fédéral (art. 48 al. 4 OAT) peut ébranler le principe de la sécurité du droit, si des décisions ont notamment été partiellement exécutées. On rappelle en effet que le droit de recours de l'autorité fédérale est de nature abstraite et autonome, de sorte qu'il n'est pas nécessaire pour l'autorité de démontrer sa participation à la procédure antérieure (art. 89 al. 2 let. a LTF). En raison du principe de l'unité de la procédure, l'ARE est néanmoins habilité à recourir devant la juridiction cantonale, pour autant qu'il demande à participer à la procédure devant celle-ci (art. 111 al. 2 LTF)<sup>19</sup>. Une telle participation facultative suppose cependant naturellement la connaissance du litige. Aussi, les autorités judiciaires cantonales devraient inviter l'ARE, d'office ou sur requête d'une partie, à participer à la procédure de recours cantonale. La surveillance de la bonne application du droit matériel, notamment pour les constructions hors zone à bâtir, se ferait ainsi au stade préliminaire de la procédure contentieuse, comme c'est le cas pour décisions relatives à l'approbation des plans d'affectation au sens de l'art. 26 LAT (art. 46 al. 1 OAT) ou des résidences secondaires (art. 10 al. 2 ORSec). L'ARE a d'ailleurs la compétence d'exiger que certains cantons lui notifient les décisions relatives à des domaines sectoriels déterminés (art. 46 al. 2 OAT).

- Deuxièmement, il ressort de l'état de fait que les constructeurs avaient développé un premier projet en 2016, qui n'avait pas convaincu les autorités cantonales. La Direction des travaux publics du canton de Zoug avait estimé qu'en raison de la structure complexe de l'entreprise, un concept global («*ein Gesamtkonzept*») était nécessaire. Elle avait ainsi recommandé aux constructeurs de retirer toutes les demandes de permis de construire, pour déposer une nouvelle demande unifiée. Les constructeurs s'étaient exécutés partiellement en ce sens, puisqu'ils avaient présenté, en 2019, un nouveau projet global pour les deux

sites («*Gesamtkonzept Oberfreudenberg und Freudenberg*»), qui comportait toutefois formellement trois demandes de permis de construire.

Sous l'angle de la coordination matérielle, il n'est pas souhaitable qu'un projet global, qui forme un tout, soit subdivisé artificiellement en trois décisions formelles distinctes, rendues néanmoins simultanément selon le modèle de la coordination (qui tend à la coordination entre plusieurs autorités décisionnelles compétentes). Cette séparation des objets engendre ainsi un risque concret que certaines décisions entrent en force, indépendamment des autres. Une solution aurait été de joindre les dossiers et de rendre une unique décision selon le modèle de la concentration (qui tend à la notification d'une décision unique par une autorité unique). Dans son arrêt, le Tribunal fédéral a en somme corrigé les inconvénients du modèle de la coordination afin d'assurer une meilleure coordination matérielle. Si le modèle de la concentration avait été appliqué dans le cas d'espèce, il n'y aurait probablement pas eu de problème de coordination matérielle. On peut à ce sujet rappeler que, selon le Tribunal fédéral, le modèle de la concentration constitue la solution optimale pour assurer la coordination matérielle<sup>20</sup>.

- Troisièmement, les constructeurs ont réalisé les travaux sur la base d'une décision entrée en force et leur bonne foi doit être protégée.

À ce sujet, l'arrêt discuté renvoie la cause aux autorités cantonales et le Tribunal fédéral précise en particulier qu'il ne se justifie pas de rejeter la demande de permis de construire. Selon lui, on ne peut en effet pas exclure d'emblée qu'au moins certaines parties des trois demandes de permis de construire puissent être autorisées. Cela étant, pour les travaux déjà exécutés, l'ordre de démolition devra se montrer proportionné et tenir compte de la protection de la bonne foi des constructeurs, peu importe que les travaux aient été réalisés récemment.

En conclusion, la décision du Tribunal fédéral est principalement motivée par l'application coordonnée du droit fédéral et la surveillance nécessaire de celui-ci par l'ARE. Dans ce cas très particulier, le nécessité de vérifier le projet de construction a primé le principe cardinal de la sécurité du droit. Le souhait – légitime – d'assurer une pesée complète des intérêts face à un projet complet ayant des incidences spatiales manifestes est néanmoins problématique non seulement aux regards du droit des constructeurs, qui ont usé, de bonne foi, de l'autorisation entrée en force pour le site du Freudenberg, mais aussi au regard de l'intérêt public à la sécurité du droit. Le Tribunal fédéral estime que l'ARE ne doit pas se voir imposer une délimitation procédurale, en ce sens que seuls deux des trois permis de construire ont été contestés par les recourants. Or, nombre de projets échappent quotidiennement à l'examen de l'ARE du fait que les autorisations de bâtir ne sont pas toutes contestées devant un Tribunal cantonal.

<sup>16</sup> ATF 142 II 324 cons. 1.3.1.

<sup>17</sup> V. BAYS, Les surfaces d'assolement – Etude de droit de l'aménagement du territoire, thèse Fribourg, Genève/Zurich/Bâle 2021, n. 839 et les réf. cit.

<sup>18</sup> Arrêt du TF 1C\_508/2018 du 15 juillet 2019 cons. 1.1.

<sup>19</sup> Arrêt du TF 1C\_672/2020 du 2 septembre 2021 cons. 2.2.

<sup>20</sup> ATF 116 Ib 50 cons. 4 = JdT 1992 I 469; MARTI (n. 9), n. 35 ad art. 25a LAT.

À l'avenir, le constructeur d'une parcelle située hors de la zone à bâtir devra garder à l'esprit que son autorisation de bâtir est en quelque sorte suspendue dans le temps, puisqu'elle risque d'être annulée devant le Tribunal fédéral, alors même qu'elle a provisoirement déployé des effets. De son côté, l'opposant, qui se verrait refuser la qualité pour

recourir à l'encontre d'une partie d'un projet d'envergure (par exemple, un projet routier réalisé en plusieurs étapes ou tronçons), n'hésitera pas à contester l'irrecevabilité de son moyen, en plaidant la nécessité de coordonner et concentrer les procédures.

## Vergaberechtliche Entscheide 2020/2021 Bund, Kantone, Europäischer Gerichtshof



Die praktische Anwendung des öffentlichen Vergaberechts wirft stets neue Fragen auf. Bei deren Beantwortung bieten die in der Rechtsprechung zu findenden Überlegungen und Schlüsse der Beschwerdeinstanzen Orientierung und Inspiration.

Die vorliegende Sammlung enthält über 500 Berichte über bemerkenswerte Erwägungen zum Vergaberecht, die in Beschwerdeentscheiden der Jahre 2020 und 2021 zu finden sind. Etliche Berichte werden durch Kommentare ergänzt.

Die Berichte beschränken sich jeweils auf ein Thema und sind thematisch geordnet, was das rasche Finden von Antworten sowie den Vergleich zwischen verschiedenen Praktiken erleichtert.

In kompakter Form verhilft die vorliegende Sammlung sowohl der Praxis als auch der Forschung zu einer raschen Übersicht über die wichtigsten praktischen Entwicklungen im öffentlichen Vergaberecht.



**Martin Beyeler**  
Juni 2022

978-3-7255-8440-6  
370 Seiten, broschiert  
CHF 79.00