



L'obligation de transparence en matière d'aménagement du territoire

Le cas des zones réservées

THIERRY LARGEY*



SÉBASTIEN FANTI**

La loi fédérale sur l'aménagement du territoire (LAT) a pour objectif de maîtriser l'urbanisation, en particulier en réduisant les zones à bâtir surdimensionnées. Afin de garantir leur liberté de planification, les autorités recourent parfois aux zones réservées (art. 27 LAT). La présente contribution examine l'obligation de transparence qui incombe à ces autorités, dans un tel contexte. Le régime général de transparence issu du droit cantonal conduit à formuler plusieurs recommandations invitant les autorités à favoriser une communication proactive et un accès aux plans, ainsi qu'aux documents officiels. Le régime spécial de l'art. 4 LAT suppose une information active et passive de la population (al. 1), de même que la participation adéquate et effective de cette dernière (al. 2). Ces deux instruments de la transparence concernent tant l'établissement des plans d'affectation que des zones réservées ; elles doivent intervenir le plus tôt possible et être adaptées aux circonstances.

Das Raumplanungsgesetz (RPG) hat zum Ziel, die Urbanisierung zu kontrollieren, indem insbesondere überdimensionierte Bauzonen verkleinert werden. Um sich die Planungsfreiheit zu erhalten, greifen die Behörden manchmal zum Mittel der Planungszonen (Art. 27 RPG). Der vorliegende Beitrag untersucht die Transparenzpflicht, welche den zuständigen Behörden in diesem Zusammenhang auferlegt ist. Das generelle Transparenzsystem, das aus dem kantonalen Recht hervorgeht, führt zur Formulierung mehrerer Empfehlungen und dem Vorschlag an die Behörden, einer proaktiven Kommunikation und dem Zugang zu Plänen und offiziellen Dokumenten den Vorzug zu geben. Die Spezialregelung in Art. 4 RPG setzt eine aktive und passive Information der Bevölkerung voraus (Abs. 1) sowie deren angemessene und effektive Mitwirkung (Abs. 2). Diese beiden Transparenz-Instrumente betreffen das Erstellen sowohl von Nutzungsplänen als auch von Planungszonen; sie sollten so früh wie möglich greifen und an die Umstände angepasst werden.

Plan

- I. Introduction
- II. L'application des normes générales en matière de transparence dans le cadre de l'aménagement du territoire
 - A. Le contexte
 - B. La coordination entre les normes de droit fédéral et de droit cantonal
 1. Le cadre législatif de la transparence dans le canton du Valais
 2. Les exceptions de droit cantonal à la transparence
 3. La transparence attendue à l'aune de la législation cantonale
- III. Les obligations d'information et de participation, à l'art. 4 LAT
 - A. Fonctions et portée de l'art. 4 LAT
 - B. Le champs d'application objectif de l'art. 4 LAT
 1. La délimitation des zones réservées
 2. L'établissement des plans d'affectation
 - C. Le champ d'application temporel de l'obligation de transparence
 1. Les principes issus de l'art. 4 LAT
 2. Les apports de la Convention d'Aarhus
- IV. Conclusion

I. Introduction

La révision partielle de la loi fédérale sur l'aménagement du territoire (LAT ; RS 700), en vigueur depuis le 1^{er} mai 2014, a pour objectif de mieux maîtriser l'expansion de l'urbanisation. Il s'agit d'établir le cadre légal propre à enrayer et réduire le surdimensionnement des zones à bâtir, mais également à contenir la dispersion des constructions et à freiner la perte de terres cultivables.¹

La zone à bâtir est surdimensionnée lorsqu'elle excède la surface admise selon l'art. 15 al. 1 LAT ; celle-ci doit correspondre « aux besoins prévisibles pour les quinze années suivantes ». Dans de nombreux endroits en Suisse, cette limite est dépassée.² Ainsi, les cantons et les communes concernées ne pourront pas faire l'impasse sur la réduction des zones à bâtir qui ne seront vraisemblablement pas nécessaires dans les quinze prochaines années. Des déclassements semblent inévitables sur la base des indications figurant au plan directeur cantonal,³ en vertu de l'art. 15 al. 2 LAT. En substance, les zones construc-

* THIERRY LARGEY, Prof. Dr. iur., Professeur de droit administratif à l'Université de Lausanne.

** SÉBASTIEN FANTI, Avocat, Préposé cantonal à la protection des données et à la transparence du canton du Valais, Sion.

¹ Message du 20 janvier 2010 relatif à une révision partielle de la loi sur l'aménagement du territoire, FF 2010 959 ss (cit. Message LAT 2012), 963.

² Voir à ce propos FRANZISKA WASER, La réduction de la zone à bâtir surdimensionnée selon l'art. 15 al. 2 LAT, Fribourg 2018, 1–2.

³ Message LAT 2012 (n. 1), 970.

tibles surdimensionnées doivent faire l'objet d'une nouvelle délimitation dans les plans d'affectation.

L'adoption ou la révision d'un plan d'affectation requiert une vaste pesée d'intérêts afin de coordonner l'ensemble des activités ayant une incidence sur l'organisation du territoire, avec une perspective qui doit s'étendre par-delà les frontières communales (art. 15 al. 3 LAT). Une telle tâche se déploie sur une durée qui peut s'avérer longue. Afin d'éviter les projets susceptibles d'entraver la planification à venir, plusieurs cantons et communes font usage de l'instrument de la *zone réservée* inscrit à l'art. 27 LAT.⁴ Les propriétaires fonciers concernés se voient provisoirement empêchés d'utiliser leur bien-fonds d'une manière qui pourrait faire obstacle à la planification à venir.⁵

La transparence dans les activités étatiques est aujourd'hui incontournable ; elle est largement perçue comme un droit, celui d'être informé et de s'informer.⁶ Il en est de même de la participation du public aux processus de décision, tout particulièrement dans le domaine environnemental ; si elle a été affirmée en 1992 déjà lors de la Conférence de Rio, elle a reçu sa consécration aux art. 6 à 8 de la Convention d'Aarhus du 25 juin 1998.⁷ Le domaine de l'aménagement du territoire ne déroge pas à ce constat, la transparence et la participation de la population de l'art. 4 LAT faisant partie des principes fondamentaux en la matière.⁸ La présente contribution examine les

fondements et la portée des obligations de transparence – d'information et de participation de la population – en matière d'aménagement du territoire, plus particulièrement dans le cadre du processus menant à l'adoption de *zones réservées* et aux mesures de planification qui leur font suite.⁹ L'analyse porte successivement sur le régime général – de droit cantonal – applicable à la transparence et à l'accès aux documents (II.), puis sur le régime spécial prévu à l'art. 4 LAT (III.).

II. L'application des normes générales en matière de transparence dans le cadre de l'aménagement du territoire

A. Le contexte

L'aménagement du territoire figure parmi les thématiques qui intéressent le plus les citoyens.¹⁰ Cet intérêt s'explique aisément par le fait que nous sommes tous à un moment ou à un autre de notre existence, confronté à cette thématique lors de votations, d'accession à la propriété¹¹ ou de choix d'un lieu de vie.

Le manque de transparence est un problème régulièrement mis en exergue en relation avec les critères ayant présidé à la pesée des intérêts en présence en aménagement du territoire.¹² Il arrive que les critères déterminants ne soient pas tous mentionnés, que les motivations des pondérations des intérêts en présence ne soient pas claires ou qu'il soit difficile de reconstituer le cheminement ayant conduit les autorités à opter pour telle ou telle solution.¹³ Les citoyens ne sont également impliqués que lorsqu'il s'agit d'une réaction à des processus d'aménagement.¹⁴

⁴ ANDRÉ JOMINI, Les plans en mouvement, Mesures conservatoires pour la révision des plans d'affectation, in : Véronique Boillet/Anne-Christine Favre/Vincent Martenet (édit.), Le droit public en mouvement – Mélanges en l'honneur du Professeur Etienne Poltier, Genève/Zurich 2020, 905 ss, 906. Voir pour un exemple pratique ESPACE SUISSE, Zones à bâtir surdimensionnées, Inforum 3/2018, 13 ss.

⁵ ALEXANDER RUCH, Art. 27 N 26, in : Heinz Aemisegger/Pierre Moor/Alexander Ruch/Pierre Tschannen (édit.), Commentaire pratique LAT : Planifier l'affectation, Genève/Zurich/Bâle 2016 (cit. Com. pratique LAT, Planifier-Auteur).

⁶ MARTIAL PASQUIER, Introduction, in : Martial Pasquier, Le principe de transparence en Suisse et dans le monde, Lausanne 2013, xii. Cet auteur évoque l'émergence d'un « droit fondamental » à la transparence.

⁷ Convention du 25 juin 1998 sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement; RS 0.814.07.

⁸ ATF 120 Ia 56 c. 3a, in : JdT 1996 I 545. RUEDI MUGGLI, Art. 4 LAT N 4, in : Heinz Aemisegger/Pierre Moor/Alexander Ruch/Pierre Tschannen (édit.), Commentaire pratique LAT : Autorisation de construire, protection juridique et procédure, Genève/Zurich/Bâle 2020 (cit. Com. pratique LAT, Autorisation-Auteur) ; BERNHARD WALDMANN/PETER HÄNNI, Raumplanungsgesetz, Berne 2006 (cit. WALDMANN/HÄNNI), Art. 4 LAT N 4. Voir également, spécialement en droit vaudois, MARC-OLIVIER BESSE, Le nouveau régime du plan d'affectation en droit vaudois, RDAF 2018 I 551, 574.

⁹ Le propos répond au premier chef aux mesures prises dans le cadre du redimensionnement des zones à bâtir excédentaires ; il s'applique toutefois *mutatis mutandis* aux autres situations impliquant l'instauration de zones réservées.

¹⁰ COMMISSION EXTERNE D'ÉVALUATION DES POLITIQUES PUBLIQUES, Le principe de transparence dans l'administration, Évaluation des dispositions légales concernant l'accès aux documents et l'information du public (LIPAD), Genève 2009, 27, 32.

¹¹ Le Canton du Valais en est un excellent exemple avec le taux de logement en propriété record en Suisse, établi à 57,3 % (± 1,3 %) en 2017. OFFICE FÉDÉRAL DE LA STATISTIQUE (OFS), Construction et logement 2018, Berne 2020, 11.

¹² CONFÉRENCE SUISSE DES DIRECTEURS DES TRAVAUX PUBLICS, DE L'AMÉNAGEMENT DU TERRITOIRE ET DE L'ENVIRONNEMENT (DTAP), La pesée des intérêts en aménagement du territoire, Rapport du groupe de travail, Berne 2017, 13 (cit. DTAP).

¹³ DTAP (n. 12), 15.

¹⁴ OFFICE FÉDÉRAL DU DÉVELOPPEMENT TERRITORIAL (ARE), L'aménagement et le développement du territoire en Suisse, Observations et propositions du Groupe international d'experts, Zurich 2006, 88.

Ce problème peut être résolu de différentes manières, notamment par des modifications de l'ordonnance sur l'aménagement du territoire (OAT ; RS 700.1) et du Guide de la planification directrice. Il semble possible d'adapter et d'élargir les exigences en matière de documentation. L'édition de prescriptions en matière de transparence est également envisageable de manière à orienter toutes les personnes intéressées sur la pesée des intérêts. Quoiqu'il en soit, ainsi que nous le verrons, les normes en matière de transparence, si elles sont respectées, permettent de répondre à une grande partie des légitimes interrogations en cette matière.

Il existe en effet différents risques générés par une absence de transparence, dont celui de l'*utilisation induite d'informations privilégiées*. Les faits ou informations privilégiées concernent souvent des mesures dont le succès dépend de leur confidentialité ou de leur non-divulgateion. Selon la doctrine, c'est notamment le cas des mesures dans le domaine de l'aménagement du territoire.¹⁵ Les autorités nanties d'informations privilégiées pourraient être tentées d'en profiter, respectivement d'avantager des tiers, sans qu'il s'agisse forcément d'un gain économique direct. Une lésion du principe d'égalité de traitement pourrait ainsi se matérialiser du fait d'une transmission différenciée dans le temps d'informations relatives à une future zone. Il existe une multiplicité de scénarii envisageables. Le seul moyen de limiter les risques de ce type est de publier régulièrement les données relatives aux développements futurs et d'inviter les citoyens à participer aux processus décisionnels.

Voici une liste exemplative de *problèmes pratiques* rencontrés à ce jour par le Préposé cantonal à la transparence du canton du Valais, dans le cadre de ses activités :

- Une collectivité publique attend sciemment jusqu'au dernier moment pour déposer auprès de l'autorité cantonale les documents idoines liés à sa planification ; cela engendre, dans l'intervalle, une insécurité juridique, ce d'autant que des citoyens peuvent être dans l'expectative d'une autorisation de bâtir.
- La réduction des zones à bâtir surdimensionnées qui relève d'un intérêt public important¹⁶ justifie les me-

sures conservatoires ;¹⁷ la garantie de la propriété et la nécessité d'une certaine prévisibilité sont toutefois également des intérêts légitimes, propres à justifier, du point de vue des particuliers et des autorités locales, une certaine stabilité des plans d'affectation. La tâche des autorités est de trouver, continuellement, un compromis entre ces exigences contradictoires. Si le travail long et complexe de redimensionnement doit être protégé par des mesures conservatoires efficaces, les citoyens sont également en droit d'être orientés sur les travaux et pouvoir ainsi faire un usage de leur droit de propriété.

- Une *zone réservée* au sens de l'art. 27 LAT est une mesure conservatoire visant à assurer la liberté de décision des autorités de planification. Par l'adoption d'une zone réservée, de futures mesures d'aménagement du territoire se voient accorder un effet anticipé négatif : une autorisation de construire ne sera délivrée qu'à la condition qu'elle n'entrave pas l'établissement de la réglementation envisagée. La zone réservée est ainsi une restriction de droit public à la propriété qui a comme effet de surseoir à l'application du droit encore applicable en vue de l'entrée en vigueur du nouveau droit.¹⁸ Cet instrument est largement utilisé aux fins de garantir la marge de manœuvre nécessaire aux autorités afin de réviser leurs plans d'affectation et de réduire les éventuelles zones à bâtir excédentaires. Dans ce cadre, des citoyens se plaignent, suite à l'adoption de zones réservées, de ne pouvoir accéder aux informations relatives aux futures réglementations que les collectivités publiques mettent régulièrement plusieurs années à adopter.

B. La coordination entre les normes de droit fédéral et de droit cantonal

Liminairement, il convient de rappeler que le domaine de l'aménagement du territoire et des constructions est une tâche qui incombe aux cantons. La compétence fédérale est limitée à la fixation des seuls principes applicables en matière d'aménagement du territoire.¹⁹ Dans ce contexte, les dispositions cantonales générales en matière de trans-

¹⁵ DOMINIQUE HÄNNI, Vers un principe d'intégrité de l'administration publique, La prévention de la corruption en droit administratif, Zurich 2020, N 430.

¹⁶ Cet intérêt public est susceptible de l'emporter sur l'intérêt public à la stabilité des plans, ainsi que sur les intérêts privés des propriétaires fonciers. Voir à ce propos TF, 1C_222/2019, 4.9.2020, c. 4.1.2.

¹⁷ Ces mesures sont en principe compatibles avec la garantie de la propriété. JOMINI (n. 4), 916 avec les références citées.

¹⁸ ATF 136 I 142 c. 3.2 ; TF, 1C_94/2020, 10.12.2020, c. 3.1. Com. pratique LAT, Planifier-RUCH (n. 5), Art. 27 LAT N 25 ss.

¹⁹ ALEXANDER RUCH, Art. 75 Cst. N 25, in : Bernhard Ehrenzeller/Benjamin Schindler/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender (édit.), Die schweizerische Bundesverfassung: St. Galler Kommentar, 3^e éd., Zurich 2014.

parence entrent en concours avec les dispositions tant cantonales que fédérales en matière d'aménagement du territoire. Afin d'illustrer la portée du régime général cantonal de la transparence, l'analyse se focalise sur le droit valaisan en exposant son cadre législatif (II.B.1.), le régime d'exceptions permettant à l'autorité de se soustraire à la transparence (II.B.2.) et la transparence attendue de la part des autorités de planification (II.B.3.).

1. Le cadre législatif de la transparence dans le canton du Valais²⁰

Le Canton du Valais est le seul canton romand à ne pas disposer dans sa Constitution de norme visant à obliger les autorités à renseigner le public sur leurs activités, garantir à tout un chacun le droit de recevoir des informations, de se les procurer aux sources généralement accessibles et de les diffuser librement.²¹ Il a néanmoins adopté la loi du 9 octobre 2008 sur l'information du public, la protection des données et l'archivage (LIPDA),²² ainsi que le règlement d'exécution du 16 décembre 2010 (RèLIPDA).²³

Parmi les buts poursuivis par cette législation figure celui tendant à assurer la transparence des activités des autorités afin de *favoriser la libre formation de l'opinion publique et la participation* à la vie publique (art. 1 al. 2 let. a LIPDA). La transparence peut prospérer d'office ou sur la base d'une intervention tierce.

La première hypothèse, soit celle de la *transparence active*, se concrétise par la publicité des séances (art. 6 al. 1 let. a et b LIPDA : du Grand Conseil, des législatifs municipaux ou bourgeoisiaux),²⁴ l'accès aux audiences et prononcés de jugements des autorités judiciaires (art. 6 al. 1 let. c LIPDA)²⁵ ou la communication spontanée (art. 9 al. 1 LIPDA, art. 3 à 5 RèLIPDA). Des séances à huis-clos sont possibles si un intérêt prépondérant public ou privé l'exige (art. 6 al. 2 LIPDA). Les décisions prises

dans ce cadre doivent toutefois faire l'objet d'une information adéquate, respectueuse des intérêts justifiant le huis-clos. La communication spontanée doit respecter certaines conditions. L'information doit être donnée de manière exacte, complète, claire et rapide (art. 9 al. 2 LIPDA). Sont prohibées la propagande, la manipulation, la tromperie ou la désinformation.²⁶ La diffusion de l'information doit être assurée par les vecteurs appropriés à l'aune de son importance (art. 9 al. 3 LIPDA) et en tenant compte des besoins régionaux, ainsi que du caractère bilingue du canton (art. 9 al. 5 LIPDA).

Dans une seconde hypothèse, le fait qu'un document n'ait pas été spontanément rendu public ne signifie pas qu'il ne soit pas accessible. Dans le champ de la *communication dite « passive »*, le principe consiste à accorder à tous, sauf exceptions,²⁷ l'accès aux documents en mains des organes soumis la loi,²⁸ respectivement en l'occurrence à la LIPDA (art. 12 ss).²⁹ Toute personne physique ou morale peut ainsi solliciter un accès (art. 12 al. 1 LIPDA), soit la consultation sur place du document et l'obtention de copies (art. 14 al. 1 LIPDA). Lorsque ces documents sont accessibles sur Internet ou qu'ils font l'objet d'une publication officielle, l'autorité peut se limiter à communiquer les références nécessaires à la consultation (art. 14 RèLIPDA).

Les *documents officiels* sont tous les supports d'information contenant des renseignements relatifs à l'accomplissement d'une tâche publique (art. 3 al. 2 LIPDA).³⁰ Il s'agit, notamment, des messages, rapports, études, procès-verbaux approuvés, statistiques, registres, correspondances, directives, prises de position, préavis ou décisions. *A contrario* ne peuvent être ainsi qualifiés les

²⁰ Pour un panorama complet et pertinent de la situation dans les cantons romands, voir JOSÉPHINE BOILLAT/STÉPHANE WERLY, Le principe de transparence dans les cantons romands, Droit public de l'organisation – responsabilité des collectivités publiques – fonction publique, Annuaire 2019/20, 31 ss.

²¹ BOILLAT/WERLY (n. 21), 32–33.

²² RS VS 170.2.

²³ RS VS 170.202.

²⁴ En revanche, les séances des exécutifs cantonaux ou communaux ne sont pas publiques.

²⁵ Sous la réserve toutefois des exceptions prévues par la législation topique. Voir à ce propos ROMAIN JORDAN, Accès à la jurisprudence, le TF impose la transparence, Plaidoyer 5/17, 32 ; DANIEL HÜRLIMANN/SÉBASTIEN FANTI/CHRISTIAN LAUX/ADRIAN RUFENER/CLAUDIA SCHREIBER, Die Urteils publikation gehört ins E-Justice-Gesetz, Justice – Justiz – Giustizia 2020/4.

²⁶ FRANÇOIS BELLANGER, Le devoir d'information de l'État, in : Christine Chappuis/Bénédict Winiger (édit.), la responsabilité pour l'information fournie à titre professionnel, Genève 2009, 175 ss.

²⁷ Les exceptions relatives à l'accès aux documents peuvent notamment relever du champ d'application de la loi, de la nature du document litigieux, de la titularité du droit d'accès, de son étendue, de listes exemplatives, ou d'une pondération des intérêts, etc.

²⁸ BOILLAT/WERLY (n. 21), 36. Les organes soumis à la loi sont, dans le Canton du Valais, les autorités au sens de l'article 3 al. 1 let. a LIPDA.

²⁹ Le droit valaisan distingue l'accès aux informations générales et particulières (art. 6 à 12 RèLIPDA), de l'accès aux documents officiels (art. 13 à 17 RèLIPDA).

³⁰ Pour une définition et une liste exemplative, SÉBASTIEN FANTI, La notion de document officiel en droit fédéral et en droit valaisan, RVJ 2016, 393 ss, 411.

notes à usage personnel,³¹ les documents internes, les brouillons ou encore les procès-verbaux non approuvés. Un document doit avoir atteint son stade définitif d'élaboration pour être qualifié de document officiel, c'est-à-dire lorsque l'autorité dont il émane l'a signé ou lorsque son auteur l'a définitivement remis à son destinataire (art. 13 al. 1 RêLIPDA). En matière d'aménagement du territoire, les plans et autres documents d'une procédure de permis de construire ont été considérés comme des documents officiels.³² Une convention passée entre le conseil communal et une entreprise privée relativement à un projet d'implantation d'un parc éolien a également été considérée comme un document officiel susceptible d'accès.³³

En matière d'aménagement du territoire, une exception au droit d'accès aux documents officiels mérite notre attention. Il s'agit du cas où l'accès porte sur des documents officiels ayant trait aux procédures judiciaires, juridictionnelles administratives et d'arbitrage pendantes, lequel est régi par les lois spéciales et les codes de procédure (art. 12 al. 2 LIPDA). Selon la jurisprudence publiée du Tribunal cantonal valaisan, l'article 12 al. 2 LIPDA exclut les documents ayant trait à des procédures pendantes sans, distinguer selon que ces procédures soient juridictionnelles ou pas.³⁴ Cette interprétation débouche sur le résultat où le droit cantonal élargit le droit d'accès prévu par le droit fédéral.³⁵

Il existe un risque que cet article ne soit invoqué abusivement pour (à tout le moins) différer la communication de documents officiels, certaines autorités excipant systématiquement de l'existence d'une procédure administra-

tive et d'autres générant même de telles procédures pour faire échec à l'application du principe de transparence.

2. Les exceptions de droit cantonal à la transparence

La première question à résoudre est celle liée à l'exception de l'article 12 al. 2 LIPDA. Le Tribunal cantonal valaisan a certes interprété cette exception comme incluant les procédures administratives et pas uniquement les procédures juridictionnelles administratives (sur la base d'une interprétation historique de la norme). Il n'en demeure pas moins, comme le relève JEAN-PHILIPPE WALTER,³⁶ que seuls devraient échapper à l'accès les documents qui ont été élaborés explicitement pour l'ouverture d'une procédure ou dans le cadre de celle-ci (recours, échange d'écriture, etc.), car à défaut il serait possible par l'entremise de l'ouverture d'une procédure, de créer des domaines secrets de l'activité administrative durant plusieurs années. L'information se périme également, de sorte que la stratégie consistant à « jouer la montre » ne saurait prospérer sans conséquence. Le Tribunal fédéral a récemment jugé (arrêt destiné à publication 1C_367/2020 du 12 janvier 2021, consid. 3.4) dans une affaire neuchâteloise qu'il faut opérer une distinction entre les documents élaborés en dehors d'une procédure judiciaire (et pas non plus explicitement en vue d'une telle procédure) et, d'autre part, les documents qui ont été ordonnés expressément dans le cadre d'une procédure judiciaire (échanges d'écriture, expertise mise en œuvre par les autorités judiciaires, etc.). C'est seulement pour ces derniers que le principe de transparence ne s'applique pas. Les autres documents demeurent accessibles en vertu du principe de la transparence. A défaut, il serait possible de contourner sciemment le but de la loi sur la transparence par la simple production des documents demandés dans une procédure quelconque avec laquelle ils n'entretiennent qu'un lien lâche (recommandation du PFPDT du 2 décembre 2019 ch. 15).

La Cour de droit public du Tribunal cantonal met également en exergue le fait que chaque document officiel pouvant plus ou moins constituer la base d'une décision politique ou administrative, un risque existe que le principe de transparence soit vidé de son sens.³⁷ Des cautèles, soit des conditions supplémentaires ont été insérées par la doctrine et la jurisprudence. Un lien relativement étroit

³¹ Selon l'article 13 al. 2 RêLIPDA, un document peut être qualifié de note à usage personnel, lorsqu'il concerne l'accomplissement d'une tâche publique mais est utilisé exclusivement par son auteur ou par un cercle restreint de personnes comme moyen auxiliaire (notes, rapports, études, expertises, etc.).

³² Avis du PPDJ Jura Neuchâtel 2011.0144, 2013.0398, 2013.0579, 2013.0594 publié le 24 octobre 2013. L'accès aux plans et autres documents d'une procédure d'un permis de construire par des tiers est soumis aux règles sur la transparence lorsque la procédure d'octroi est close. L'accès est possible sous réserve du respect de quelques modalités. Idem dans le Canton de Fribourg ; voir à ce propos AUTORITÉ CANTONALE DE LA TRANSPARENCE ET DE LA PROTECTION DES DONNÉES, Guide pratique à l'attention des communes, Fribourg 2018, 73.

³³ Décision de la Commission cantonale valaisanne de protection des données du 12 septembre 2012.

³⁴ RVJ 2018, 47 ss.

³⁵ Soit la loi fédérale du 17 décembre 2004 sur la transparence (LTrans ; RS 152.3), dont l'article 3 al. 1 let. a ch. 5 déclare cette loi inapplicable aux procédures juridictionnelles de droit public, y compris administratives, sans dissocier l'hypothèse où ces procédures sont closes de celle où elles ne pas encore terminées.

³⁶ JEAN-PHILIPPE WALTER, Accès aux documents officiels contenant des données personnelles et droit à la protection des données, in : Jean-Philippe Dunand/Pascal Mahon (édit.), La protection des données dans les relations de travail, Genève/Zurich 2017, 77 ss, 81.

³⁷ RVJ 2018, 49.

doit exister entre les documents concernés par la demande d'accès et les décisions politiques et administratives dont ils fondent la base. De surcroît, le document doit comporter un lien direct et immédiat avec une décision concrète et simultanément être d'une importance matérielle considérable pour cette décision. Un document qui n'est pas au cœur du débat procédural ne devrait ainsi pas échapper à la transparence. Un lien temporel relativement étroit doit finalement exister entre la décision pendante et le document. Une autorité ne saurait dès lors retenir un document sous prétexte qu'il pourrait éventuellement constituer à l'avenir la base d'une décision. Elle doit plutôt pouvoir attester qu'une décision sera prise dans un délai prévisible ou que le dossier litigieux fait encore l'objet d'une élaboration en vue d'une décision à prendre.³⁸

Il résulte de ce qui précède que l'existence d'une procédure pendante ne fait pas automatiquement échec à une demande d'accès à un document officiel. Une analyse fine devra être diligentée. Régulièrement, différentes autorités saisies d'un même dossier devront échanger et coordonner leurs actions pour déterminer si une procédure en matière de transparence peut prospérer ou doit, au contraire, être suspendue dans l'attente de la clôture de la procédure administrative. À titre exemplatif, il arrive régulièrement que des personnes recourent contre une autorisation de bâtir en ayant auparavant vainement sollicité un accès à un document figurant au dossier communal (par exemple une expertise). Se posent alors la question de la compétence (notamment en fonction de la date de saisine de chaque autorité) et celle de savoir si le document litigieux est essentiel à la procédure juridictionnelle administrative qui s'ensuit.

Dans les cas graves de violations de normes en matière de construction par une collectivité publique, l'accès à un document officiel peut devoir s'examiner à l'aune du fait que ce document (par exemple, un rapport d'audit) est détenu par la justice pénale. Faut-il dans ce cas attendre (parfois durant plusieurs années) l'issue de cette procédure pénale ?³⁹ Finalement, le même document peut exister en plusieurs exemplaires détenus par différentes personnes ou institutions. Des requêtes multiples d'accès peuvent alors être formulées avec dans cette configuration

un facteur complexe supplémentaire lors de l'analyse de la présence d'une exception.

3. La transparence attendue à l'aune de la législation cantonale

Pour autant que les conditions légales fixées par la LIPDA soient respectées, il est possible d'accéder aux informations détenues par les collectivités publiques, notamment celles dont elles sont nanties, dans le cadre du processus de révision de leurs normes, des plans d'affectation, mais également de l'établissement de zones réservées. À ce stade de l'analyse, l'une des principales objections formulées à une requête d'accès à de tels documents a trait au fait qu'ils n'auraient pas atteint leur stade définitif d'élaboration (art. 13 al. 1 RêLIPDA).⁴⁰ Un document a atteint un tel stade lorsque l'autorité dont il émane l'a signé, ou lorsque son auteur l'a définitivement remis au destinataire notamment à titre d'information ou pour que celui-ci prenne position ou une décision.

Seule l'adjonction finale diffère, ce qui signifie que le but poursuivi est identique, soit de donner accès également à des documents relativement auxquels les destinataires doivent se déterminer. La signature ou l'approbation d'un document constituent des indices importants selon lesquels ledit document a atteint son stade définitif d'élaboration. Est toutefois surtout déterminant le fait qu'il existe des éléments accréditant son caractère définitif, tel que le fait que le document se présente sous la forme d'une version achevée. La raison d'être de cette condition tient en effet dans le souci de préserver la liberté d'action de l'administration et de lui permettre de développer ses projets avec la souplesse requise. En outre, l'on tend ainsi à éviter les malentendus, problèmes de clarté et autres risques qui peuvent résulter de la publication d'un document qui a un caractère encore provisoire.⁴¹

Les documents émis (notamment techniques et juridiques) durant la phase de planification peuvent ainsi, sur le principe, faire l'objet d'une demande d'accès dès qu'ils ont atteint ce stade. En pratique, il sera souvent difficile, en l'absence d'une politique de communication active de la collectivité publique pour les citoyens de connaître l'existence même de tels documents.

En définitive, sur la base de la réglementation cantonale générale sur la transparence, quelques recomman-

³⁸ Recommandation du PFPDT du 6 août 2014, N 21.

³⁹ Voir à cet égard la recommandation du 11 novembre 2019 du Préposé cantonal genevois à la protection des données et à la transparence (demande d'accès à un rapport d'audit de conformité en lien avec les frais professionnels de la Ville de Genève). La réponse paraît désormais clairement négative à l'aune de l'arrêt destiné à publication 1C_367/2020 précité.

⁴⁰ FANTI (n. 30), 413.

⁴¹ À titre exemplatif, seule la version finale d'une interview donnée par une conseillère fédérale est accessible, les versions antérieures contenant des corrections visibles ne constituant pas un document officiel. TAF, A-1156/2011, 22.12.2011, c. 8.3.2.

dations peuvent être émises à l'intention des autorités qui doivent, il est vrai, faire face à un défi où les intérêts divergents sont souvent exacerbés par les enjeux économiques, certains propriétaires voyant l'épargne d'une vie être gelée ou se volatiliser :

- Adopter une *politique de communication proactive* permettant à chaque citoyen de connaître précisément le stade d'avancement des démarches de planification. On pourrait imaginer une ligne de temps ou une frise chronologique permettant aux citoyens de suivre les évolutions en cours de la planification, grâce à une information automatisée à chaque modification ou adjonction ; la granularité des données devrait s'avérer suffisamment fine pour qu'il ne s'agisse pas d'une communication alibi.
- *Publier les documents* ayant atteint leur stade définitif d'élaboration, avec les cautèles d'usage ; il s'agirait notamment d'indiquer que l'approbation d'une ou de plusieurs autorités demeure réservée et d'explicitier la nature et l'amplitude des changements possibles ; le but est évidemment d'éviter de créer des attentes déraisonnables, sous peine de se le voir reprocher ensuite si elles ne sont pas satisfaites. S'agissant des plans, une telle publication est exigée à l'art. 4 al. 3 LAT.
- Répondre favorablement dans les limites légales *aux demandes d'accès* formulées, l'invocation de l'existence d'une procédure pendante ne faisant à cet égard pas toujours échec à l'exercice de la transparence ; il vaut ainsi la peine de réfléchir avant de refuser de manière systématique, car la jurisprudence comporte des finesses ainsi que l'a démontrée la récente jurisprudence du Tribunal fédéral destinée à publication (arrêt 1C_367/2020 du 12 janvier 2021).
- Publier spontanément et immédiatement *les documents officiels* ne pouvant l'être en raison de l'existence d'une procédure, soit dès la clôture de cette dernière.

Les citoyens disposent d'une culture démocratique suffisante pour mériter d'être considérés et associés lors de processus d'aménagement. En sus d'éviter à différentes tentations dolosives de pouvoir se matérialiser, cela permettrait de renforcer les sentiments d'équité et d'égalité de traitement. La transparence est en effet le préalable à toute confiance. Dans une telle optique, les oppositions et les procédures devant les autorités judiciaires devraient également s'avérer moins nombreuses ; les procédures de planification pourraient ainsi prospérer plus rapidement.

III. Les obligations d'information et de participation, à l'art. 4 LAT

A. Fonctions et portée de l'art. 4 LAT

L'art. 4 LAT a pour objectif de créer les conditions dans lesquelles des « décisions objectives » en matière d'aménagement du territoire peuvent être prises ;⁴² il est impératif et directement applicable.⁴³ La pesée des intérêts exigée par l'art. 3 OAT ne saurait être complète et adéquate que lorsque les intéressés ont été renseignés et ont pu se renseigner suffisamment tôt dans les diverses étapes du projet de planification. *L'information* est ainsi nécessaire à la transparence de l'action publique des autorités de planification. Elle n'est toutefois pas suffisante ; seule la *participation du public* est garante d'un véritable dialogue entre l'autorité et la population, en faisant droit à cette dernière d'apporter ses arguments et en obligeant la première à y répondre (même brièvement).

L'information, à l'art. 4 al. 1 LAT, contraint l'autorité à renseigner la population sur le déroulement de la procédure (de la planification, « *Ablauf der Planungen* ») et les objectifs visés, afin qu'elle puisse se forger valablement une opinion.⁴⁴ Le Tribunal fédéral admet en outre que cette disposition confère la possibilité de « demander des renseignements à titre individuel » sur la planification, le déroulement et l'état de la procédure ainsi que les objectifs poursuivis – sans justifier d'un intérêt particulier (information passive).⁴⁵ La participation adéquate (« *geeigneter Weise* ») de l'art. 4 al. 2 LAT ne se limite pas au simple droit de s'exprimer. Les opinions personnelles et les propositions doivent pouvoir être exprimées, sans lier juridiquement l'autorité ;⁴⁶ cette dernière est toutefois tenue de les examiner, puis d'y répondre au moins sommairement – dans le rapport selon l'art. 47 OAT par exemple.⁴⁷

⁴² Message du 27 février 1978 concernant la loi fédérale sur l'aménagement du territoire (LAT), FF 1978 I 1007 ss (cit. Message LAT 1978), 1017–1018.

⁴³ PAULINE MONOD, L'obligation d'informer la population en matière d'aménagement du territoire, ex ante 1/2019, 18 ss, 21 avec les références citées. Les exigences de l'art. 4 LAT sont minimales ; elles relèvent d'une maxime générale entraînant un mandat législatif pour les cantons. ATF 111 Ia 164 c. 2d.

⁴⁴ TF, 1C_388/2013, 16.6.2014, c. 2.1. On parle dans ce cas d'information active.

⁴⁵ ATF 143 II 467 c. 2.1. S'agissant des plans en vigueur, l'information passive est spécialement assurée à l'art. 4 al. 3 LAT ; un droit d'accès et de consultation y est consacré.

⁴⁶ ATF 135 II 286 c. 4.2.3, in : RDAF 2010 I 405 = DC 1/2010, 16 ; ATF 133 II 120 c. 3.1.

⁴⁷ CHRISTINE GUY-ÉCABERT, Zoom, grand angle et mise au point sur les plans territoriaux ; in : Bénédicte Föex (édit.), Planification

Ensemble, une information et une participation effectives sont un indice de qualité et de conformité de la planification au droit fédéral.⁴⁸ Elles contribuent au renforcement démocratique de la planification, à sa légitimation et son acceptation en cela que la population a pu en saisir les enjeux et les buts tout en exerçant une influence institutionnelle et politique dans le processus décisionnel.⁴⁹ Ces fonctions semblent particulièrement congruentes lorsqu'il s'agit d'imposer des mesures conservatoires sous la forme de zones réservées, accompagnées de l'incertitude juridique quant à l'usage futur des biens-fonds concernés. Les propos qui suivent examinent dans quelle mesure ces activités étatiques entre dans le champ d'application objectif de l'art. 4 LAT (III.B.) et, le cas échéant, les exigences de transparence applicables *ratione temporis* (III.C.).

B. Le champs d'application objectif de l'art. 4 LAT

La délimitation des zones réservées est une mesure provisoire qui a pour but de garantir la planification telle qu'elle a été envisagée.⁵⁰ Elle a un effet de moratoire⁵¹ qui permet d'éviter que des projets de constructions ne viennent restreindre la liberté de planifier de l'autorité et n'entravent la planification future. À ce titre, la zone réservée ne peut constituer *per se* une mesure de réduction des zones à bâtir surdimensionnées,⁵² mais s'accompagne de perspectives de planification visant cet objectif. Il convient ainsi de distinguer, dans l'analyse, la délimitation des zones

réservées proprement dite (III.B.1.a.) de la planification qui la justifie (III.B.1.b.).

1. La délimitation des zones réservées

L'information et la participation prévues à l'art. 4 LAT visent « les plans dont la présente loi prévoit l'établissement ». Ceux-ci comprennent les plans directeurs cantonaux des arts 6 ss LAT, les plans d'affectation cantonaux ou communaux selon l'art. 14 LAT ainsi que les conceptions et plans sectoriels de la Confédération de l'art. 13 LAT. En revanche, ne sont pas concernés les actes normatifs (hormis les règlements accompagnant les plans), les plans issus d'autres lois, les plans sectoriels cantonaux et les plans directeurs communaux ou régionaux institués par le droit cantonal.⁵³

La LAT ne pose pas d'exigences de transparence spécifiques s'agissant de la zone réservée. Son assujettissement à la règle générale de l'art. 4 LAT dépend ainsi de sa nature juridique – si elle peut être assimilée à un plan. Le Tribunal fédéral considère que la zone réservée « équivaut un plan d'affectation ». ⁵⁴ La doctrine est, quant à elle, partagée à ce propos. Si cet instrument revêt certaines caractéristiques de la décision, il répond à notre sens davantage aux caractéristiques du plan d'affectation.⁵⁵ Les zones réservées visent un objectif de planification (négative) tendant à la coordination des activités sur le territoire considéré, en incluant les intentions futures d'aménagement ; leur établissement suit la procédure d'adoption des plans d'affectation de l'art. 33 LAT, le contrôle portant sur la légalité, mais également sur l'opportunité devant au moins une autorité de recours. En outre, la délimitation de zones réservées repose sur l'obligation d'aménager de l'art. 2 al. 1 LAT.⁵⁶

En tant que plan d'affectation, la zone réservée est soumise à l'obligation de transparence. L'autorité est alors tenue d'informer (art. 4 al. 1 LAT) tant à propos du plan et de son contenu (restrictions, durée, étendue spatiale) que des objectifs poursuivis et du déroulement de la procédure (y compris les étapes envisagées suite à l'instauration de la zone). Il incombe en outre à l'autorité d'assurer une participation adéquate à l'établissement de la zone réservée.

territoriale, Droit fédéral et spécificités cantonales, Zurich 2013, 23 ss, 39 ; NICOLAS WISARD, La participation en aménagement du territoire après la Convention d'Aarhus - Quelques observations conceptuelles et d'expérience, in : Hottelier/Hertig Randall/Flückiger, Etudes en l'honneur du Professeur Thierry Tanquerel, Zurich 2019, 317 ss, 320 ; Com. pratique LAT, Autorisation-MUGGLI (n. 8), Art. 4 N 25.

⁴⁸ ATF 135 II 286 c. 4.2.3, in : RDAF 2010 I 405 = DC 1/2010, 16 ; 117 Ib 4 c. 3b. Com. pratique LAT, Autorisation-MUGGLI (n. 8), Art. 4 N 4 et 28 ; ANNE-CHRISTINE FAVRE, La participation populaire aux grands projets d'infrastructure lancés par les pouvoirs publics, Droit public de l'organisation - responsabilité des collectivités publiques - fonction publique, Annuaire 2016/2017, 3 ss, 7.

⁴⁹ Marc-OLIVIER BESSE, Le régime des plans d'affectation, En particulier le plan de quartier, Genève/Zurich/Bâle 2010, 136 ; TANJA AITAMURTO, La production participative dans l'élaboration des politiques publiques, Pouvoirs 2020/4, 89 ss, N 95–96 ; THIERRY TANQUEREL, La participation de la population à l'aménagement du territoire, Genève 1988, 69–70 ; FAVRE (n. 48), 6. ATF 143 II 467, c. 2.1 ; TA ZH, VB.2019.00601, 26.5.2020, c. 4.5.

⁵⁰ Com. pratique LAT, Autorisation-MUGGLI (n. 8), Art. 4 N 26.

⁵¹ JOMINI (n. 4), 908.

⁵² TF, 1C_632/2018, 16.4.2020, c. 5.2 et 5.3.

⁵³ Com. pratique LAT, Autorisation-MUGGLI (n. 8), Art. 4 N 17–19 ; PAULINE MONOD (n. 43), 21.

⁵⁴ TF, 1P_365 et 366/2006, 5.10.2006, c. 3.1 ; ATF 105 Ia 108 c. 2, in : JdT 1981 246.

⁵⁵ Com. pratique LAT, Planifier-RUCH (n. 5), Art. 27 LAT N 6. Dans un arrêt récent, le Tribunal fédéral a admis l'application de l'art. 4 LAT lors de l'établissement d'une zone réservée. TF, 1C_94/2020, 10.12.2020.

⁵⁶ TF, 1C_141/2014, 4.8.2014, c. 5.2.

vée (art. 4 al. 2 LAT). Cette tâche peut s'avérer toutefois délicate à mener, compte tenu du caractère provisoire et conservatoire de la zone réservée. Cela ne saurait toutefois remettre en cause le principe de la participation.⁵⁷ Cette dernière peut paraître inopportune⁵⁸ (mais non illégale) et doit être adaptée aux besoins du cas d'espèce – en fonction notamment de l'importance de la zone réservée et de la marge de manœuvre dont dispose effectivement l'autorité dans sa tâche de planification.

Le droit à l'information et à la participation appartient à la « population » (« *Bevölkerung* »), notion juridique indéterminée conférant à l'autorité un large pouvoir d'appréciation. Elle désigne l'ensemble des personnes physiques et morales susceptibles d'être touchées par une mesure d'aménagement. Sont compris pour le moins les habitantes et les habitants situés dans le périmètre de planification (de la zone réservée notamment), mais également les propriétaires fonciers, les personnes morales y exerçant leurs activités ainsi que les organisations privées concernées. Aucun intérêt particulier n'est à faire valoir ; limiter la transparence aux personnes légitimées à recourir serait à ce titre contraire à l'art. 4 LAT.⁵⁹ Il convient d'ajouter que l'art. 7 de la Convention d'Aarhus tend à ouvrir la participation concernant les plans au public, pas seulement au public concerné.⁶⁰

2. L'établissement des plans d'affectation

a. L'adoption du plan d'affectation

Lors de l'adoption d'un nouveau plan d'affectation, les exigences d'information et de participation s'imposent pleinement. Elles doivent alors s'adapter à l'importance de la planification et au cercle des personnes intéressées.⁶¹

En revanche, lorsque la tâche de planification vise l'adoption d'un plan d'affectation subordonné (plan d'aménagement détaillé, plan de quartier), l'information et la participation doivent prendre en considération l'existence du plan de rang supérieur. Ainsi, l'information doit être adaptée à la procédure en cause. Il convient notamment d'attirer l'attention de la population sur le fait que

la plupart des questions ont été tranchées dans le cadre de l'adoption du plan d'affectation de rang supérieur, de définir les aspects qui en divergent et de préciser ceux qui peuvent encore faire l'objet de discussions. Dès lors que la pesée des intérêts a été entreprise dans le cadre de l'adoption du plan de rang supérieur, il est superflu de procéder à nouveau au processus de participation à l'occasion de la planification d'exécution ; ce processus peut être ainsi atténué, voire renvoyé à la phase de mise à l'enquête publique lorsque la marge de manœuvre de l'autorité est restreinte. Il ne s'agit alors pas de renoncer à appliquer l'article 4 LAT, mais d'adapter les mesures aux circonstances en réservant le processus participatif aux arguments et propositions qui n'ont pu être préalablement traités. On réserve, à cet égard, deux situations : la planification d'exécution qui s'écarte sensiblement du plan général sur lequel elle se fonde et l'existence d'un autre intérêt public à répéter le processus de participation.⁶² En ces cas, la participation doit être strictement garantie – s'agissant en particulier des aspects susceptibles de déroger au plan supérieur.

b. La modification du plan d'affectation

Plus délicate est la question de l'application de l'art. 4 LAT aux modifications de plans d'affectation existants. Dans la version française, le texte de cette disposition évoque « l'établissement » des plans comme motif de transparence ; la version allemande mentionne le terme de planification (*Planungsaufgaben, Planungen*), de même que la version italienne (*pianificazioni, pianificatorio*). L'interprétation littérale de la loi conduit ainsi à inclure la modification des plans dans le champ d'application de l'art. 4 LAT. Ce point de vue est confirmé par une interprétation téléologique de la norme ; les buts de celle-ci, tendant à une pesée des intérêts efficace et la conformité formelle de la planification au droit fédéral,⁶³ s'adressent aussi bien à l'adoption qu'aux modifications des plans.⁶⁴

Ainsi, l'information prévue à l'art. 4 al. 1 LAT s'impose pleinement aux modifications. Qu'en est-il de la participation ? En cas de modifications mineures, le Tribunal fédéral admet qu'il peut être y renoncé.⁶⁵ Selon nous, un renoncement pur est simple serait contraire à l'art. 4 al. 2

⁵⁷ L'art. 4 LAT s'applique à l'adoption de zones provisoires. ATF 114 Ib 305 c. 5f, in : JdT 1990 I 399.

⁵⁸ Com. pratique LAT, Autorisation-MUGGLI (n. 8), Art. 4 N 20.

⁵⁹ Voir à ce propos Com. pratique LAT, Autorisation-MUGGLI (n. 8), Art. 4 N 14 ; Com. pratique LAT, Autorisation-AEMISEGGER/HAAG (n. 8), Art. 33 N 21 ; MONOD (n. 43), 21. ATF 143 II 467 c. 2.1 ; ATF 135 II 286 c. 4.2.3, in : RDAF 2010 I 405 = DC 1/2010, 16.

⁶⁰ COMMISSION ÉCONOMIQUE POUR L'EUROPE, Convention d'Aarhus : Guide d'application, 2014, 176. À cet égard, il est admis que l'aménagement du territoire peut être englobé dans les plans et programmes relatifs à l'environnement de l'art. 7 de la Convention. Com. pratique LAT, Autorisation-MUGGLI (n. 8), Art. 4 N 30.

⁶¹ TF, 1C_425/2019, 24.7.2020, c. 4.1. Com. pratique LAT, Autorisation-MUGGLI (n. 8), Art. 4 N 22.

⁶² ATF 135 II 286 c. 4.2.3, in : RDAF 2010 I 405 = DC 1/2010, 16 avec les références citées.

⁶³ Voir à ce propos Com. pratique LAT, Autorisation-MUGGLI (n. 8), Art. 4 N 4.

⁶⁴ On ajoute qu'une telle interprétation va dans le sens d'une interprétation conforme à l'art. 7 de la Convention d'Aarhus. COMMISSION ÉCONOMIQUE POUR L'EUROPE (note. 60), 176.

⁶⁵ ATF 135 II 286 c. 4.2.3, in : RDAF 2010 I 405 = DC 1/2010, 16. WALDMANN/HÄNNI (n. 8), Art. 4 LAT N 15.

LAT et l'obligation de moyens qui y figure (« veillent », « sorgen », « provvedono »). Il faut alors comprendre que la participation, en l'absence d'un intérêt public contraire, peut être renvoyée à la phase de l'enquête publique.⁶⁶ La question reste en revanche ouverte de savoir s'il est nécessaire de réitérer le processus participatif en présence de *modifications importantes* du plan ; le Tribunal fédéral ne l'a pas encore tranchée. Cette question est particulièrement prégnante dans la procédure de planification conduisant à des modifications d'un plan d'affectation à la faveur de la réduction des zones à bâtir, conformément à l'art. 15 al. 2 LAT. À notre sens, elle trouve sa réponse dans les buts assignés à la transparence, plus précisément dans la réalisation des fonctions démocratiques et des objectifs de planification réussie poursuivis par l'art. 4 al. 2 LAT.

Une modification importante du plan nécessite une pesée des intérêts et une coordination qui met en jeu ces objectifs et fonctions. Partant, le processus participatif devrait être en principe attaché aux modifications des plans qui ne peuvent être qualifiées de mineures ou secondaires, de manière toutefois adaptée (« adéquate » selon le terme de la loi) aux besoins propres de la modification en cause. C'est particulièrement le cas des tâches de planification relatives au surdimensionnement des zones à bâtir. Quand bien même la révision du plan serait partielle, il ne s'agit *de facto* pas de réitérer la participation déjà entreprise lors de l'adoption du plan initial, mais de procéder à une *nouvelle pesée des intérêts en présence* qui peut avoir des répercussions au-delà de la zone réservée ou des zones constructibles existantes.⁶⁷

C. Le champ d'application temporel de l'obligation de transparence

1. Les principes issus de l'art. 4 LAT

L'aménagement du territoire est un processus évolutif qui passe par plusieurs phases successives étalées dans le temps, allant de la détermination des principes juridiques et politiques à l'élaboration technique des plans. En inter-

venant trop tôt, l'information et la participation risquent d'ignorer certains enjeux qui ne sont pas encore apparus. En intervenant trop tard, alors que les études et la pesée des intérêts sont menées à leur terme (ou presque), la portée de la transparence est très limitée dans ses effets, sauf à remettre en question les fondements-mêmes du projet. Pour être adéquates et efficaces (au sens de produire un maximum résultats avec un minimum de moyens), l'information et la participation doivent intégrer la temporalité de la planification pour en suivre le rythme et en précéder les différentes étapes. Cela suppose que soit assurée une *information* continue, lors des différents travaux de planification, afin de faire ressortir au moment judicieux les enjeux et intérêts pertinents.⁶⁸ L'autorité doit également veiller à une *participation* adéquate non seulement matériellement, mais également *temporellement*. La participation n'a pas à être continue, mais doit être organisée dans le temps de sorte que la population puisse, effectivement, participer aux débats en disposant raisonnablement de la possibilité d'en influencer les résultats.

La temporalité de la transparence est tenue, à notre sens, de répondre aux *objectifs de qualité de la planification et de légitimité démocratique* visés. Pour y parvenir, l'information et la participation doivent être mises en œuvre avant que la pesée globale des intérêts n'ait été totalement entreprise et que le processus de décision relatif au plan n'ait été achevé – ou ne soit en passe de l'être. La doctrine est unanime à ce propos : elles doivent intervenir *le plus tôt possible*, au stade du projet de plan.⁶⁹ Dans sa jurisprudence, le Tribunal fédéral admet que la participation doit intervenir « dès la genèse de la planification », « à un stade où celle-ci n'a pas encore de portée irréversible ». Il s'agit non seulement d'asseoir la légitimité des outils de planification, mais d'éviter autant que possible les oppositions – et *a fortiori* les recours.⁷⁰

Ainsi, sous réserve de modifications mineures ou secondaires des plans,⁷¹ réserver l'information et la participation à un stade tardif de l'établissement du plan, notamment lors de l'enquête publique voire de la procédure de

⁶⁶ Au demeurant, une exclusion de la participation pour des modifications mineures des plans pourrait s'avérer contraire à l'art. 7 de la Convention d'Aarhus qui « n'exclut pas expressément de son champ d'application les modifications mineures ou les petites zones au niveau local ». COMMISSION ÉCONOMIQUE POUR L'EUROPE (n. 60), 175.

⁶⁷ Dans une affaire concernant un projet touristique dans une commune disposant d'un excédent de résidences secondaires, le Tribunal fédéral a considéré qu'il n'était plus possible de statuer isolément sur le sort secteur concerné, « indépendamment d'un examen plus général du dimensionnement des zones à bâtir de la commune ». TF, IC_568/2014, 13.1.2016, c. 7.3.

⁶⁸ BESSE (n. 49), 138 ; WALDMANN/HÄNNI (n. 8), Art. 4 LAT N 10 ; Message LAT 1978 (n. 42), 1018.

⁶⁹ Com. pratique LAT, Autorisation-AEMISEGGER/HAAG (n. 8), Art. 33 N 31 avec les références citées ; BESSE (n. 49), 180 ; WALDMANN/HÄNNI (n. 8), Art. 4 LAT N 11 ; GUY-ECABERT, (n. 47), 40 ; FAVRE (n. 48), 4 et 6.

⁷⁰ ATF 143 II 467, c. 2.1. Voir également ATF 135 II 286 c. 4.2.3, in : RDAF 2010 I 405 = DC 1/2010, 16 (avec note PETER HÄNNI) ; ATF 133 II 120 c. 3.1.

⁷¹ cf. *supra* III.B.2.b. Et encore, dans ce cas, la réserve ne saurait être admise que pour des motifs d'efficacité et d'adéquation de la mesure aux circonstances.

recours, est contraire à l'art. 4 LAT – pour le moins à son sens et son but. Le processus de décision est si avancé que la situation n'est guère propice (c'est un euphémisme) à l'écoute, au dialogue et à l'inclusion de la population dans un processus qui se veut intégratif. La transparence n'a véritablement de sens et de portée effective que si elle intervient à chaque stade de la formation du plan et des choix politiques qui mènent à la décision. La procédure d'opposition qui précède la décision et fait suite à la mise à l'enquête publique est un élément de la protection juridique accordée aux personnes qui ont un intérêt digne de protection à la contestation du plan ; il ne s'agit pas d'une forme ou d'un instrument de participation.⁷²

Le Tribunal fédéral semble être d'un avis différent en considérant qu'il suffit que la participation intervienne avant que la pesée des intérêts ne soit définitivement close, « au moment de l'élaboration du projet ou après la prise de décision ».⁷³ À ce titre, la procédure de l'art. 33 LAT serait suffisante pour garantir les exigences de l'art. 4 LAT. Ce faisant, le Tribunal fédéral assimile la protection juridique des citoyens offerte par l'art. 33 LAT, dans le cadre de la procédure d'adoption des plans, et la participation de la population au processus – politique – d'élaboration des plans. Ces deux moyens d'impliquer le public ne sauraient toutefois se confondre ;⁷⁴ le sens et les objectifs des art. 4 et 33 LAT diffèrent sensiblement –⁷⁵ sauf à vider l'art. 4 LAT de sa substance et de sa raison d'être. Il est vrai que la phase d'opposition permet de modifier ponctuellement un plan, en tant qu'élément de protection juridique dans la phase non contentieuse de la procédure ; elle ne permet toutefois pas de dialoguer sur les principes politiques qui doivent orienter l'établissement du plan. Pour les raisons exprimées plus haut, la partie est déjà largement jouée. La « conciliation » suivant la mise à l'enquête publique de l'art. 33 al. 1 LAT a pour vocation de résoudre des divergences sur des aspects souvent ponctuels et en principe individuels, mais pas de discuter les fondements et choix politiques du plan jusqu'à orienter le processus de planification lui-même.

Dans le cas d'une zone réservée, on pourrait à notre sens réserver le cas où la situation concrète ne laisserait qu'un pouvoir d'appréciation très limité au regard des objectifs de l'art. 15 LAT et rendrait une pleine participa-

tion illusoire et sans grand effet (voire laisserait croire à une liberté de planification qui n'existerait pas ou que de manière marginale). Il est alors vraisemblable que la prise en compte de demandes individuelles dans le cadre de la phase d'opposition suffise. Ainsi, une participation à un stade tardif peut apparaître comme opportune,⁷⁶ l'autorité devant néanmoins procéder à une information adéquate le plus tôt possible (ne serait-ce que pour présenter le déroulement de la procédure, conformément à l'art. 4 al. 1 LAT).

2. Les apports de la Convention d'Aarhus

L'art. 7 de la Convention d'Aarhus enjoint chaque Partie à engager les dispositions pour que le public « participe à l'élaboration des plans [...] relatifs à l'environnement dans un cadre transparent et équitable, après lui avoir fourni les informations nécessaires ». Pour être conforme à cette disposition, par renvoi à l'art. 6 de la Convention, la participation doit remplir trois conditions cumulatives :

- laisser assez de temps au public pour qu'il se prépare et participe effectivement *tout au long* du processus décisionnel (ch. 3) ;
- être initiée lorsque toutes les options et solutions sont encore possibles et que le public peut exercer une *réelle influence* (ch. 4) ;
- garantir la *prise en considération* des résultats du processus (ch. 8).

Il découle de ces conditions que l'information et la participation doivent être prévues dès le début de la procédure et pas seulement lors des étapes finales.⁷⁷ Selon la littérature, ces exigences figurant aux art. 6 et 7 de la Convention sont directement applicables.⁷⁸ Pour le moins, le droit interne doit être interprété conformément à celles-ci,⁷⁹ dans le sens d'une transparence à assurer le plus tôt possible. Une telle interprétation aboutit à concevoir la transparence en matière de plan d'affectation dès leur initiation et tout au long de leur élaboration. Le stade de

⁷² Com. pratique LAT, Autorisation-MUGGLI (n. 8), Art. 4 N 10.

⁷³ TF, 1C_94/2020, 10.12.2020, c. 2.2. Voir également ATF 143 II 467 c. 2.2. et 2.4.

⁷⁴ Com. pratique LAT, Autorisation-MUGGLI (n. 8), Art. 4 N 8.

⁷⁵ Voir à ce propos WALDMANN/HÄNNI (n. 8), Art. 4 LAT N 2 ; GUY-ECABERT (n. 47), 40 ; WISARD (n. 47), 320. La participation de l'art. 4 al. 2 LAT ne se confond pas avec le droit d'être entendu garanti dans le cadre de la procédure de l'art. 33 LAT.

⁷⁶ cf. *supra* III.B.1. Telle pourrait être envisagée la situation dans TF, 1C_94/2020, 10.12.2020 : la dispersion et le surdimensionnement des zones à bâtir suite à une fusion de communes exige d'englober toute la zone à bâtir en zone réservée (c. 3.4), la marge de manœuvre de l'autorité étant ainsi limitée à ce stade.

⁷⁷ WISARD (n. 47), 320–321 ; FAVRE (n. 48), 12.

⁷⁸ ALEXANDRE FLÜCKIGER, La transparence des administrations fédérales et cantonales à l'épreuve de la Convention d'Aarhus sur le droit d'accès à l'information environnementale, DEP 2009 749 ss, 786 avec les références citées.

⁷⁹ CJUE, Jozef Križan e.a. contre Slovenská inšpekcia životného prostredia, 15.1.2013, 77.

l'enquête publique⁸⁰ apparaît à ce titre largement tardif, tant il est vrai que les délais (30 jours, parfois 20 jours) ne laissent guère de possibilité de se préparer et de prendre en compte les résultats ; au demeurant, la réelle influence de la participation est très relative à cette étape dès lors que les principes ont été définis et les études techniques réalisées préalablement. Dans ce cadre, s'agissant du contenu et de la forme de l'information et de la participation, l'autorité de planification dispose néanmoins d'une large marge d'appréciation.

IV. Conclusion

La transparence dans l'aménagement du territoire répond à des impératifs de légitimité démocratique et d'acceptation de mesures, parfois restrictives, par la population. Elle permet en outre une nécessaire égalité de traitement informationnelle et d'éviter le fait accompli associé à un certain sentiment d'injustice. La réduction des zones à bâtir surdimensionnées ou l'établissement de zones réservées justifie pleinement la transparence des autorités de planification réclamée par le public.

L'aménagement du territoire relevant de la compétence des cantons, le régime légal général régissant la transparence des autorités publiques cantonales s'applique concurremment à la législation sur l'aménagement du territoire. L'examen de ce régime, en particulier dans le cas de droit valaisan, conduit à formuler plusieurs recommandations. La population devrait bénéficier d'une communication proactive des autorités de planification, d'une publication des plans arrivés à leur stade final (conformément à l'art. 4 al. 3 LAT), ainsi que d'un droit d'accès aux documents officiels.

La notion de plan, telle que considérée à l'art. 4 LAT, couvre tant l'établissement de zones réservées au sens de l'art. 27 LAT que celui de plans d'affectation selon l'art. 14 LAT. La transparence en matière d'établissement des plans repose prioritairement sur une information continue, correcte et fournie à temps.⁸¹ À l'art. 4 LAT, l'information et la participation forment toutefois une unité : la première est une condition impérative de l'efficacité de la seconde. Ainsi, l'information doit être au surplus adéquate et suffisante pour que la participation puisse

effectivement se dérouler et donner lieu à une décision elle-même adéquate.⁸² Corollairement, l'administré doit pouvoir obtenir les renseignements qui sont utiles à former son avis et ses propositions – conformément aux exigences de l'art. 4 de la Convention d'Aarhus, lesquelles sont directement applicables. N'en reste pas moins que droit fédéral ne définit ni la forme ni l'étendue de la transparence et laisse aux cantons le soin de les adapter aux circonstances, avec une large marge d'appréciation.⁸³

⁸⁰ En revanche, la mise à l'enquête publique d'un « avant-projet » constitue une forme de participation, lorsqu'elle est une étape de l'établissement d'un projet de plan, visant précisément à recueillir les observations de la population. Dans ce sens, GUY-ÉCABERT (n. 47), 39.

⁸¹ Com. pratique LAT, Autorisation-MUGGLI (n. 8), Art. 4 N 1 et 23.

⁸² L'art. 7 de la Convention d'Aarhus évoque la fourniture préalable des « informations nécessaires », dans le contexte d'une participation efficace. COMMISSION ÉCONOMIQUE POUR L'EUROPE (n. 60), 178.

⁸³ TF, 1C_388/2013, 16.6.2014, c. 2.1. BESSE (n. 49), 138 ss.