

Tribunal fédéral  
1C\_22/2019, 1C\_476/2019 du 06.04.2020  
(arrêt destiné à la publication)

Rétablissement de la situation conforme au droit / Constructions illégales / Droit intertemporel / Garantie de la situation acquise dans l'espace réservé aux eaux / Art. 41c al. 2 OEaux

Le Tribunal fédéral rejette le recours de privés s'agissant de la régularisation de diverses constructions et installations réalisées sans autorisation, situées dans l'espace réservé aux eaux (ERE).

La Cour fédérale examine dans quelle mesure les constructions et aménagements litigieux ont été réalisés sans autorisation de construire. Constatant que tel est le cas, elle évalue dans quelle mesure ils peuvent être régularisés par le biais d'une autorisation de construire *a posteriori*. Plusieurs aspects sont examinés. En particulier, le droit applicable doit être établi dès lors que la loi a changé entre la construction effective et la décision relative à la régularisation. Au demeurant, se pose la question de savoir s'il est possible de régulariser une construction illégale dans l'ERE, ce qui conduit à évaluer la portée de l'art. 41c al. 2 OEaux et son rapport à l'article 24c LAT. Enfin, la régularisation peut être elle admise en zone de danger d'avalanches et de crues ?

## Faits

Dans une affaire valaisanne, la Commission cantonale des constructions (CCC) a ordonné l'arrêt immédiat de travaux dans la commune de Saas-Balen, en lien avec le stockage de déchets de construction.

Un ordre de démolition (rétablissement de la situation conforme au droit) d'un bâtiment composé de conteneurs, d'élimination respectueuse de l'environnement de matériaux stockés et d'enlèvement des déchets de construction a été prononcé. Cet ordre a fait l'objet d'un recours auprès du Tribunal fédéral suite au rejet des recours interjetés auprès des autorités cantonales (affaire 1C\_22/2019).

Les recourants ont de même déposé une demande de révision du jugement du Tribunal cantonal en invoquant l'existence d'un permis de construire, lequel n'a été découvert que postérieurement au prononcé du jugement. La Cour cantonale rejette la demande de révision ;

l'intéressé interjette alors un recours au Tribunal fédéral (affaire 1C\_476/2019).

Les deux affaires ont été jointes ; l'effet suspensif a été rejeté s'agissant de la demande de révision et précisé dans le cas de l'ordre de démolition.

## Motifs

**Note :** *Nous n'examinons pas ici l'ensemble des considérants de l'arrêt du Tribunal fédéral, mais uniquement les plus significatifs. On relève que la Cour confirme le rejet de la demande de révision (c. 3). Il constate également que les constructions actuelles n'ont pas été autorisées ; celles qui l'ont été en 1967 n'existent plus actuellement et ont été totalement remplacées (c. 6 et 7).*

### (c. 8) Le droit applicable

En 1967, un garage (bâtiment d'origine) avait été approuvé, avant que la loi fédérale sur la protection des eaux du 8 octobre 1971 n'entre

en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 1972. Celle-ci prévoyait pour la première fois le principe de séparation des zones constructibles et des zones non constructibles. Ce garage consiste ainsi bien en un bâtiment de droit ancien au sens de l'art. 41 al. 1 OAT. Toutefois, la structure d'origine du bâtiment de 1967 a été complètement remplacée en 1993. Il convient ainsi de constater que le bâtiment a été reconstruit ; cette reconstruction a été entreprise sans permis de construire. Autrement dit, le bâtiment actuel, datant de 1993, est formellement illégal. Reste à examiner s'il peut être régularisé *a posteriori*. Il s'agit alors en premier lieu de déterminer **le droit applicable**.

(c. 8.1) Selon la pratique et la jurisprudence du Tribunal fédéral, est en principe déterminante la situation juridique en vigueur au moment de la construction du bâtiment. Autrement dit, le droit applicable est celui qui était en vigueur au moment de la construction effective du bâtiment litigieux. Cette règle connaît un tempérament lorsque le bâtiment peut être approuvé en vertu du droit "plus doux" applicable au moment de la décision sur la régularisation (*lex mitior*). Celui-ci n'est toutefois envisageable que si le demandeur n'a délibérément pas requis d'autorisation parce qu'il savait que de nouvelles dispositions plus strictes entreraient en vigueur avant l'octroi de l'autorisation exigée.

Selon le Tribunal fédéral, cette pratique est contraire à la règle fondamentale du droit intertemporel selon laquelle l'autorité de première instance applique le droit en vigueur au moment de sa décision. Elle pose en outre de nombreux problèmes pratiques comme l'absence de documentation de l'état initial en cas de modification des bâtiments, les difficultés des constatations de droit cantonal et communal qui remontent à loin dans le passé. La Cour constate alors que ceux qui n'ont pas obtenu de permis de construire ne peuvent pas toujours compter sur la protection de leurs investissements en cas de modification de la loi.

(c. 8.2) La pratique évoquée plus haut ne peut, quoi qu'il en soit, pas être appliquée à des

dispositions légales adoptées afin de faire respecter des intérêts publics importants. Ces dispositions sont obligatoires, même si elles n'entrent en vigueur qu'en cours d'une procédure de recours. Elles doivent donc être appliquées par l'autorité amenée à trancher le litige, *a fortiori* lorsqu'il s'agit de régulariser une construction érigée sans autorisation – donc approuvée pour la première fois dans le cadre de la procédure de régularisation. Le Tribunal fédéral a notamment considéré la nécessité d'appliquer immédiatement le nouveau droit dans les domaines du droit des eaux, de la nature, du patrimoine et de la protection de l'environnement.

Dans le cas d'espèce, il s'agit de déterminer si les bâtiments érigés sans autorisation dans l'ERE peuvent être autorisés *a posteriori*. Le Tribunal fédéral relève alors que **l'existence de constructions ou installations qui ont été érigées ou modifiées sans permis de construire avant l'entrée en vigueur de l'OEaux le 1er juin 2011 n'est protégée que si elles pouvaient encore être autorisées aujourd'hui** – en fonction du droit applicable à ce jour. En substance, elles doivent être admissibles au regard de l'art. 41c al. 2 OEaux, selon lequel les installations dans l'ERE sont en principe protégées dans leur existence, à condition qu'elles aient été légalement construites et qu'elles puissent être utilisées comme prévu. Ces conditions ne visent ainsi que les constructions et installations légalement autorisées.

#### **(c. 9) La portée autonome de l'art. 41c al. 2 OEaux**

La parcelle sur laquelle se situent les installations litigieuses est intégralement située dans l'ERE. Selon l'art. 41c al. 1 OEaux, seules les constructions d'intérêt public conformes à la zone peuvent y être en principe érigées. Tel n'est pas le cas en l'espèce puisqu'il s'agit d'installations privées. L'art. 41c al. 2 OEaux consacre toutefois le principe de la garantie de la situation acquise pour les constructions et installations existantes sises dans l'ERE, « si elles ont été mises en place légalement et

peuvent être utilisées conformément à leur destination ».

(c. 9.1) La doctrine et la jurisprudence sont hésitantes quant à savoir si la portée de l'art. 41c al. 2 OEaux est autonome pour les constructions non conformes à la zone en dehors de la zone à bâtir ou si la garantie de la situation acquise prévue est fondée sur l'art. 24c LAT. Dans une précédente jurisprudence, le Tribunal fédéral avait soutenu le second point de vue et avait été critiqué par la doctrine.

(c. 9.2) Dans le présent arrêt, la Cour fédérale renverse sa précédente jurisprudence et **admet la portée autonome de l'art. 41c al. 2 OEaux**. Comme l'art. 24c LAT, cette disposition protège l'existence (« in ihrem Bestand » dans la version allemande de la loi) des constructions et installations ; elle ne mentionne toutefois pas l'agrandissement mesuré, la reconstruction ou la transformation partielle que permet l'art. 24c LAT. L'OEaux ne fait d'ailleurs aucune référence l'art. 24c LAT.

La Cour fédérale relève au passage que l'art. 24c LAT ne vise que les constructions qui ne sont pas conformes à la zone ; il n'existe ainsi pas de disposition de l'aménagement du territoire qui concernent les constructions conformes à la zone dans l'ERE.

**Commentaire :** *On ajoute à ce propos que les constructions conformes à la zone sont soumises à l'art. 22 LAT, lequel réserve les conditions posées par le droit cantonal ou fédéral (al. 3). Parmi ces dispositions figurent précisément les restrictions en matière de construction dans l'ERE de l'art. 41c OEaux.*

Le Tribunal fédéral mentionne plusieurs motifs qui vont à l'encontre d'une extension de la garantie de la situation acquise en vertu de l'art. 24c LAT, dans l'ERE :

- D'une part, l'ERE offre une protection accrue contre les constructions par rapport à la zone agricole ; les restrictions de construction y sont plus importantes compte tenu de l'art. 41c

al. 1 OEaux. Il y a ainsi un intérêt public à conserver l'ERE libre de constructions.

- D'autre part, les rives sont particulièrement dignes de protection en tant que biotope pour les animaux et les plantes ; elles constituent également des corridors de liaison importants (art. 18 al. 1bis et 21 LPN, art. 14 al. 3 lit. e OPN).
- Enfin, la préservation des berges libres de constructions est une condition préalable à la revitalisation des eaux (art. 38a LEaux).

Contrairement à l'art. 24c LAT, la garantie de la situation acquise en matière d'ERE ne figure que dans une ordonnance. En principe, il appartient au législateur de décider s'il souhaite accorder une protection étendue des droits acquis dans l'ERE, en vertu de l'article 36a LEaux. En l'absence d'une disposition légale, seule la **protection constitutionnelle des droits acquis** découlant de la garantie de la propriété et de la protection de la confiance s'applique :

- Cette protection comprend l'existence, l'utilisation continue et l'entretien des constructions.
- Compte tenu de l'objectif de l'art. 36a LEaux et du principe de proportionnalité, les transformations qui n'affectent pas les fonctions des eaux peuvent également être autorisées. Tel est le cas de l'installation de panneaux solaires sur un bâtiment existant.
- En revanche, les constructions illégales en dehors de la zone à bâtir ne peuvent pas être agrandies ou reconstruites dans l'ERE. Elle contribuerait à aggraver la violation de la législation sur les eaux et la perpétuerait au-delà de la durée de vie de constructions initialement autorisées. Une telle situation irait à l'encontre de l'objectif de l'art. 36a LEaux, qui est de maintenir l'ERE libre de constructions et d'installations, à long terme.

**Commentaire :** Le Tribunal fédéral relève qu'une extension de la garantie de situation acquise devrait figurer dans une loi au sens formel. Dans le cas de l'ERE, elle n'est réglée qu'au niveau de l'ordonnance. En l'absence de base légale suffisante s'applique la garantie constitutionnelle de la situation acquise découlant de l'art. 26 Cst. et du principe de la bonne foi. Autrement formulé, on peut admettre que l'art. 41c al. 2 OEaux doit être interprété conformément à cette garantie constitutionnelle et ne peut en restreindre la portée. Elle admet l'existence, l'utilisation conforme à la destination de l'objet et l'entretien de la construction. Toute reconstruction est ainsi exclue dès lors qu'il s'agit d'une nouvelle construction. Tout agrandissement ou transformation n'est en principe pas admissible au titre de la garantie de la situation acquise ; réserve est toutefois faite des transformations qui n'affectent pas les fonctions des eaux – a minima qui n'impliquent d'emprise supplémentaire sur le sol dès lors qu'à notre sens toute diminution du sol riverain est une atteinte à ces fonctions.

(c. 9.3) En résumé, la reconstruction de bâtiments dans l'ERE, réalisée sans autorisation de construire, ne peut être admise, même rétroactivement.

**Commentaire :** On pourrait formuler cette conclusion d'une autre manière. Une construction érigée illégalement (sans autorisation) dans l'ERE ne dispose pas de la garantie de la situation acquise de l'art. 41c al. 2 OEaux. Il s'agit de la considérer en tant que nouvelle construction (première autorisation) soumise aux conditions de l'art. 41c al. 1 OEaux. Le fait que la revitalisation du cours d'eau soit empêchée par d'autres constructions intervenues entre temps ne change rien à la situation.

(c. 10-11) La régularisation des bâtiments érigés sans autorisation (en remplacement des constructions admises en 1967) est au demeurant empêchée par leur localisation en zone de danger (d'avalanches et partiellement de crues).

Une préoccupation importante de l'aménagement du territoire est qu'aucun bâtiment ne soit construit là où des personnes et des biens matériels considérables pourraient être endommagés en raison de la menace des forces naturelles. Cet objectif va dès lors à l'encontre d'une reconstruction des installations à leur emplacement initial située en zone de danger. L'intérêt public défendu l'emporte sur les intérêts privés, d'autant plus que dans le cas d'espèce les coûts d'investissement engagés en 1993 étaient probablement faibles et ont été amortis depuis longtemps.

(c. 12) Le Tribunal fédéral examine dans quelle mesure l'utilisation du terrain comme zone de stockage pour les conteneurs, les matériaux de construction, d'excavation et de démolition est admissible a posteriori.

(c. 12.2) Il retient qu'aucune preuve n'est apportée que ces activités auraient été autorisées en 1967. Il s'agit ainsi de nouveaux aménagements qui doivent faire l'objet d'une première autorisation de construire aux conditions de l'art. 41c al. 1 OEaux. En l'occurrence, ils ne servent pas un intérêt public et ne sont pas imposés par leur destination. La régularisation est ainsi exclue.

**Commentaire :** De manière succincte, le Tribunal écarte une autorisation au sens de l'art. 41c al. 1 OEaux. Sur le fond, ce n'est pas critiquable. Pour être exhaustif, il convient toutefois de constater que les exceptions prévues à l'art. 41c al. 1 OEaux ne trouvent pas non plus application dans le cas d'espèce. La seule hésitation pourrait porter sur la lit. abis. Il apparaît toutefois que la parcelle concernée ne constitue pas d'une brèche dans le tissu bâti ; elle n'est pas située entre des parcelles déjà construites. Elle est isolée en rive droite de la Saaser Vispa (coord. 638.000 / 109.805).

(c. 12.3) Est également refusée l'approbation des dépôts de matériaux dans la zone danger en raison d'intérêts prépondérants qui s'y opposent – en vertu des art. 24c al. 5 LAT et 43a lit. e OAT). La Cour fédérale relève à ce titre

que les intérêts privés au maintien de l'utilisation d'un terrain ne pèsent que peu si cette utilisation ne suppose pas des mesures constructives importantes, autrement dit si aucun investissement substantiel n'est en jeu.