

Journées suisses du droit de la construction 2015

Les relations entre les divers intervenants dans une construction <i>Alain Thévenaz</i>	1
La révision des Règlements SIA, en particulier de leurs conditions générales <i>Franz Werro</i>	29
LAT révisée, dézonage et indemnisation des propriétaires <i>Jean-Michel Brahier / Pierre Perritaz</i>	55
L'expropriation des voisins exposés aux nuisances de la construction <i>Filippo Gianoni</i>	85
La sous-traitance <i>Eric Ramel / Marc-Etienne Favre</i>	117
Claim management et contrat de construction <i>Blaise Carron</i>	157
Les grandes nouveautés et la jurisprudence récente en droit public <i>Jean-Baptiste Zufferey</i>	197
La compensation de la plus-value selon la LAT révisée <i>Clémence Grisel Rapin</i>	249
La dimension totale des zones à bâtir du canton <i>Jacques Dubey</i>	263
La jurisprudence récente en droit privé <i>Pascal Pichonnaz</i>	293
Abréviations	377
Répertoire général des conférences 1975 – 2015	383

Information bibliographique de la Deutsche Bibliothek:

La Deutsche Bibliothek répertorie cette publication
dans la Deutschen Nationalbibliographie;
les données bibliographiques détaillées sont à consulter
sur Internet à l'adresse suivante: <http://dnb.ddb.de>

Citation suggérée:

AUTEUR, titre, in: JDC 2015, p. ...

Édité par

Jean-Baptiste ZUFFEREY
Institut pour le droit suisse et international de la construction
Université de Fribourg Suisse
Av. Beauregard 13
CH-1700 Fribourg

droitconstruction@unifr.ch
www.unifr.ch/droitconstruction

Les originaux de ce texte prêts à la reproduction ont été fournis par l'éditeur.
Layout : Me Aurore Estoppey et MLaw Chantal Pantillon

© 2015 Institut pour le droit suisse et international de la construction
Fabrication: Imprimerie Saint-Paul Fribourg Suisse
ISBN 978-3-9524108-3-7

LAT révisée, dézonage et indemnisation des propriétaires

Jean-Michel Brahier, *Docteur en droit, chargé de cours à l'Université de Fribourg et à la HES-SO, avocat, Fribourg / Lausanne*

Pierre Perritaz, *Avocat spécialiste FSA en droit de la construction et de l'immobilier, Fribourg / Lausanne*

I. Les nouvelles dispositions de la LAT relatives à la réduction des zones à bâtir

- A Introduction
 - 1. Le contexte
 - 2. Les bases légales relatives au surdimensionnement
- B La réduction des zones à bâtir surdimensionnées
 - 1. Le concept
 - 2. Le délai au 1^{er} janvier 1988 pour réduire le surdimensionnement
 - 3. La nécessité actuelle de réduire les zones à bâtir
 - 4. Les (nouvelles) méthodes de dimensionnement des zones à bâtir
 - 5. Les réductions à opérer dans le futur

II. Les alternatives au dézonage

- A La création de zones à affectation différée
- B La temporisation
- C La « bourse » des terrains à bâtir
- D La renonciation à la mesure de déclassement

III. L'expropriation matérielle

- A Introduction et rappel
- B Les particularités en matière d'aménagement du territoire
 - 1. La distinction entre non-classement et déclassement
 - 2. La justification de la distinction

IV. La révision des plans de 2^{ème} génération

- A Le régime applicable
 - 1. Les cas envisageables de non-classement
 - 2. La justification
- B La nécessité de vérifier la validité du plan de 2^{ème} génération
 - 1. En général
 - 2. Quelques principes de planification dont il fallait tenir compte
 - 3. La pesée des intérêts qui devait être effectuée
- C Les cas ouvrant la voie de l'indemnisation
 - 1. Les non-classements à indemniser
 - 2. Les déclassements à indemniser
 - 3. Une limitation complémentaire à l'indemnisation en cas de thésaurisation du sol
 - 4. L'indemnisation fondée sur la responsabilité de l'Etat et sur la confiance

V. Conclusion

Bibliographie

I. Les nouvelles dispositions de la LAT relatives à la réduction des zones à bâtir

A Introduction

1. Le contexte

Le 1^{er} mai 2014 sont entrées en vigueur les **nouvelles dispositions de la LAT**, suite aux modifications de l'Assemblée fédérale du 15 juin 2012¹ et du 22 mars 2013². La révision est essentiellement consacrée à la lutte contre le mitage du territoire³. Les modifications du 15 juin 2012 avaient été proposées par le Parlement en tant que contre-projet indirect à l'initiative du 14 août 2008 « De l'espace pour l'homme et la nature (initiative pour le paysage) »⁴. Trois documents ont été publiés pour permettre la mise en œuvre de la LAT révisée. Il s'agit (1) de la révision partielle du 2 avril 2014 de l'**POAT**, entrée en vigueur le 1^{er} mai 2014⁵, (2) des « Directives techniques sur les zones à bâtir » (ci-après : **DZB**), publiées par le DETEC en mars 2014 et qui indiquent quand les zones à bâtir d'un canton (et non d'une commune ; cf. ci-après I/B/4/a) sont trop importantes et (3) le « Complément au guide de planification directrice » (ci-après : **C-GPD**), publié par l'ARE en mars 2014⁶.

De manière générale, la **finalité de la révision** est de « lutter contre le mitage du territoire » afin d'améliorer « la protection du paysage », de lutter contre « la perte de terres cultivables » et d'éviter des coûts élevés d'équipement pour les voies d'accès et les conduites d'eau et d'énergie⁷. A cet effet, le législateur a expressément inscrit dans la loi des buts supplémentaires de l'aménagement du territoire⁸, certains étant déjà reconnus dans notre ordre juridique. Les autorités doivent veiller « à la séparation entre les parties constructibles et non constructibles du territoire », de façon à permettre une délimitation pertinente des zones à bâtir (art. 1 al. 1 LAT), et soutenir, par des mesures d'aménagement du territoire, les efforts entrepris pour « créer un milieu bâti compact » (art. 1 al. 2 let. b LAT) et pour « orienter le développement de l'urbanisation vers l'intérieur du milieu bâti » (art. 1 al. 2 let. a^{bis} LAT).

Pour atteindre ces divers buts, la loi définit **les actions à entreprendre**. Il faut réviser / adapter les plans directeurs, notamment « dans le domaine de l'urbanisation » (art. 8a LAT), délimiter les zones à bâtir pour répondre « aux besoins prévisibles pour les 15 prochaines suivantes » (art. 15 al. 1 LAT), réduire les « zones à bâtir surdimensionnées » (art. 15 al. 2 LAT), prélever une taxe pour compenser « les avantages résultant de mesures d'aménagement » (art. 5 al. 1^{bis} à 1^{sexies}) et arrêter des mesures destinées à permettre la « disponibilité des terrains constructibles » (art. 15a LAT).

* Les auteurs remercient Philippe Berset, avocat à la Section juridique du Service des constructions et de l'aménagement du Canton de Fribourg, pour ses remarques et informations.

¹ RO 2014 p. 899 ; FF 2010 p. 959.

² RO 2014 p. 905 ; FF 2012 p. 6115.

³ Elle porte également sur deux autres thèmes moins polémiques, à savoir la pose d'installations solaires et la détention de chevaux en zone agricole.

⁴ Le Conseil fédéral et le Parlement jugeaient l'initiative trop sévère (cf. FF 2008 p. 6905). Le comité d'initiative avait alors accepté de retirer conditionnellement son initiative populaire (FF 2012 p. 6879). Soumises à votation populaire le 3 mars 2013 (FF 2013 p. 2759), les modifications ont été acceptées par 1'476'942 voix contre 871'514 (62.9%).

⁵ RO 2014 p. 909.

⁶ A noter que, parmi les documents officiels publiés par la Confédération à l'occasion de la révision de la LAT, figurent également un « Rapport explicatif relatif à la révision partielle du 2 avril 2014 de l'ordonnance sur l'aménagement du territoire » et un « Rapport concernant les résultats de la consultation sur le projet d'ordonnance sur l'aménagement du territoire, sur le complément au guide de planification (Partie urbanisation) et sur les directives techniques sur les zones à bâtir », tous deux publiés par l'ARE.

⁷ FF 2010 p. 960 et p. 989.

⁸ Sur la différence entre options fondamentales, buts et principes, cf. par exemple BRAHIER, ch. 693 ss.

La réduction des zones à bâtir surdimensionnée apparaît ainsi au cœur de la présente révision, étant précisé que certains cantons (par exemple, Fribourg) s'étaient déjà attelés à traiter cette problématique avant l'entrée en vigueur de la révision de la LAT le 1^{er} mai 2014.

2. Les bases légales relatives au surdimensionnement

C'est le nouvel art. **15 al. 2 LAT** qui prévoit que « les zones à bâtir surdimensionnées doivent être réduites ». Cet alinéa doit être lu en lien avec l'art. 15 al. 1 LAT qui indique que les « zones à bâtir sont définies de telle manière qu'elles répondent aux besoins prévisibles pour les quinze années suivantes » ; l'alinéa 1 correspond à l'ancien art. 15 let. b LAT.

Diverses dispositions viennent compléter l'art. 15 LAT. L'art. **8a LAT** indique que le plan directeur doit définir notamment « la manière d'assurer la conformité des zones à bâtir aux conditions de l'art. 15 ». L'art. **5 al. 4 OAT** demande aux « cantons ayant des zones à bâtir surdimensionnées » qu'ils « indiquent au surplus par quelles mesures et dans quels délais ils répondront aux exigences de l'art. 15 LAT. Si les zones à bâtir sont nettement surdimensionnées, le canton impose les prescriptions nécessaires pour les réduire globalement ». L'art. **5 al. 3 let c OAT** impose aux cantons de donner les mandats permettant de « garantir par des mesures d'aménagement les surfaces prévues pour le déclassement ». Enfin, l'art. **5 al. 1ter LAT** indique que le produit de la taxe sur la plus-value est utilisé notamment pour compenser les « mesures d'aménagement qui apportent au droit de propriété des restrictions équivalent à une expropriation » (art. 5 al. 2 LAT) ; ce produit servira donc à financer, en partie du moins, les mesures prises pour diminuer le surdimensionnement.

B La réduction des zones à bâtir surdimensionnées

1. Le concept

Le concept de « zone à bâtir surdimensionnée » est ancien. Dans son message du 31 mai 1972 relatif à la loi sur l'aménagement du territoire, le Conseil fédéral relevait que « l'expérience montre qu'on attribue beaucoup trop de terrains à la zone de construction. Il en résulte des désavantages importants »⁹. C'est pourquoi, il est nécessaire que les zones à bâtir soient **correctement dimensionnées**.

En 1972, le Tribunal fédéral reconnaissait également la nécessité d'un dimensionnement correct des zones à bâtir¹⁰. C'est dans son arrêt GRETZENBACH, rendu en 1979, qu'il a, pour la première fois, fixé une **limite claire**. Il a estimé qu'une zone à bâtir est trop vaste « lorsqu'on lui attribue plus de terrain qu'il n'est nécessaire pour couvrir les besoins prévisibles en terrains à bâtir pour les dix à quinze prochaines années »¹¹.

La loi fédérale sur l'aménagement du territoire est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1980. L'ancien art. **15 let. b LAT** confirmait la jurisprudence susmentionnée en indiquant que la zone à bâtir doit comprendre les terrains qui « seront probablement nécessaires à la construction dans les quinze ans à venir ». Le Tribunal fédéral a ainsi précisé qu'en vertu de la LAT, les cantons et les communes ont l'obligation de limiter la surface des zones à bâtir « aux terrains qui seront probablement nécessaires à la construction dans les quinze années à venir »¹². Il considère que les zones à bâtir qui ne respectent pas cette exigence sont surdimensionnées¹³ et, partant, « contraires à la loi »¹⁴, c'est-à-dire illégales.

⁹ FF 1972 I 1448.

¹⁰ ATF 98 Ia 374 c. 5, JdT 1974 I 290 (WALD) ; cf. ég. FLÜCKIGER/GRODECKI, Commentaire LAT, art. 15, ch. 56.

¹¹ ATF 103 Ia 250 c. 2c, JdT 1979 I 277 (GRETZENBACH).

¹² ATF 111 Ia 17 c. 2d, JdT 1987 I 532 (THAL).

¹³ ATF 111 Ia 17 c. 2d, JdT 1987 I 532 (THAL), dont le regeste mentionne clairement la « réduction de zones à bâtir surdimensionnées (art. 15 LAT) » ; ATF 117 Ia 302 c. 4b, JdT 1993 I 423 (FLIMS).

¹⁴ ATF 114 Ia 254, JdT 1990 I 392 (DEITINGEN).

Si les zones à bâtir sont surdimensionnées, elles **doivent être réduites**, car les cantons et les communes ont « l'obligation de réduire la surface des zones à bâtir trop vastes »¹⁵. Avant même l'entrée en vigueur de la LAT, le Tribunal fédéral reconnaissait que les mesures propres à réduire les zones à bâtir trop vastes présentent un « caractère d'utilité publique » ; cette politique est justifiée « par d'importantes raisons touchant à l'aménagement du territoire, notamment la nécessité d'éviter des constructions en ordre dispersé, par les exigences de la protection des sites et par la nécessité de limiter les frais d'infrastructure » ; il ne faut pas « se fonder exclusivement sur la capacité de la surface constructible dans son ensemble », mais il convient de « veiller à ce que les différentes zones à bâtir, avec leur densité déterminée et leur caractère propre <...>, aient des dimensions telles qu'elles satisfassent aux besoins probables en terrains à bâtir pour les dix à quinze prochaines années »¹⁶.

2. Le délai au 1^{er} janvier 1988 pour réduire le surdimensionnement

Conformément à l'art. 35 al. 1 let. b LAT, les cantons devaient veiller à ce que les plans d'affectation soient établis à temps, mais au plus tard dans un délai de huit ans à compter de l'entrée en vigueur de la LAT, soit jusqu'au 1^{er} janvier 1988. Les plans d'affectation adoptés avant l'entrée en vigueur de la LAT conservaient leur validité jusqu'à cette date (art. 35 al. 3 LAT). En particulier, les communes devaient veiller à **réduire les zones à bâtir trop vastes** avant l'expiration de ce délai¹⁷.

A l'échéance de ce délai de péremption, les anciens plans encore en force qui n'ont pas été remplacés ou confirmés par une nouvelle planification fondée sur la LAT ont **perdu toute validité** en ce qui concerne la délimitation des zones¹⁸. Bien entendu, la nouvelle planification devait prendre en considération les exigences de l'art. 15 LAT, et notamment l'interdiction de créer ou de maintenir des zones à bâtir surdimensionnées¹⁹. Si elle ne l'a pas fait, le plan est périmé et la commune ne dispose plus d'un plan d'affectation pour organiser son territoire. Selon l'art. 36 al. 3 LAT, jusqu'à l'approbation d'un plan d'affectation conforme au droit fédéral, la zone à bâtir est réduite « à la partie de l'agglomération qui est déjà largement bâtie »²⁰.

En pratique, les zones surdimensionnées n'ont **cependant pas été réduites** conformément à l'art. 15 LAT²¹.

3. La nécessité actuelle de réduire les zones à bâtir

Selon les constats de la statistique de la superficie (relevés de 2012), la surface des zones à bâtir en Suisse totalise **228'478 hectares**²².

En 2012, entre 28'000 et 43'000 hectares de zones à bâtir sont encore non construits, ce qui représente **entre 12 et 18%** des quelque 228'000 hectares de zones à bâtir en Suisse ; entre 186'000 et 200'000 hectares (de 82 à 88%) sont ainsi déjà construits²³. Début 2012, les zones à bâtir accueilleraient près de 7.4 millions de personnes et les zones à bâtir non construites pourraient en accueillir 1.0 à 1.7 million si elles étaient pleinement utilisées²⁴. En tenant compte d'une évolution démographique égale à 1%²⁵, les réserves suffisent pour plus de 20 ans. Or,

¹⁵ ATF 111 Ia 17 c. 2d, JdT 1987 I 532 (THAL).

¹⁶ ATF 103 Ia 250 c. 2b, JdT 1979 I 277 (GRETZENBACH).

¹⁷ ATF 118 Ib 38 c. 4, JdT 1994 I 391 (FLIMS).

¹⁸ Arrêt du TF 1P.382/2005 c. 3.3 (GACHNANG) ; arrêt du TC-FR 602 2010-102 c. 2c (DELLEY-PORTALBAN).

¹⁹ Arrêt du TC-FR 602 2010-102 c. 2c (DELLEY-PORTALBAN).

²⁰ ATF 118 Ib 38 c. 4, JdT 1994 I 391 (FLIMS) ; arrêt du TC-FR 602 2010-102 c. 2c (DELLEY-PORTALBAN).

²¹ Cf. FLÜCKIGER/GRODECKI, Commentaire LAT, art. 15 ch. 61 et les références citées ; MAHAIM, p. 226.

²² ARE, Statistique, p. 14.

²³ ARE, Statistique, p. 23 ss.

²⁴ ARE, Statistique, p. 16 et p. 27.

²⁵ Cf. OFS, Evolution.

depuis la fin des années septante, les zones à bâtir sont à dimensionner sur la base des besoins prévisibles pour les 15 années à venir (cf. ancien art. 15 let. b LAT ; art. 15 al. 1 LAT).

Outre ce constat, c'est avant tout l'existence d'importantes **disparités** cantonales et communales qui pose problème. Ainsi :

- en 2012, 11 cantons avaient des zones à bâtir surdimensionnées, alors que les 16 autres disposaient de capacités d'accueil inférieures aux prévisions sur 15 ans (2027), le Valais ayant par exemple des zones à bâtir surdimensionnées à hauteur de 20%²⁶ ;
- dans certaines communes, les zones à bâtir suffiraient pour plus de 50 ans²⁷ ; de plus, les réserves ne seraient pas situées, pour la plupart, là où elles seraient nécessaires²⁸.

De manière générale, les surfaces urbanisées « ne cessent de s'étendre à un rythme soutenu depuis des décennies » ; les surfaces urbanisées se sont **accrues de 24 % en 24 ans** depuis les années quatre-vingt²⁹. Durant la même période, soit entre 1980 et 2004, la population n'a augmenté que de 17%, passant de 6'335'000 à 7'415'000 personnes³⁰.

Certes, la situation semble **s'améliorer** quelque peu. Entre 2007 et 2012, la surface totale des zones à bâtir a progressé d'environ 1% (de 226'530 à 228'478 hectares)³¹, alors que la population a augmenté de 5.87% durant la même période³². Par ailleurs, les pourcentages de zones à bâtir non construites ont diminué depuis 2007 : alors qu'ils étaient compris entre 17 et 24% dans les statistiques des zones à bâtir 2007, ils ne sont plus que de 12 à 18% en 2012³³.

Il n'en demeure pas moins qu'il existe encore de nombreuses zones à bâtir qui sont largement surdimensionnées par rapport aux besoins³⁴. Comme la finalité de la révision partielle de la LAT réside dans la volonté de **lutter contre le mitage du territoire**, il apparaît, au vu de ce qui précède, que l'une des mesures à prendre consiste à réduire les zones à bâtir surdimensionnées. Le Conseil fédéral précisait qu'on « ne pourra pas faire l'impasse sur la manière de réduire les zones à bâtir qui ne seront vraisemblablement pas nécessaires dans les quinze prochaines années <...>. Les autorités seront donc forcées de procéder à des déclassements »³⁵.

4. Les (nouvelles) méthodes de dimensionnement des zones à bâtir

L'art. 15 al. 3 LAT exige désormais de coordonner « la dimension des zones à bâtir » « par-delà les frontières communales ». Le dimensionnement doit ainsi se faire désormais également à l'échelle cantonale. Le Conseil fédéral indiquait à cet égard que « l'appréciation sur la délimitation correcte des zones à bâtir » ne s'arrête pas aux frontières communales, mais s'effectue également à l'échelle cantonale³⁶. En conséquence, un dimensionnement correct des zones à bâtir est exigé, selon l'art. 15 al. 1 LAT, non seulement au niveau communal, mais également **à l'échelle du canton**. Face au constat du surdimensionnement des zones à bâtir est

²⁶ DZB, p. 14. La prévision pour le Valais en 2027 est de 400'833 habitants et emplois plein-temps dans les zones d'habitation, les zones mixtes et les zones centrales, alors qu'il dispose de surfaces pour 499'355 personnes.

²⁷ DETEC, Fiche, p. 1. En outre, les zones d'activités (zone à bâtir) sont bien souvent surdimensionnées. Ainsi, à Fribourg, les zones d'activités sont, à 50% environ, non construites.

²⁸ FAHRLÄNDER PARTNER AG, p. 64 s. ; FF 2010 p. 982.

²⁹ ARE, Projet de territoire Suisse, p. 6.

³⁰ OFS, Evolution.

³¹ ARE, Statistique, p. 19.

³² En 2007 : 7'593'000 personnes (population résidente permanente) ; en 2012 : 8'039'000 personnes ; soit une augmentation de 446'000 personnes (cf. OFS, Evolution).

³³ ARE, Statistique, p. 28. Par exemple, le canton de Fribourg connaît également une telle diminution.

³⁴ Cf. FF 2010 p. 960, 963, 970, 980, 982, 987.

³⁵ FF 2010 p. 970.

³⁶ FF 2010 p. 981. Cf. ég. ARE, Rapport, p. 4 ; MAHAIM, p. 226. A noter que l'alinéa 2 du projet de révision est devenu l'art. 15 al. 3 LAT.

apparue la nécessité « de prendre des directives claires pour évaluer les besoins, afin de mieux dimensionner ces zones »³⁷.

a) Le dimensionnement à l'échelle cantonale

Au niveau cantonal, l'art. 30a al. 1 OAT fixe différentes règles pour calculer la dimension maximale que peuvent avoir les zones d'habitation, les zones mixtes et les zones centrales à bâtir d'un canton. Ces règles sont complétées dans une large mesure par les DZB. L'art. 30a al. 1 OAT et ces directives ne concernent donc que le dimensionnement de la **superficie totale des zones à bâtir** (zones d'habitation, zones mixtes et zones centrales) **de chaque canton**. Pour les autres zones, comme les zones d'activités, le canton reste libre de définir système de gestion permettant coordination entre urbanisation et intérêts économiques (cf. art. 30a al. 2 OAT)³⁸.

Dans ce cadre, la difficulté réside dans la vérification suivante : est-ce que les zones à bâtir existantes au niveau du canton (construites et non construites), c'est-à-dire la capacité de terrains en zone à bâtir, répondent au besoin en zone à bâtir pour les 15 prochaines années³⁹ ? L'objectif final est de définir un **taux cantonal d'utilisation (TCU)** pour chaque canton, ce qui permet de déterminer si les zones à bâtir du canton sont surdimensionnées.

En bref et de façon extrêmement résumée et schématique⁴⁰, il s'agit de **comparer les pronostics démographiques avec la capacité d'accueil**. Concrètement, il faut diviser le nombre d'habitants et d'emplois plein-temps⁴¹ (cf. art. 30a OAT) attendus dans 15 ans (addition des nouveaux venus et des habitants et emplois actuels) par le nombre d'habitants et d'emplois plein-temps que les zones à bâtir actuelles sont susceptibles d'accueillir (capacités cantonales d'accueil⁴²). Si le nombre de personnes attendues est inférieur au nombre de personnes que le canton peut accueillir, la zone à bâtir est surdimensionnée (TCU < 100). Par exemple, si le nombre de personnes attendues à Fribourg en 2030 est évalué à 356'826⁴³ et si la capacité

³⁷ FF 2010 p. 963.

³⁸ Cf. ég. DZB, p. 10 ss. Le canton reste ainsi libre de définir un système de gestion permettant de coordonner urbanisation et intérêts économiques.

³⁹ Voire pour les 20 prochaines années. En effet, il semblerait que l'on s'achemine à définir un taux cantonal d'utilisation attendu dans 20 ans. Ainsi, la grandeur du territoire à urbaniser sera vraisemblablement fixée sur une échelle de 20 ans. Cet ordre de grandeur est à distinguer de celui applicable au dimensionnement des zones à bâtir au niveau des plans communaux, qui est de 15 ans (cf. art. 15 LAT).

⁴⁰ DZB, p. 3 ss et ARE, Rapport, p. 4 ss. Cf. ég. FLÜCKIGER, Dimensionnement.

⁴¹ Sur cette notion, cf. DZB, p. 4. Le nombre d'emplois plein-temps reste difficile à établir en l'absence de statistiques à ce sujet.

⁴² Sans entrer dans les détails, on peut résumer comme suit les étapes permettant de calculer la capacité cantonale d'accueil.

1°) Il faut fixer le nombre de m² utilisés par personne, pour chaque commune (cf. art. 30a 1^{ère} ph. in fine OAT), en distinguant en fonction du type de zones (d'habitation, mixtes, centrales). Seules les zones à bâtir utilisées sont, à ce stade, déterminantes. Par exemple, si la zone d'habitation utilisée est de 500'000 m² et qu'elle comprend 3'000 personnes, chaque personne utilise 167 m² de surface de zone à bâtir.

2°) Le montant obtenu doit être comparé à la médiane des surfaces utilisées de zones à bâtir, laquelle est fixée par la Confédération en fonction du type de communes et du type de zone. Dans l'exemple retenu, s'il est question d'un « petit centre » (Type 2), la médiane pour les zones d'habitation est de 151 m² de surface par personnes. Comme le montant réel (167) est supérieur à la médiane (151), il convient de retenir ce dernier chiffre pour la suite des calculs (cf. art. 30a 2^{ème} ph. OAT).

3°) On additionnera les surfaces de la zone à bâtir utilisée et de la zone à bâtir non utilisée, et cela pour chaque type de zone. On divisera ensuite le montant obtenu en fonction de la valeur retenue (médiane ou montant réel), afin de définir le nombre de personnes que la zone, dans sa totalité, est susceptible d'accueillir. Toujours dans le même exemple, si la surface totale de la zone d'habitation est de 750'000 m², cette zone est susceptible d'accueillir 4'967 personnes (750'000 / 151).

4°) Il faut additionner toutes les capacités d'accueil de toutes les zones à bâtir de toutes les communes du canton (4'967 + ...), pour aboutir finalement au montant total d'accueil au niveau cantonal.

⁴³ Selon le scénario « haut » de l'OFS, Scénarios.

d'accueil est de 364'108 personnes, il y a alors un surdimensionnement de la zone à bâtir, avec un TCU de 98 ($356'826 / 364'108 = 0.98 \times 100 = 98\%$)⁴⁴.

A noter enfin que les TCU attribués aux cantons sont, pour l'heure, provisoirement fixés. Après avoir été réactualisés, ils seront fixés définitivement dans les plans directeurs cantonaux, sur la base des dernières données et statistiques (cf. art. 8a al. 1 let. a LAT). Par la suite, un contrôle sera effectué tous les quatre ans par la Confédération (art. 9 al. 1 OAT)⁴⁵.

b) Le dimensionnement à l'échelle communale

Le TCU ne donne pas d'indications quant à la manière d'apprécier le (sur)dimensionnement au niveau communal. Les **outils fédéraux** sont en effet muets sur les critères permettant de définir si une commune dispose d'une zone à bâtir surdimensionnée. Les directives fédérales (C-GPD et DZB) n'ont pas vocation à restreindre les méthodes utilisées au sein des cantons pour déterminer si les zones à bâtir d'une commune sont surdimensionnées⁴⁶. Il n'existe donc pas à ce jour de directives techniques relatives au classement, par les communes, de terrains en zone à bâtir, notamment à la manière de calculer, pour une commune prise individuellement, la surface répandant à ses besoins (cf. art. 15 al. 5 LAT).

Il appartiendra aux **plans directeurs cantonaux** de déterminer les critères nécessaires à ce sujet (cf. art. 15 al. 4 let. e en lien avec art. 8a al. 1 LAT)⁴⁷.

5. Les réductions à opérer dans le futur

L'examen du surdimensionnement s'opère désormais à deux niveaux (cf. ci-devant ch. 4), c'est-à-dire au niveau des communes et au niveau du canton.

a) Au niveau cantonal

Dans un premier temps, tous les cantons doivent **adapter leurs plans directeurs** ; jusqu'à l'approbation de cette adaptation, la surface totale des zones à bâtir ne doit pas augmenter dans le canton (art. 38a al. 2 LAT). L'objet du plan directeur sera notamment de définir « la manière d'assurer la conformité des zones à bâtir aux conditions de l'art. 15 LAT » (art. 8a al. 1 let. d LAT), étant précisé que la dimension des zones à bâtir doit être coordonnée « par-delà les frontières communales en respectant les buts et principes de l'aménagement du territoire » (art. 15 al. 3 LAT).

Si le canton a, au total, des zones à bâtir surdimensionnées, il doit prendre les mesures qui s'imposent pour **supprimer ce surdimensionnement** (art. 15 al. 2 LAT). Pour ce faire, il va indiquer dans son plan directeur « par quelles mesures et dans quels délais » il entend remplir les exigences découlant de l'art. 15 LAT (art. 5a al. 4 OAT), c'est-à-dire aboutir à un TCU de 100.

Que se passera-t-il dans l'intervalle, une fois le plan directeur approuvé, tant et aussi longtemps que le canton n'a pas résolu son problème de surdimensionnement ? Selon l'art. 15 al. 4 let. b LAT, de **nouvelles mises en zone** ne sont possibles que si les terrains « seront probablement nécessaires à la construction dans les quinze prochaines années même si toutes les possibilités

⁴⁴ Les TCU attribués aux cantons figurent à l'annexe II des DZB et dans le document publié par le DETEC (Taux). Il s'agit de données indicatives. Les TCU sont notamment influencés par le scénario démographique retenu. Par exemple, si la croissance prévue pour le Canton de Fribourg est de 1,5% à 2% pour les 20 prochaines années, soit un pronostic démographique supérieur au scénario « haut » de l'OFS (cf. art. 5a al. 2 OAT), le TCU pourrait être, en définitif, supérieur à 100% dans le canton de Fribourg.

⁴⁵ ARE, Rapport, p. 9.

⁴⁶ DZB, p. 3 ; C-GPD, p. 25.

⁴⁷ FF 2010 p. 970. Vraisemblablement, la méthode des tendances (cf. ci-après ch. IV/B/2/b) continuera à être appliquée, mais avec des correctifs (densification, requalification urbaine) qui doivent encore être définis et précisés. Cf. ég. MAHAIM, p. 226.

d'utilisation des zones à bâtir réservées ont été épuisées »⁴⁸, autrement dit, s'il existe un « besoin en terrain à bâtir après que toutes les possibilités d'utilisation des réserves existantes <...> ont été épuisées »⁴⁹. Partant, de nouvelles mises en zone ne devraient pas être permises. Le C-GPD autorise néanmoins de nouveaux classements en zone à bâtir, à condition qu'ils donnent « en principe <...> lieu à compensation »⁵⁰, de sorte qu'il n'y a pas d'interdiction en tant que telle de créer de nouvelles zones à bâtir (cpr. art. 38a al. 3 LAT).

A noter que, pour les cantons ayant des zones à bâtir **nettement surdimensionnées**, les exigences sont encore plus sévères⁵¹. Renvoi est fait ici aux directives de l'ARE à ce sujet.

b) Au niveau communal

Il est interdit aux communes de disposer de zones à bâtir surdimensionnées (cf. ci-devant ch. I/B/1 ; cf. ég. ch. I/A/2); si tel est le cas, elles doivent les **réduire** (art. 15 al. 1 et 2 LAT). C'est également le plan directeur cantonal qui indiquera comment les réductions de zones à bâtir doivent être coordonnées entre les communes (cf. art. 8a al. 1 let. d et e LAT et art. 5a al. 3 let. a et al. 4 OAT).

Un **surdimensionnement** au niveau communal peut concerner :

- Les cantons qui ont, au total, des zones à bâtir surdimensionnées et qui ont des communes avec des zones à bâtir surdimensionnées.
- Les cantons qui disposent, de manière globale, de zones à bâtir qui ne sont pas surdimensionnées. Individuellement, certaines communes du canton peuvent toutefois présenter des zones à bâtir surdimensionnées ; rappelons en effet que le TCU ne permet de juger que la situation générale du canton (cf. ci-devant ch. 4).

Un canton pourrait également présenter une surface totale des zones à bâtir surdimensionnée, sans que les zones à bâtir au niveau des communes, prises individuellement, ne soient surdimensionnées au regard des critères figurant dans le plan directeur cantonal en vigueur avant la révision de la LAT⁵². De même, une commune qui n'était pas surdimensionnée sur la base des critères en vigueur jusqu'à la révision de la LAT et du plan directeur cantonal pourrait soudainement être surdimensionnée sur la base de la nouvelle méthode de calcul qui figurera dans le plan directeur, ce qui l'obligera à réduire sa zone à bâtir. Ces deux cas de figure semblent cependant avant tout **théoriques**. Les cantons seront néanmoins bien inspirés d'éviter d'aboutir à ce genre de difficultés lorsqu'ils adopteront leur méthode de dimensionnement des zones à bâtir au niveau communal (cf. I/B/4).

⁴⁸ Le français est peu heureux. La version allemande paraît plus claire : « wenn es auch im Fall einer konsequenten Mobilisierung der inneren Nutzungsreserven in den bestehenden Bauzonen voraussichtlich innerhalb von 15 Jahren benötigt ».

⁴⁹ FF 2010 p. 982.

⁵⁰ C-GPD, p. 27. Partant, l'affirmation du Conseil fédéral, dans son message, selon laquelle aucun terrain ne peut désormais « être affecté à une zone à bâtir s'il en résulte une zone à bâtir surdimensionnée, que ce soit à l'échelle communale <...> ou cantonale » (FF 2010 p. 981), nous paraît exagérée.

⁵¹ C-GPD, p. 27 s.

⁵² En effet, la nouvelle manière de calculer le dimensionnement des communes, qui sera arrêtée dans le plan directeur, ne correspond pas à la manière de calculer le dimensionnement des zones à bâtir au niveau des cantons (TCU). De plus, l'utilisation de la médiane lors du calcul de la capacité d'accueil au niveau cantonal, médiane qu'il ne faut pas dépasser (cf. DZB, p. 5 ; art. 30a al. 1 OAT) peut aboutir à un surdimensionnement au niveau cantonal même si le canton ne dispose pas de zones à bâtir non construites importantes ; tel sera le cas pour les cantons dont les communes ont favorisé le développement de zones « villas ».

II. Les alternatives au dézonage

A La création de zones à affectation différée

Les zones à affectation différée (appelées également zones intermédiaires, zones sans affectation spéciale ou zones de réserve⁵³), mentionnées à l'art. 18 al. 2 LAT (territoires « *dont l'affectation est différée* »), ne sont admises qu'à la condition que l'autorité bénéficie de **motifs** justifiant l'ajournement d'un classement précis dans une zone définitive (zone de verdure, d'habitation ou autre)⁵⁴. En effet, l'autorité ne peut pas « *laisser des parcelles dans le territoire sans affectation spéciale pour les soustraire à la construction le plus longtemps possible* » ; elle doit invoquer « *des motifs inhérents à l'aménagement du territoire* »⁵⁵.

Ces zones ne constituent pas des zones d'affectation au sens de l'art. 14 al. 2 LAT⁵⁶ (et notamment pas des zones à bâtir⁵⁷), mais des réserves de développement différées dans le temps. Ce sont des zones d'attente, **inconstructibles**, destinées à permettre l'extension des zones à bâtir au fur et à mesure des besoins ; leur affectation est différée jusqu'au moment où les zones à bâtir existantes seront saturées, permettant ainsi un échelonnement dans l'occupation du sol⁵⁸. Elles sont destinées à la construction, qui devrait survenir tôt ou tard⁵⁹.

Dans une commune où les zones à bâtir sont trop vastes, le classement en zone de réserve de biens-fonds qui avaient été précédemment classés en zone à bâtir peut se justifier pour réduire la surface de zones à bâtir **surdimensionnées**⁶⁰. Ce procédé est admis et trouve son fondement à l'art. 15 LAT⁶¹. Une commune peut donc tenter de classer ses zones à bâtir surdimensionnées dans une zone de réserve, pour éviter de les dézoner définitivement, tout en espérant pouvoir les affecter à nouveau, à moyen terme, à la zone à bâtir. Dans l'intervalle, les surfaces ne comptent plus dans les calculs de dimensionnement de la zone à bâtir, puisque les zones de réserve sont inconstructibles. La doctrine reste néanmoins divisée sur l'utilisation des zones de réserve pour diminuer un surdimensionnement⁶².

Reste à déterminer si la mise d'un terrain classé en zone à bâtir dans une zone à affectation différée constitue une **restriction grave à la propriété**, justifiant une éventuelle indemnisation. En règle générale, une interdiction limitée à cinq ans n'est pas constitutive d'une expropriation matérielle, alors qu'une interdiction d'une durée supérieure à dix ans l'est⁶³. La jurisprudence ne permet cependant pas de fixer des limites claires à ce propos. Or, selon l'art. 15 al. 1 LAT, les zones à bâtir doivent être définies en fonction des besoins pour les 15 prochaines années, de sorte que les terrains en zone de réserve ne pourront pas être utilisés avant une quinzaine d'années au moins. Dans ces conditions, pourra-t-on faire fi de toute forme d'indemnisation ? De l'avis de certains, la mise en zone de réserve pourrait être effectuée sans indemnisation

⁵³ A ne pas confondre avec celles de l'art. 27 LAT, appelées « zones réservées ».

⁵⁴ Cf. ATF 132 II 401 c. 2.2.1 (CORTAILLOD).

⁵⁵ ATF 112 Ia 315 c. 3b, JdT 1988 I 389 (COMUNE DI L.). Cf. ég. ATF 132 II 401 c. 2.2.1 (CORTAILLOD) ; ATF 123 I 175 c. 3b/aa.

⁵⁶ BRANDT/MOOR, Commentaire LAT, art. 18, ch. 58.

⁵⁷ Arrêt du TF 1C_15/2008 c. 2.1 (ETOY).

⁵⁸ Arrêt du TF 1C_15/2008 c. 2.1 (ETOY) ; ATF 132 II 401 c. 2.2.1 (CORTAILLOD) ; ATF 123 I 175, JdT 1998 I 432 (DÜBENDÖRF) ; BOVAY ET AL., p. 299.

⁵⁹ Cf. ATF 132 II 401 c. 2.2.1 et 2.4 (CORTAILLOD). Le prix du terrain est souvent plus élevé que dans une zone inconstructible « ordinaire ».

⁶⁰ ATF 116 Ia 328 c. 3a, JdT 1992 I 448 (STÄFA) ; arrêt du TC-VD AC.2010.0326. Cf. ég. : BRANDT/MOOR, Commentaire LAT, art. 18, ch. 61 ; ZEN-RUFFINEN/GUY-ECABERT, p. 175.

⁶¹ ATF 113 Ia 444, JdT 1989 I 429 (ENGELBERG).

⁶² Ainsi, BOVAY ET AL., p. 299 s. D'ailleurs, l'efficacité de cette mesure n'est pas évidente, si le risque existe que les zones à bâtir restent surdimensionnées au-delà de la durée de validité de la zone de réserve.

⁶³ Arrêt du TF 1C_510/2009 (SERVION) ; cf. ég. ATF 123 II 481 ; ATF 109 Ib 20.

« dans le cas de terrains pour lesquels la probabilité d'un nouveau classement en zone à bâtir dans les 10 à 20 prochaines années est élevée »⁶⁴.

La zone d'attente est à distinguer de la **zone à bâtir avec étapes**. Dans ce dernier cas, le terrain est entièrement en zone à bâtir. Toutefois, afin d'éviter une dissémination des constructions (surtout lorsque les zones à bâtir sont étendues) et de permettre à la collectivité de planifier les frais d'équipement, le plan peut prévoir différentes étapes chronologiques pour la construction⁶⁵.

B La temporisation

L'idée est simple : plutôt que de déclasser, la Commune tarde à modifier son plan d'affectation dans l'espoir d'une augmentation de la population, des activités et des constructions. Cette solution n'étant pas conforme à la loi, il n'en sera pas davantage question.

C La « bourse » des terrains à bâtir

Depuis l'entrée en vigueur de la nouvelle LAT et le gel des zones à bâtir (art. 38a al. 2 et 5 LAT, art. 52a al. 2 OAT), **la pratique** a développé un mécanisme particulier destiné à classer de nouvelles zones à bâtir sans augmenter la surface totale des zones à bâtir légalisées dans le canton. Le propriétaire qui souhaite voir sa parcelle classée en zone à bâtir (propriétaire 1) acquiert à titre onéreux un droit à bâtir auprès d'un autre propriétaire, prêt à accepter le déclassement de son terrain en zone non à bâtir (propriétaire 2). Si les deux terrains sont situés dans la même commune, les propriétaires l'aborderont et lui demanderont de mettre en zone à bâtir le terrain du propriétaire 1 et de dézoner, en parallèle, le terrain du propriétaire 2. Si les deux terrains ne sont pas situés dans la même commune, chaque propriétaire doit aborder sa commune respective pour qu'elles se coordonnent dans les opérations d'aménagement qu'elles vont chacune devoir opérer. La commune du propriétaire 1 acceptera la mise en zone à condition que la commune du propriétaire 2 déclasse, en même temps, le terrain concerné.

Ce mécanisme crée ainsi une forme de bourse **d'échange des droits à bâtir**. La commune qui a des zones à bâtir surdimensionnées bénéficie d'une réduction de sa zone à bâtir, alors que la commune du propriétaire 1 pourra mettre en zone à bâtir un terrain répondant actuellement à un besoin. Lors de la mise en zone à bâtir, les autorités communales imposeront en principe un bref délai à la construction, sur la base de l'art. 15a LAT.

Nous ne pouvons **pas cautionner** ce système par lequel des propriétaires ont pu vendre un « droit à bâtir », au motif que les parcelles étaient appelées à un dézoning en raison du surdimensionnement auquel est confrontée la commune. Déjà, le terme « droit à bâtir » est impropre puisque ledit droit n'existe plus en raison du surdimensionnement, les terrains ne remplissant plus les conditions juridiques du terrain à bâtir. De plus, l'art. 38a LAT, qui prévoit que « la surface totale des zones à bâtir légalisées ne doit pas augmenter dans le canton » jusqu'à l'approbation de l'adaptation du plan directeur, ne signifie pas que de zones à bâtir nouvelles peuvent être créées au motif que, dans d'autres communes, des zones à bâtir sont réduites et que, dans l'ensemble, l'équilibre est maintenu. En effet, l'art. 38a LAT doit être lu en relation avec les autres dispositions de la LAT, à savoir l'art. 15 al. 2 LAT qui exige de réduire, à chaque fois, les zones à bâtir surdimensionnées, l'art. 15 al. 1 LAT, qui permet de créer de nouvelles zones à bâtir pour autant qu'elles répondent aux besoins (ce qui n'est pas le cas si les zones à bâtir sont surdimensionnées au niveau cantonal), et l'art. 15 al. 4 let. b, dont il a déjà été question ci-devant (cf. ch. I/B/5/a).

Lors de l'application de ces dispositions, le propriétaire d'une parcelle dézonée ne devrait pas pouvoir intervenir, encore moins à titre onéreux, pour céder ses prétendus droits (qu'il n'a d'ailleurs plus), lesquels sont sans pertinence dans la dimension d'une zone à bâtir d'une autre

⁶⁴ BÜHLMANN, p. 4 s. ; cf. ég. BLIND, p. 9 ss.

⁶⁵ Cf. ZEN-RUFFINEN/GUY-ECABERT, p. 155.

commune. Ce mécanisme pose en outre de difficiles questions en matière d'égalité de traitement entre les propriétaires concernés par des mesures de déclassement.

D La renonciation à la mesure de déclassement

Souvent, le droit cantonal contient la règle selon laquelle une commune est autorisée à révoquer la mesure de déclassement prise dans un certain délai, si elle est condamnée, par décision judiciaire, à **devoir payer une indemnité** pour expropriation matérielle suite à la mesure de déclassement prise⁶⁶. Se pose la question de savoir si une telle disposition peut être invoquée par une commune pour renoncer à un déclassement motivé pour des raisons de surdimensionnement de la zone à bâtir et éviter ainsi le paiement de l'indemnité pour expropriation matérielle.

Il est certain que de telles dispositions de droit cantonal doivent s'harmoniser avec les **exigences du droit fédéral** en matière d'aménagement du territoire. C'est pourquoi, il n'est « pas possible d'ordonner l'affectation d'un terrain en zone à bâtir, même par le biais d'une révocation d'un précédent déclassement, sans respecter notamment les conditions de l'art. 15 LAT, qui exclut tout surdimensionnement de la zone à bâtir, ou de l'art. 21 LAT, qui garantit la stabilité des plans »⁶⁷ ; en d'autres termes, la révocation d'une mesure de déclassement est subordonnée « au respect du droit fédéral », ce qui signifie que le terrain qui fait l'objet de la mesure de révocation communale et qui donc revient dans la zone à bâtir ne doit pas provoquer ou participer « au surdimensionnement de celle-ci en violation de l'art. 15 LAT ». C'est au moment de la décision concrète de révocation qu'il faut vérifier « matériellement si un retour en zone du terrain est encore conforme au droit fédéral » ; un retour en zone ne pourra être admis « que si la grandeur de la zone à bâtir reste conforme au droit fédéral »⁶⁸.

Cette mesure est intéressante pour « une commune surdimensionnée qui aurait, par hypothèse, maîtrisé le problème dans l'intervalle » (entre la mesure de déclassement et la décision de révocation)⁶⁹.

III. L'expropriation matérielle

A Introduction et rappel

Dans l'hypothèse où aucune des « solutions » proposées ci-dessus ne peut être retenue, la commune n'a d'autres solutions que de réduire les zones à bâtir surdimensionnées en sortant les parcelles concernées de la zone à bâtir. La mesure d'aménagement supprime ainsi la faculté de construire à des fins privées. Une telle mesure pose évidemment la question de **l'indemnisation** des propriétaires fonciers touchés. L'art. 26 al. 2 Cst indique simplement qu'une « pleine indemnité est due en cas <...> de restriction de la propriété qui équivaut à une expropriation » et l'art. 5 al. 2 LAT affirme qu'une indemnité doit être « accordée lorsque des mesures d'aménagement apportent au droit de propriété des restrictions équivalant à une expropriation », sans apporter davantage de précision, de sorte qu'il convient de vérifier à quelles conditions la jurisprudence protège la garantie patrimoniale de la propriété.

Dans l'arrêt BARRET de 1965⁷⁰, le Tribunal fédéral a établi que les « restrictions de la propriété <...> donnent lieu à indemnité si, par leurs effets, elles équivalent à une expropriation ». Tel est le cas :

⁶⁶ Cf. par exemple art. 47 al. 2 LATeC-FR.

⁶⁷ Arrêt du TC-FR 602 2013 117 c. 2c.

⁶⁸ Arrêt du TC-FR 602 2013 117 c. 2g. En cas de révocation de la mesure, se pose la question de savoir s'il faut faire une nouvelle mise à l'enquête, avec droit d'opposition des voisins, et comment il faut choisir les terrains dans l'hypothèse où le dimensionnement de la zone à bâtir ne permet pas de reclasser tous les terrains précédemment déclassés ?

⁶⁹ Arrêt du TC-FR 602 2013 117 c. 2g.

⁷⁰ ATF 91 I 329 c. 3.

- « lorsque l'usage actuel d'une chose ou son usage futur prévisible est interdit ou restreint de manière particulièrement grave, de sorte que l'intéressé se trouve privé d'un attribut essentiel de son droit de propriété » ;
- lorsqu'une « atteinte de moindre importance <...> frappe un ou plusieurs propriétaires de manière telle qu'ils devraient supporter un sacrifice par trop considérable, incompatible avec le principe de l'égalité de traitement ». Ce second cas d'expropriation est réalisé si le droit de propriété d'un seul ou de quelques propriétaires est restreint de manière disproportionnée par rapport à d'autres propriétaires placés dans une situation analogue.

Dans les deux cas, la mesure étatique doit restreindre l'usage actuel ou l'usage futur prévisible d'un bien. La protection de l'usage futur prévisible appelle les commentaires suivants⁷¹ :

- l'**usage futur** concerne les possibilités d'utilisation non encore réalisées. C'est l'utilisation comme terrain à bâtir qui est ici déterminante, c'est-à-dire la possibilité d'affecter le terrain à la construction ;
- la protection ne s'étend à l'usage futur **prévisible** que si cet usage (c'est-à-dire la possibilité d'une meilleure utilisation future du sol) apparaît, au moment déterminant, comme très probable dans un proche avenir. En d'autres termes, l'utilisation du bien-fonds comme terrain à bâtir doit pouvoir être réalisée de façon très probable dans un proche avenir ;
- l'ensemble des **facteurs de droit et de faits** qui peuvent influencer les chances qu'un terrain soit construit dans un proche avenir est à prendre en considération.

Le Tribunal fédéral applique, aujourd'hui encore, les conditions de la formule BARRET pour déterminer quand « il y a expropriation matérielle au sens de l'art. 26 al. 2 Cst et de l'art. 5 al. 2 LAT »⁷². Cependant, comme nous le constaterons ci-après, en matière d'aménagement du territoire, il a intégré une distinction entre non-classement et déclassement, distinction qui, forcément, a modifié l'application de la formule Barret.

B Les particularités en matière d'aménagement du territoire

1. La distinction entre non-classement et déclassement

a) L'évolution de la jurisprudence

En 1979, dans son arrêt ZIZERS, le Tribunal fédéral a précisé sa jurisprudence Barret en indiquant que le législateur fédéral, par l'introduction des art. 19 sv. LPEP, pouvait supprimer la possibilité prévue par plusieurs cantons de construire des bâtiments non agricoles, en dehors des zones à bâtir ou du périmètre du plan directeur des égouts, sans pour autant « supprimer l'une des facultés essentielles découlant du droit de propriété »⁷³. Ainsi, les art. 19 sv. LPEP, en interdisant la délivrance de permis de construire hors des zones de constructions ou du périmètre du plan directeur des égouts, n'instituaient pas une obligation générale d'indemniser, sauf cas exceptionnels. Au contraire, ces articles fixaient « le contenu de la propriété foncière », d'où la

⁷¹ ATF 105 Ia 330 c. 4a, JdT 1981 I 493 (ZIZERS) et les références citées ; ATF 125 II 431 c. 3, JdT 2000 I 781 (NIEDERLENZ) ; ATF 131 II 151 c. 2.1 (BOUDRY) ; arrêt du TF 1C_46/2008 c. 2 (CHAUX-DE-FONDS).

⁷² Arrêt du TF 1C_787/2013 c. 3.1 (PENTHAZ). Parmi d'autres arrêts, cf. ceux mentionnés à la note 71. Nombreux sont les auteurs qui ont commenté en détail ces articles. Citons notamment RIVA, Commentaire LAT, art. 5, ch. 9 ss ; ZEN-RUFFINEN/GUY-ECABERT, ch. 1388 ss ; WALDMANN/HÄNNI, art. 5, ch. 29 ss ; BÜHLMANN/JÄGER ; DUBEY, Espace.

⁷³ ATF 105 Ia 330 c. 3d, JdT 1981 I 493 (ZIZERS).

distinction constatée par la doctrine entre **mesures de restriction et mesures de concrétisation**⁷⁴, les secondes n'ouvrant en principe pas la voie à indemnisation.

Cette jurisprudence sera précisée dans l'arrêt LÖCHLIGUT du 23 février 1983⁷⁵, dans lequel le Tribunal fédéral a introduit la distinction **entre déclassement** ("Auszonung") **et non-classement** (ou refus de classement en zone à bâtir ; "Nichteinzonung"). Selon le Tribunal fédéral, les « effets de la délimitation de la zone de construction entreprise pour la première fois par le plan de zones <de la commune, suite à l'entrée en vigueur de la loi cantonale bernoise de 1970,> doivent être jugés non pas sous l'angle d'un déclassement (Auszonung), mais sous celui de la non-inclusion dans une zone à bâtir ». Etait donc déterminante la question de savoir s'il y avait eu, avant la mesure incriminée, « une délimitation de la zone de construction au sens d'une mesure d'aménagement », avec en particulier la délimitation de la « zone de construction » « du reste du territoire ». Comme tel n'était pas le cas, l'attribution d'un terrain en zone inconstructible, alors qu'il se trouvait auparavant en zone à bâtir, constituait un non-classement.

Dans cette affaire, le Tribunal fédéral ne s'est pas référé au droit fédéral pour apprécier la mesure d'aménagement prise, mais uniquement à la (nouvelle) loi bernoise de 1970. Néanmoins, en 1970, les exigences fédérales en matière d'aménagement étaient déjà connues, suite à l'acceptation en votation populaire en 1969 du nouvel art. 22 quater aCst. Dans son message relatif au nouvel article constitutionnel, le Conseil fédéral indiquait qu'il est indispensable de déterminer les zones de construction et d'assurer « une distribution judicieuse des zones d'habitation et une utilisation optimale du sol »⁷⁶.

C'est dans son arrêt COMMUGNY du 23 avril 1986⁷⁷ que le Tribunal fédéral s'est référé expressément à **l'adaptation d'un plan communal à la législation fédérale** en vigueur. Il a ainsi confirmé que cette adaptation n'impliquait « pas la privation d'une faculté essentielle découlant du droit de propriété », même si elle avait pour effet « qu'une parcelle ne figure plus dans la zone à bâtir ». En se référant aux arrêts ZIZERS et LÖCHLIGUT, le Tribunal fédéral a confirmé que la mesure précisait « le contenu véritable du droit de propriété ».

La même année, le Tribunal fédéral a définitivement fait référence au « mandat constitutionnel contenu à l'art. 22quater al. 1 Cst » pour répondre à la question de savoir si la réglementation communale satisfaisait « aux exigences relatives à la réglementation des zones » (arrêt DULLIKEN du 3 décembre 1986⁷⁸). Parmi celles-ci figurait avant tout l'exigence (des art. 19 aLPEP et 15 let. b aLAT) selon laquelle « la délimitation des terrains à bâtir doit correspondre aux besoins prévisibles des 15 prochaines années ».

En résumé, la distinction, brièvement présentée ci-dessus, permet de prendre en compte de manière adéquate la suppression de la chance de construire lors du passage de l'ancien droit aux nouveaux principes qui régissent la gestion du territoire suisse, prévus par le droit constitutionnel (art. 22 quater aCst) et la LAT, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1980, il y a plus de 30 ans. Jacques Dubey résume le résultat de ces jurisprudences comme suit : « l'entrée en vigueur de la LAT a pour ainsi dire sonné **l'heure zéro de la propriété foncière** sur le territoire suisse »⁷⁹. A notre avis, la distinction entre déclassement et non-classement ne constitue pas un changement de jurisprudence par rapport à la jurisprudence « Barret », mais une aide à son application et à son interprétation dans le domaine de l'aménagement du territoire.

⁷⁴ Cf. en détail à ce sujet, cf. DUBEY, Espace, p. 108 ss.

⁷⁵ ATF 109 Ib 13 c. 4a, JdT 1985 I 518 (LÖCHLIGUT). DUBEY parle à ce sujet d'un véritable changement de jurisprudence (Espace, p. 118).

⁷⁶ FF 1967 II 145, 150 et 152.

⁷⁷ ATF 112 Ib 105 c. 3 (COMMUGNY).

⁷⁸ ATF 112 Ib 396 c. 5a, JdT 1988 I 403 (DULLIKEN)

⁷⁹ DUBEY, Espace, p. 121 (c'est nous qui soulignons).

Aujourd'hui, le Tribunal fédéral n'entend **pas abandonner** la distinction entre non-classement et déclassement⁸⁰. La théorie selon laquelle les cas de non-classement n'existeraient plus aujourd'hui, sauf dans des situations tout à fait exceptionnelles, n'a donc pas été retenue⁸¹.

b) La définition des notions

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral⁸², il est question de :

- **non-classement** « lorsqu'un bien-fonds n'est pas attribué à une zone à bâtir lors de l'adoption du premier plan d'affectation répondant aux exigences constitutionnelles et légales, quand bien même il pouvait être bâti selon la réglementation précédente, elle-même non conforme au nouveau droit fédéral ». Autrement dit, l'adaptation du plan réalise, pour la première fois, une organisation du territoire conforme aux exigences légales en vigueur. Dans ce cas, c'est « la première fois qu'une autorité compétente en matière de planification affecte un terrain en zone à bâtir conformément aux principes de la LAT et selon la procédure fédérale prévue à cet effet »⁸³ ;
- **déclassement** « lorsqu'un terrain formellement classé dans une zone à bâtir conforme à la LAT est affecté en raison d'une révision du plan de zones à une zone non constructible ». Autrement dit, jusqu'au moment de la révision du plan, le terrain concerné était classé en zone à bâtir en vertu d'un plan conforme aux exigences formelles et matérielles du nouveau droit fédéral relatif à l'organisation de l'espace national (art. 22 quater aCst d'une part, LAT et OAT d'autre part, dans leur version en vigueur le 1^{er} janvier 1980).

La conséquence de cette distinction est importante puisque les mesures de non-classement ne donnent en principe pas lieu à indemnisation⁸⁴, alors que l'absence d'indemnité ne constitue au contraire pas la règle en cas de déclassement⁸⁵.

Le Tribunal fédéral a eu l'occasion de **préciser l'étendue du régime du non-classement** à plusieurs reprises.

Premièrement, dans l'arrêt DIETIKON⁸⁶, il a retenu que le régime du non-classement visait non seulement les mesures restrictives affectant des plans adoptés avant l'entrée en vigueur de la LAT, le 1^{er} janvier 1980, mais également les mesures prises à l'encontre d'un « plan entré en vigueur certes sous le régime de la LAT, mais **matériellement non conforme aux principes fédéraux de planification** ». En revanche, si le plan était conforme aux exigences (matérielles et formelles) de la LAT, il est question d'un déclassement.

Deuxièmement, dans l'arrêt WETZIKON du 24 octobre 2003⁸⁷, le Tribunal fédéral a admis qu'il était question d'un déclassement en cas de modification ultérieure d'un **plan initialement conforme à la LAT**, mais devenu non conforme pour diverses raisons. Ainsi, « lorsque des plans qui satisfont aux exigences de la LAT dès leur adoption doivent être adaptés à de nouvelles conceptions ou circonstances et que cette adaptation entraîne des restrictions pour les possibilités d'usage d'un point de vue de l'aménagement du territoire, il convient de considérer qu'il s'agit d'un déclassement ; et cela même dans le cas où l'art. 15 LAT requiert une réduction

⁸⁰ ATF 131 II 151 c. 2.6 (BOUDRY) ; arrêt du TF 1C_449/2009 c. 6.2 (MONTREUX) ; ATF 132 II 218 c. 2.2, JdT 2007 I 727 (ZÜRICH-HÖNGG) ; ATF 131 II 151 c. 2.6 (BOUDRY) ; ATF 131 II 728 c. 2.1, JdT 2006 I 644 (WETZIKON).

⁸¹ En ce sens cependant, mais à tort : ZEN RUFFINEN/GUY ECABERT, p. 597 s.

⁸² Rappelée à de nombreuses reprises : cf. par exemple récemment, ATF 131 II 728 c. 2.1 et 2.3, JdT 2006 I 644 (WETZIKON).

⁸³ ATF 122 II 236 c. 5c, JdT 1997 I 433 (DIETIKON).

⁸⁴ ATF 112 Ib 396, JdT 1988 I 403 (DULLIKEN) ; ATF 114 Ib 301 c. 3c (WOHLEN). Cf. ci-après ch. IV/C/1.

⁸⁵ ATF 112 Ib 105 c. 4f (COMMUGNY) ; cf. ég. Riva, Commentaire LAT, art. 5, ch. 145 et 162.

⁸⁶ ATF 122 II 326 c. 5c in fine, JdT 1997 I 433 (DIETIKON) (c'est nous qui soulignons).

⁸⁷ ATF 131 II 728 c. 2.3, JdT 2006 I 644 (WETZIKON).

des zones à bâtir surdimensionnées, parce que par exemple la population ne s'est pas développée comme prévu ou que la capacité des zones à bâtir a augmenté en raison de nouvelles possibilités de densification ou de changements d'affectation ». De cette jurisprudence, il faut en déduire la nécessité de déterminer, à chaque fois, si les précédents plans d'affectation de la commune étaient conformes aux exigences de la LAT. Seul cet examen permettra de déterminer s'il est véritablement question d'un cas de déclassement.

Troisièmement, la jurisprudence a admis l'existence **d'exceptions au principe de la non-indemnisation** des mesures de non-classement. Nous en reparlerons ci-après (cf. IV/C/1).

2. La justification de la distinction

La distinction opérée entre non-classement et déclassement permet de répondre à des préoccupations **économiques et politiques**. En effet, une autre solution « rendrait la première mise en œuvre correcte des principes constitutionnels et légaux impossible ou du moins démesurément compliquée pour les autorités de planification. Le cas échéant, il faudrait craindre qu'elles se laissent influencer par des critères d'indemnisation plutôt que d'aménagement du territoire »⁸⁸. La distinction est, à notre avis, justifiée par d'autres motifs également.

(1) Entre la fin des années soixante et le début des années quatre-vingt, la société a pris **conscience** du fait que « plus le sol devenait une marchandise et se raréfiait par suite de l'augmentation de la population et des besoins de l'habitat, plus les simples restrictions de droit civil et les possibilités d'interventions de police se révélaient insuffisantes pour parer aux inconvénients et aux abus pouvant résulter de l'exercice illimité du droit de propriété foncière » ; petit à petit, « on a prêté une attention accrue à la nécessité d'une planification de l'utilisation du sol disponible »⁸⁹. Il fallait, à cette époque, tenir compte des « exigences accrues de l'organisation d'une vie sociale digne de l'homme » et mettre en œuvre un système juridique capable d'être « au service de la protection des bases naturelles de la vie », tâche prioritaire « qui intéresse toute la population »⁹⁰.

Cette prise de conscience a conduit à la nécessité de « mettre de l'ordre dans l'utilisation du sol »⁹¹, ce qui est en soi la finalité poursuivie par l'adoption d'une réglementation fédérale en matière d'aménagement du territoire (art. 22quater aCst et LAT). Pour cela, il a fallu créer des « plans de zones adaptés à nos besoins et à exécuter par les cantons »⁹². Le non-classement confirme alors que la fin d'une occupation spontanée et anarchique de l'espace ne peut donner lieu à une quelconque forme d'indemnisation.

(2) Le Tribunal fédéral a indiqué, en 1976 déjà, soit avant l'entrée en vigueur de la LAT, que « la garantie de la propriété ne donne **pas à un propriétaire le droit** d'exiger que son terrain reste de façon durable dans la zone où il a tout d'abord été rangé et que les possibilités de bâtir résultant du classement en une zone déterminée ne soient pas modifiées ou limitées par la suite »⁹³. Il a retenu que la révision d'un plan ne peut « pas être assimilée à la révocation ou à la modification d'une décision particulière », car elle « se détermine au contraire selon les mêmes principes que pour la modification de règles de construction générales et abstraites ».

En 1976 déjà, le propriétaire sait qu'il ne possède pas de droit au maintien durable de la réglementation actuelle et, plus particulièrement, du régime actuel du plan d'affectation dont bénéficie son terrain. Ce résultat est conforme au principe de la démocratie selon lequel les

⁸⁸ ATF 122 II 326 c. 5c, JdT 1997 I 433 (DIETIKON) ; ATF 123 II 481 c. 6b, JdT 1998 I 395 (NIEDERHASLI) ; cf. ég. à ce sujet DUBEY, Espace, p. 123 ss.

⁸⁹ FF 1967 II 138 et 143.

⁹⁰ ATF 105 Ia 330 c. 3c et d, JdT 1981 I 493 (ZIZERS).

⁹¹ FF 1967 II 146.

⁹² FF 1967 II 143.

⁹³ ATF 102 Ia 331 c.1, JdT 1978 I 111 (FLIMS) (c'est nous qui soulignons).

administrés doivent s'attendre à une modification des lois, car ils n'ont pas de droit à leur maintien⁹⁴ ; ils sont tenus d'adapter leur comportement à la nouvelle réglementation et de prendre les dispositions nécessaires à cet effet.

(3) Le législateur avait prévu un régime transitoire pour rendre les plans conformes à la LAT, sur la base des 35 al. 1 let. b et al. 3 LAT (cf. ci-devant I/B/2). Auparavant, l'entrée en vigueur des art. 19 et 20 aLPEP en 1972 avait déjà permis d'interdire les constructions à l'extérieur des zones à bâtir ou du périmètre du plan directeur des égouts (cf. ci-devant III/B/1/a). Dans ces conditions, le concept de non-classement ne **viole pas la sécurité du droit**⁹⁵, puisqu'un régime transitoire a été mis en place⁹⁶.

Le Tribunal fédéral a récemment confirmé que le non-classement « ne port<ait> pas atteinte à la sécurité du droit »⁹⁷. Il se réfère au fait que les « plans d'affectation qui n'ont pas encore été adaptés aux exigences de la LAT » ne bénéficient pas d'une « présomption de validité » et que « leur stabilité n'est pas garantie », contrairement aux plans d'affectation « établis sous l'empire de la LAT ». La distinction est fondée sur « des critères objectifs et clairement identifiables ».

IV. La révision des plans de 2^{ème} génération

A Le régime applicable

1. Les cas envisageables de non-classement

Si la Commune dispose d'un plan d'affectation **datant d'avant 1980**, il est question d'un plan de 1^{ère} génération. Sa modification, qui a pour effet de sortir une parcelle de la zone à bâtir, intervient aujourd'hui pour l'adapter aux exigences de la LAT, entrée en vigueur en 1980 – et, partant, pour mettre en œuvre les principes du droit constitutionnel en matière de droit foncier⁹⁸. Il s'agit-là de l'hypothèse « classique » du non-classement.

La révision des plans de 2^{ème} génération concerne, en revanche, les plans d'aménagement qui ont été adoptés postérieurement à l'entrée en vigueur de la LAT. Deux hypothèses sont à distinguer :

- Au moment où il a été adopté, soit après 1980, le **plan d'affectation était conforme aux exigences fédérales** en vigueur à cette époque. En particulier, le dimensionnement des zones à bâtir avait été correctement calculé. La révision de ce plan consiste aujourd'hui à l'adapter à de nouvelles conceptions ou circonstances.
- Le plan d'affectation de 2^{ème} génération, entré « en vigueur certes sous le régime de la LAT » (c'est-à-dire entre 1980 et 2014), est « matériellement non-conforme aux principes fédéraux de planification », car **son contenu ne répond pas aux exigences de la LAT**⁹⁹. Sa révision classe en zone inconstructible un terrain qui était, jusqu'alors, en zone à bâtir,

⁹⁴ A ce sujet, cf. BRAHIER, ch. 580 ss et les références citées.

⁹⁵ Principe fondamental de l'ordre juridique qui exprime notamment la confiance générale des particuliers dans la prévisibilité et la stabilité du droit.

⁹⁶ Parmi les limites à la modification de l'ordre juridique, figure notamment la nécessité de mettre en place un régime transitoire, sur la base du principe de la bonne foi (art. 5 al. 3 Cst) ; à ce sujet, cf. BRAHIER, ch. 585 ss.

⁹⁷ Arrêt du TF 1C_449/2009 c. 6.2 (MONTREUX) ; ATF 120 Ia 227 c. 2c.

⁹⁸ ATF 131 II 151 c. 2.6 (BOUDRY) ; arrêt du TF 1A.211/2003 c. 2.1 (GENEVE – PLAINPALAIS) ; arrêt du TF 1A.98/2000 c. 2b (CHAUX-DE-FONDS) ; ATF 122 II 326 c. 4c, JdT 1997 I 433 (DIETIKON) ; ATF 123 II 481 c. 6b, JdT 1998 I 395 (NIEDERHASLI) ; ZEN-RUFFINEN/GUY-ECABERT, ch. 1434 ss ; RIVA, Commentaire LAT, art. 5, ch. 143 s.

⁹⁹ ATF 122 II 326 c. 5c, JdT 1997 I 433 (DIETIKON). Cf. ég. ATF 131 II 728 c. 2.3, JdT 2006 I 644 (WETZIKON) : « en cas d'adaptation des mesures de planification <...> adoptées sous le régime de la LAT, mais sans être matériellement conforme à ses exigences » ; arrêt du TF 1A.8/2002, c. 3.3 (OBERROHRDORF-STARETSCHWIL), qui concernait un plan de 1981. Cf. ég. RIVA, Commentaire LAT, art. 5, ch. 144 ; WALDMANN/HÄNNI, art. 5, ch. 56.

au motif que son (précédent) classement en zone à bâtir ne s'alignait pas, d'un point de vue matériel, aux principes de planification définis par le droit fédéral. L'autorité veut aujourd'hui se conformer aux principes d'aménagement du territoire¹⁰⁰.

Dans la première hypothèse, il est question de **déclassement**. Suite à l'entrée en vigueur de la révision de LAT, les autorités seront confrontées à des déclassements dans les cas suivants :

- Le dimensionnement se révèle, aujourd'hui, trop grand, en raison de l'évolution démographique, de nouvelles possibilités de densification ou des changements d'affectation survenus¹⁰¹.
- La nouvelle méthode de calcul du dimensionnement établie dans le plan directeur cantonal aboutit à des surdimensionnements, alors que, sur la base des calculs effectués avant l'entrée en vigueur de la révision de la LAT, la commune ne présentait pas de surdimensionnement.

Dans la seconde hypothèse, c'est le régime du **non-classement** en zone à bâtir qui doit être appliqué. Le Tribunal fédéral a tout récemment confirmé sa jurisprudence dans deux arrêts importants, l'un concernant la ville de ZÜRICH-RIESBACH¹⁰², l'autre la commune de SALENSTEIN, située dans le canton de Thurgovie¹⁰³. Dans le premier cas, une mise en zone à bâtir était survenue en 1985, contrairement aux principes fédéraux. Dans le second cas, le plan d'affectation en vigueur avait été adopté en 1982, soit après l'entrée en vigueur de la LAT ; le refus de maintenir les terrains concernés dans la zone à bâtir était motivé par le fait que le plan d'affectation de 1982 contenait des zones à bâtir clairement surdimensionnées et était ainsi matériellement contraire à la LAT.

En conclusion, un plan de 2^{ème} génération, post LAT, peut se révéler ne pas être conforme à la LAT. Si la commune ne dispose pas d'un plan d'affectation conforme à la LAT, alors même que son plan a été adopté après le 1^{er} janvier 1980, sous le régime de la LAT, la modification ultérieure du plan a pour effet de l'adapter, pour la première fois, aux exigences de la LAT¹⁰⁴. Les mesures prises aujourd'hui pour le corriger consistent à attribuer à la zone inconstructible un bien-fonds qui était auparavant classé dans une zone à bâtir en vertu d'un plan jugé non conforme aux principes qui régissent la gestion du territoire suisse. Ces mesures sont à considérer comme des mesures de non-classement, lesquelles doivent en principe être supportées **sans indemnisation**, puisque l'autorité édicte, pour la première fois, un plan d'affectation conforme aux exigences constitutionnelles et légales.

2. La justification

Le fait de soumettre au régime du non-classement la mise en zone inconstructible d'une parcelle, bien que le plan d'affectation ait été adopté postérieurement à l'entrée en vigueur de la LAT, est compatible avec la sécurité du droit (cf. ci-devant III/B/2 in fine). De plus, nul ne saurait tirer un droit d'une situation illégale, sauf circonstances particulières liées notamment à la confiance. Ainsi, le propriétaire foncier dont le terrain a été classé en zone à bâtir en violation des principes de l'aménagement, comme celui de la séparation du territoire bâti et du territoire

¹⁰⁰ Cf. arrêt du TF 1A.8/2002 c. 3.3 (OBERROHRDORF-STARETSCHWIL).

¹⁰¹ Cf. arrêt du TF 1A.263/2004 c. 2.3 (WETZIKON) ; arrêt du TF 1C_573/2011 et 1C_581/2011 c. 3.2 (SALENSTEIN) ; arrêt du TA/ZH VR.2003.00001 c. 4b/cc et 4c (COMMUNE X – ZÜRICH).

¹⁰² Arrêt du TF 1C_66/2012 c. 2.2 (ZÜRICH-RIESBACH) : « Eine Nichteinzonung liegt nicht nur bei der Revision altrechtlicher, vor Inkrafttreten des RPG erlassener Zonenpläne vor, sondern auch bei der Anpassung von Zonenplänen, die zwar unter der Herrschaft des RPG in Kraft getreten sind, aber materiell nicht auf die bundesrechtlichen Planungsgrundsätze ausgerichtet waren ».

¹⁰³ Arrêt du TF 1C_573/2011 et 1C_581/2011, rendu le 30 août 2013. Commenté notamment par KISSLING, p. 8 ss. Cf. ég. DEPARTEMENT DE L'ECONOMIE DU CANTON DE VAUD, p. 19.

¹⁰⁴ Arrêt du TF 1C_573/2011 et 1C_581/2011 c. 3.4 et 3.5 (SALENSTEIN) ; cf. ég. ATF 125 II 431 c. 3b, JdT 2000 I 781 (NIEDERLENZ) ; DUBEY, Espace, ch. 224 s.

non bâti ou celui de l'interdiction du surdimensionnement, ne doit (en principe) pas être protégé. Enfin, la modification du plan est une simple **concrétisation** du contenu de la propriété (cf. ci-devant III/B/1/a). Comme l'autorité procède aujourd'hui à l'adaptation de son plan d'affectation pour qu'il réponde (enfin !) aux exigences légales, cette adaptation ne saurait entraîner une indemnisation pour expropriation matérielle.

Pour qu'une atteinte à la propriété soit équivalente à une mesure d'expropriation, il faut qu'au moment de l'entrée en force de la mesure de planification, la parcelle en question se trouvait dans une zone à bâtir édictée **conformément aux prescriptions** de la législation fédérale en matière d'aménagement du territoire (déclassement)¹⁰⁵.

B La nécessité de vérifier la validité du plan de 2^{ème} génération

Pour savoir s'il est question d'un cas de non-classement ou de déclassement, suite à un redimensionnement de la zone à bâtir, il faudra obligatoirement répondre à la question de savoir si le plan actuel était, **au moment où il avait été adopté**, conforme aux principes régissant la gestion du territoire suisse et tout particulièrement aux principes applicables, à l'époque, en matière de délimitation de zones. Nous les passerons brièvement en revue dans les chapitres qui suivent. Ceux-ci ne traitent donc pas des nouveaux principes d'aménagement introduits par la révision de la LAT.

1. En général

Dans l'accomplissement de leurs tâches d'aménagement du territoire et de détermination des zones, les autorités de planification doivent tenir compte des buts et principes d'aménagement définis aux art. 1 et 3 LAT ainsi que des prescriptions fédérales (art. 14 ss LAT) et cantonales relatives à l'établissement des plans d'affectation¹⁰⁶. Le respect de ces principes et normes sur un plan théorique n'est pas suffisant ; l'autorité appelée à établir une planification doit procéder à une pondération de tous les intérêts, privés ou publics, susceptibles d'intervenir dans le cas d'espèce¹⁰⁷. La planification doit s'effectuer selon les critères applicables à chaque zone (cf. art. 14 ss LAT) et sur la base d'un examen de tous les éléments essentiels d'un point de vue de l'aménagement et de leur coordination.

Ainsi, les mesures de planification sont seulement conformes au droit fédéral lorsque, à côté des critères du caractère propre à la construction, du caractère largement bâti et du besoin en terrains constructibles (cf. art. 15 LAT), elles ont également tenu compte, dans le cadre de la pesée des intérêts, de **tous les autres éléments d'aménagement** du territoire pertinents dans le cas concret, notamment des exigences d'utilisation et de protection mentionnées aux art. 1 et 3 LAT¹⁰⁸. En particulier, il faut examiner si la délimitation entre la zone constructible et la zone inconstructible a été faite selon les critères des art. 1 à 3 LAT¹⁰⁹.

2. Quelques principes de planification dont il fallait tenir compte

a) Les principes prévus par l'ancien art. 15 LAT

Conformément à l'art. 15 LAT, en vigueur jusqu'au 30 avril 2014, les zones à bâtir comprennent notamment les terrains propres à la construction qui « seront probablement nécessaires à la construction dans les quinze ans à venir et seront équipés dans ce laps de temps » (lettre b). Parmi les principes régissant l'aménagement, l'art. 3 al. 3 LAT exige qu'il soit tenu compte des

¹⁰⁵ ATF 122 II 326 c. 4b et 4c, JdT 1997 I 433 (DIETIKON) et les arrêts cités ; ATF 125 II 431 c. 3b, JdT 2000 I 781 (NIEDERLENZ) ; arrêt du TF 1C_573/2011 et 1C_581/2011 c. 3.5 et 4 (SALENSTEIN).

¹⁰⁶ ATF 117 Ia 302 c. 4b, JdT 1993 I 423 (FLIMS) ; ATF 115 Ia 350 c. 3, JdT 1991 I 432 (PRATTELN).

¹⁰⁷ ATF 115 Ia 350 c. 3, JdT 1991 I 432 (PRATTELN).

¹⁰⁸ Arrêt du TF 1A.8/2002 c. 3.5.1 (OBERROHRDORF-STARETSCHWIL).

¹⁰⁹ Arrêt du TF 1C_573/2011 c. 3.2 (SALENSTEIN).

besoins de la population pour réserver des territoires à l'habitat et à l'exercice des activités économiques. Dans cette mesure et d'après la jurisprudence, la volonté **d'éviter la création de zones à bâtir surdimensionnées** constitue un intérêt public important¹¹⁰. Cela répond à l'exigence fondamentale de l'aménagement du territoire qui postule une utilisation mesurée et judicieuse du sol ainsi qu'une utilisation rationnelle du territoire (art. 1 al. 1 LAT; art. 75 al. 1 Cst).

De ce fait, il est incompatible avec le droit fédéral de prévoir une extension de la zone à bâtir de manière telle qu'elle ne soit pas justifiée par les **besoins prévisibles en terrains à bâtir** pour les quinze prochaines années¹¹¹. Une révision correcte d'un plan d'affectation nécessite une appréciation de ce besoin futur, même si celui-ci ne peut pas être fixé ou arrêté avec exactitude et de manière mathématique.

b) La méthode des tendances

La méthode des tendances (Trendmethode) est « la méthode la plus recommandée » pour déterminer le besoin en terrains à bâtir au sens de l'ancien art. 15 let. b LAT¹¹². Elle appelle les remarques suivantes :

La méthode des tendances est **fondée sur la consommation de terrains**. Elle compare l'utilisation des terrains à bâtir pratiquée pendant les dix à quinze précédentes années (c'est-à-dire la surface de terrains utilisée pour la construction dans les dix à quinze dernières années) avec les réserves de terrains à bâtir existantes (et disponibles), en admettant, par extrapolation et avec des facteurs de pondération et de correction (accélération ou retardant l'évolution), que le développement pour les quinze prochaines années se déroulera de la même façon¹¹³.

Lors de l'examen du besoin, il faut ainsi **tenir compte** de l'utilisation passée des terrains à bâtir et de la réserve en terrains disponibles dans les zones à bâtir. De plus, le développement démographique et économique, le développement du réseau de transports publics, les possibilités financières et techniques de la commune en matière d'équipement¹¹⁴ et le développement supra-communal, régional, voire supra-régional¹¹⁵ sont des critères influençant l'appréciation du développement pour les quinze prochaines années. Tous ces éléments doivent être concrets et l'autorité de planification ne peut se limiter à justifier ses besoins par des affirmations générales¹¹⁶.

Il est possible de **s'écarter de cette méthode** si des raisons spéciales du cas concret le justifient. Une extension ne doit pas nécessairement être exclue parce qu'aucune activité de construction n'a été réalisée pendant la période récente ; l'extension doit alors se justifier par une pesée générale de l'ensemble des intérêts en présence et doit correspondre aux projets de développement local mais surtout régional et suprarégional¹¹⁷.

¹¹⁰ ATF 114 Ia 364 c. 4, JdT 1990 I 445 (OBFELDEN) ; ATF 115 Ia 350 c. 3d, JdT 1991 I 432 (PRATTELN) ; ATF 116 Ia 221 c. 3b, JdT 1992 I 425 (KAPPEL).

¹¹¹ RFJ 1995 p. 329 ; arrêt du TC-FR 602 2011-46 c. 5 (CRESSIER).

¹¹² Arrêt du TF 1C_15/2013 c. 2.1 (COMMUNE DE X.) ; arrêt du TF 1C_35/2011 et 1C_173/2011 c. 2.5 (ERNEN) ; ATF 136 II 204 c. 6.2 (AROSA) ; ATF 116 Ia 221 c. 3b, JdT 1992 I 425 (KAPPEL) ; ATF 116 Ia 328, JdT 1992 I 448 (STÄFA) ; RFJ 1995 p. 328/9 c. 2. Cf. ég. WALDMANN/HÄNNI, art. 15, ch. 33 ; FLÜCKIGER/GRODECKI, Commentaire LAT, art. 15, ch. 103.

¹¹³ Les mêmes que sous note 112.

¹¹⁴ Arrêt du TF 1C_15/2013 c. 2.1 (COMMUNE DE X.) ; ATF 116 Ia 339 c. 3b, JdT 1992 I 453 (TERSNAUS) ; FF 1996 III 526, p. 564 (transports), 543 et 567 (équipement) ; arrêt du TC-FR 602 2011-46 c. 8d (CRESSIER) ; FLÜCKIGER/GRODECKI, Commentaire LAT, art. 15, ch. 114.

¹¹⁵ ATF 116 Ia 339 c. 3b/aa, JdT 1992 I 453 (TERSNAUS) ; arrêt du TF 1C_119/2007 c. 3.2.3 (PASPELS) ; arrêt du TC-FR 602 2011-46 c. 8d (CRESSIER).

¹¹⁶ Arrêt du TC-FR 602 2011-46 c. 8d (CRESSIER).

¹¹⁷ ATF 116 Ia 339 c. 3b, JdT 1992 I 453 (TERSNAUS) ; ATF 114 Ia 364 c. 4, JdT 1990 I 445 (OBFELDEN) ; arrêt du TF 1C_119/2007 c. 3.2.3 (PASPELS).

L'estimation du **besoin pour les zones industrielles** ne peut se baser sur les mêmes critères que pour les zones d'habitation, tels que les projections démographiques ou la surface utile par habitant. Dans ces zones, on peut, par exemple, se fonder sur l'occupation probable des terrains par des entreprises s'établissant dans la commune et ainsi prendre en compte les perspectives de développement économique à moyen et à long terme¹¹⁸.

Nous ne savons pas si cette méthode va continuer à être appliquée. Ce sera aux **plans directeurs cantonaux** de définir la méthode qui sera appliquée à l'avenir au sein du canton pour fixer le dimensionnement des zones à bâtir au niveau communal (cf. ci-devant I/B/4 et 5 et note de bas de page 47).

c) Les autres buts et principes de la LAT

Le but relatif à **l'utilisation mesurée du sol**, indiqué à l'art. 75 al. 1 Cst et à l'art. 1 al. 1 LAT, impose de faire un usage économe du sol, d'éviter de le gaspiller¹¹⁹. C'est l'aspect quantitatif de la protection du sol qui est expressément retenu dans le domaine de l'aménagement du territoire. Ce but concrétise le principe du développement durable¹²⁰. Il faut maintenir à long terme des surfaces de terrains libres de construction. Plusieurs buts implicites ont été tirés de l'obligation d'assurer une utilisation mesurée du sol, comme celui de la séparation des zones constructibles et non constructibles (ou séparation du bâti et du non bâti)¹²¹.

Les principes de l'aménagement du territoire guident les jugements pratiques des autorités lorsqu'elles établissent des règles d'aménagement du territoire ou prennent des décisions dans ce domaine¹²². L'un des principes à respecter consiste à tenir « compte des données naturelles ainsi que des besoins de la population et de l'économie » (art. 1 al. 1 3^{ème} ph. LAT). Pour les besoins de nature spatiale de la population et de l'économie, il faut se référer avant tout aux principes figurant à l'art. 15 LAT.

d) Les données du plan directeur

Le plan directeur cantonal doit déterminer l'orientation future de la planification (art. 5 al. 1 OAT). A chaque fois, il convient de vérifier la manière dont le plan directeur a **concrétisé et explicité la méthode des tendances** dans son plan directeur. Par exemple, il peut, pour les zones d'activités, fixer des critères de localisation ainsi que des exigences relatives à l'adéquation aux besoins, à la qualité de la desserte et à la disponibilité des terrains. Par exemple, la fiche 4 du chapitre « Urbanisation et équipements » du plan directeur fribourgeois indique que « le total des surfaces non construites, hormis les propriétés destinées à l'extension des entreprises existantes, ne peut dépasser le tiers de la surface effectivement construite »¹²³. Ce principe est compatible « avec les buts et principes de l'aménagement du territoire »¹²⁴. Il constitue ainsi une concrétisation, au niveau cantonal, de la méthode des tendances.

Le plan directeur est **contraignant** pour les autorités en charge de l'aménagement du territoire, donc aussi pour les assemblées communales compétentes pour l'adoption et la révision des plans de zones (cf. art. 9 al. 1 LAT); de petits écarts de la part des organes subordonnés sont néanmoins possibles, à condition qu'ils soient objectivement justifiés et qu'il apparaisse

¹¹⁸ ATF 114 Ia 254 c. 3e, JdT 1990 I 392 (DEITINGEN) ; voire d'une seule entreprise, ATF 107 Ia 35 c. 3d (FULL-REUENTHAL).

¹¹⁹ Cf. à ce sujet, FF 1988 I 914. Cf. ég. WALDMANN/HÄNNI, art. 1, ch. 12 s. ; TSCHANNEN, Commentaire LAT, art. 1, ch. 15.

¹²⁰ MAHON, ch. 6 ; FF 1997 I 249 ; GRIFFEL, ch. 58.

¹²¹ FF 1978 I 1013 s. ; FF 1988 I 916 ss ; ZEN-RUFFINEN/GUY-ECABERT, ch. 38 ; WALDMANN/HÄNNI, art. 1 ch. 14 ; TSCHANNEN, Commentaire LAT, art. 1, ch. 16.

¹²² FF 1978 I 1017. Cf. ég. DFJP/OFAT, art. 3 ch. 11 ; TSCHANNEN, Commentaire LAT, art. 3 ch. 7 ss ; ZEN-RUFFINEN/GUY-ECABERT, ch. 119 et 123.

¹²³ Texte, p. 5, le 3 mai 2011.

¹²⁴ Rapport d'examen du plan directeur fribourgeois du 2 septembre 2004 établi par l'ARE, p. 5.

déraisonnable au vu des circonstances de modifier préalablement de façon formelle le plan directeur¹²⁵.

3. La pesée des intérêts qui devait être effectuée

Indépendamment du résultat auquel aboutit l'application de la méthode des tendances, une pesée générale des intérêts en présence devait également être effectuée ; aujourd'hui, il convient d'y procéder à nouveau, **rétrospectivement**, pour déterminer si le précédent plan était conforme aux exigences de la LAT. Le critère du besoin en terrains constructibles, au sens de l'ancien art. 15 let. b LAT, ne peut pas à lui seul déterminer la taille de la zone à bâtir. Il faut mettre en balance ce critère avec les autres objectifs de l'aménagement du territoire dans le cadre d'une pesée globale des intérêts, comme prévue par les art. 1 al. 1 2^{ème} phrase et 2 al. 1 LAT et les art. 2 et 3 OAT. Ce n'est qu'à l'issue de cet exercice que la taille de la zone à bâtir, telle qu'arrêtée à l'époque de l'adoption du plan, peut être, rétrospectivement, justifiée¹²⁶.

Quoi qu'il en soit, on n'aurait pu se fonder sur les désirs ou les projections irréalistes quant au développement du nombre d'habitants et des emplois. L'intérêt purement financier des propriétaires à obtenir le plus haut rendement possible de leurs terrains devait céder le pas devant l'intérêt public.

C Les cas ouvrant la voie de l'indemnisation

1. Les non-classements à indemniser

Dans son arrêt MEILEN, rendu en 1995, le Tribunal fédéral a arrêté de manière définitive les conditions auxquelles un cas de non-classement peut, exceptionnellement, donner lieu à indemnisation¹²⁷. Tel est le cas dans les trois hypothèses suivantes :

- le « terrain est constructible, a fait l'objet d'un **équipement général** et est situé dans le périmètre d'un plan directeur des égouts conforme à la législation » et le propriétaire « a procédé à des **dépenses** considérables pour l'équipement et la construction ». Ces conditions sont « dans la règle » cumulatives ;
- des considérations liées au principe de la **confiance** sont « d'un tel poids que, selon les circonstances du cas d'espèce, un terrain aurait dû être classé » ;
- le fonds « est situé parmi les terrains **déjà largement bâtis** » (art. 15 let. a LAT).

Dans ces hypothèses, « le propriétaire pouvait considérer son fonds comme très vraisemblablement constructible de sa seule initiative ».

Lorsque les conditions d'application de l'une de ces trois exceptions sont réunies, la « limitation concrète des possibilités de bâtir » atteint les « propriétaires isolés de la même façon qu'une expropriation »¹²⁸.

2. Les déclassements à indemniser

Pour rappel, il y a déclassement lorsqu'un terrain, formellement classé dans une zone à bâtir conforme aux exigences matérielles de la LAT, est frappé d'une interdiction de construire par une mesure de planification qui affecte ce terrain à une zone non constructible. Pour qu'un

¹²⁵ Arrêt du TF 1C_382/2009 c. 3.2 (VENDLINCOURT) ; ATF 119 Ia 362 c. 4a, JdT 1995 I 432 (RETSCHWIL). Cf. ég. ATF 111 Ia 129 c. 3a, JdT 1987 I 545 (WIESENDANGEN) ; arrêt du TF 1P.110/2001 (ORBE).

¹²⁶ ATF 116 Ia 221 c. 3b, JdT 1992 I 425 (KAPPEL) ; ATF 114 Ia 368 c. 4 (OBFELDEN) ; arrêt du TC-FR 602 2011-46 c. 9b (CRESSIER) ; FLÜCKIGER/GRODECKI, Commentaire LAT, art. 15, ch. 119 ; BERTSCHI, p. 31 s.

¹²⁷ ATF 121 II 417 c. 4b, JdT 1996 I 403 (MEILEN) (c'est nous qui soulignons). Cf. ég. DUBEY, Espace, p. 131, qui parle de la formule / pratique WILLE, du nom des parties.

¹²⁸ ATF 105 Ia 330 c. 3d, JdT 1981 I 493 (ZIZERS).

déclassement entraîne l'existence d'un cas d'expropriation matérielle, la mesure doit restreindre **l'usage futur prévisible du terrain**, c'est-à-dire un usage qui apparaît, au moment déterminant, comme très probable dans un proche avenir (formule Barret ; cf. III/A). Tel est le cas si :

- « l'immeuble concerné était juridiquement et pratiquement constructible au moment déterminant » et si
- « au vu des circonstances, il aurait été fait usage, dans un proche avenir, de cette possibilité de construire »¹²⁹.

En d'autres termes, il y a lieu d'examiner « si le droit de construire allait très probablement être exercé dans un avenir proche »¹³⁰.

Dans l'arrêt WETZIKON, le Tribunal fédéral s'est limité à la question de savoir si le propriétaire « **aurait pu construire au jour de la révision du plan** »¹³¹. D'où la constatation faite par Dubey que le Tribunal fédéral ne tient pas compte de la « probabilité » de construire dans un proche avenir¹³², mais uniquement de la « possibilité » de construire au jour déterminant¹³³. Cette précision de jurisprudence est due au fait que douze ans s'étaient écoulés depuis l'entrée en vigueur de l'ancien plan et que, de plus, les circonstances juridiques s'étaient modifiées dans l'intervalle (modification législative). Or, comme il « convient de tenir compte des délais inhérents à la planification <...> sur une perspective de 15 ans », les propriétaires de terrains non construits ni équipés doivent désormais « compter avec un déclassement de leurs parcelles lors de la prochaine révision du plan ».

Cette précision est importante puisqu'elle exige désormais de vérifier les possibilités constructives au jour déterminant (et non « dans un proche avenir »). Dans ce cadre, il faut notamment tenir compte de la demande en terrains à bâtir à l'époque et à l'endroit donnés¹³⁴, de l'état de la planification communale et cantonale¹³⁵, de la situation et des caractéristiques du bien-fonds, de l'état de l'équipement¹³⁶. En revanche, il importe peu que le propriétaire ait eu **l'intention** de construire sur le terrain¹³⁷ ; néanmoins, rien n'empêche l'autorité de tenir compte, dans l'évaluation de l'ampleur de l'atteinte, du fait que le propriétaire n'a pas poursuivi les démarches en vue de la réalisation de son projet¹³⁸.

Au vu de ce qui précède, tout déclassement **n'entraîne pas une obligation** d'indemniser, puisqu'il faut remplir les conditions présentées ci-devant.

3. Une limitation complémentaire à l'indemnisation en cas de thésaurisation du sol

Ainsi, certains non-classements et déclassements peuvent donner lieu, sur la base de la jurisprudence actuelle, à une indemnité pour expropriation matérielle. Or, se pose la question de savoir si, dans ces cas, une indemnité doit toujours être octroyée si la mesure a été prise en raison d'un surdimensionnement.

¹²⁹ Arrêt du TF 1A.122/2002 c. 3.2 (NYON) ; BOVEY, p. 155.

¹³⁰ ATF 131 II 728 c. 2.6, JdT 2006 I 644 = arrêt du TF 1A.263/2004 (WETZIKON).

¹³¹ ATF 131 II 728 c. 2.6, JdT 2006 I 644 = arrêt du TF 1A.263/2004 (WETZIKON) (c'est nous qui soulignons). Cet arrêt n'est que partiellement reproduit dans les ATF. Le c. 6.2 précise : « ob die Beschwerdeführerin die Erschliessung am Stichtag aus eigener Kraft hätte realisieren können ».

¹³² Ainsi, RIVA, Commentaire LAT, art. 5, ch. 134 et 163, pour qui la « probabilité de réalisation devrait alors redevenir un critère de distinction fondamental ».

¹³³ DUBEY, Retour, III/C/2 et 3.

¹³⁴ Arrêt du TF 1A.263/2004 c. 6.2.5 (WETZIKON) ; ATF 113 Ib 318 c. 4a, JdT 1989 I 406 (KÜSNACHT). Cf. pour d'autres exemples : ATF 103 Ib 210, c. 5 ; ATF 113 Ib 133, c. 4 ; ATF 119 Ib 124 c. 4b.

¹³⁵ ATF 116 Ib 159 c. 6b, JdT 1992 I 476 ; ATF 113 Ib 133 c. 4c, JdT 1989 I 402 ; ATF 119 Ib 124 c. 4a ; arrêt du TF 1A.122/2002 c. 3.2.

¹³⁶ Arrêt du TF 1A.305/1997 ; arrêt du TF 1A.193/2006.

¹³⁷ ATF 113 Ib 318 c. 3c et d, JdT 1989 I 406 (KÜSNACHT).

¹³⁸ Arrêt du TF 1C_510/2009, c. 4.3 (SERVION).

Le cas que nous envisageons ici est celui où, durant la période de validité du plan de zone, le propriétaire n'a entrepris aucune mesure pour valoriser son terrain en vue de la construction. On envisage notamment le cas où il n'a pas mandaté un architecte ou un ingénieur pour établir un plan des infrastructures à réaliser et, ayant obtenu ce plan, n'a pas procédé à l'équipement des parcelles, de sorte que, à l'échéance du délai de 15 ans elles se trouvent dans l'état dans lequel elles se trouvaient au moment de la mise en zone. La question qui se pose est celle de savoir si le propriétaire foncier a droit à être indemnisé alors qu'il n'a **rien entrepris** pour mettre son terrain en valeur durant toutes les années où il était en zone à bâtir. Peut-on réellement justifier une indemnisation de la part l'Etat pour la perte de valeur du terrain, alors qu'il est question en définitive du retrait de possibilités qui n'ont tout simplement pas été utilisées ? Nous ne le pensons pas. En effet, la suppression des possibilités de bâtir non utilisées ne cause aucun dommage aux propriétaires fonciers, puisque l'Etat se contente de reprendre ce qu'il avait octroyé. En revanche, si une indemnisation était octroyée, le droit protégerait finalement les propriétaires passifs qui n'ont pas viabilisé leurs parcelles et se sont contentés de thésauriser leurs biens-fonds.

La situation est différente dans l'hypothèse où le propriétaire foncier a déjà réalisé, à ses frais, **l'équipement de détail** de son terrain. Par ce type d'investissements, il prouve, en principe, son intention de construire, de sorte que l'affectation du terrain à la construction apparaît ainsi comme son usage futur prévisible¹³⁹. Dans ce cas, le versement d'une indemnité suite au dézonage de sa parcelle apparaît justifiée.

En revanche, s'il n'effectue pas ce genre de démarche, le propriétaire décide en réalité, librement, de ne pas construire ; il **thésaurise** son bien-fonds, empêchant toute affectation conforme à la zone, parfois durant plusieurs décennies¹⁴⁰. Or, les terrains classés en zone à bâtir sont des terrains qui se prêtent à la construction¹⁴¹ et qui devraient être utilisés conformément à leur affectation. On note ainsi que l'intention du propriétaire foncier apparaît comme un élément important, oublié par le Tribunal fédéral dans ses jurisprudences relatives au déclassement.

Certes, le propriétaire n'est pas obligé de construire sur son terrain, à défaut de bases légales à ce sujet ; le Tribunal fédéral avait retenu que l'on « ne peut donc empêcher le propriétaire de différer à son gré la construction »¹⁴². Néanmoins, s'il ne construit pas, il doit **s'attendre à un changement de la situation juridique**, puisque « la garantie de la propriété ne donne pas à un propriétaire le droit d'exiger que son terrain reste de façon durable dans la zone où il a tout d'abord été rangé et que les possibilités de bâtir résultant du classement en une zone déterminée ne soient pas modifiées ou limitées par la suite »¹⁴³. Par ailleurs, l'absence d'indemnité n'est pas source d'insécurité juridiques si l'on tient compte de l'horizon de 15 ans de validité des plans d'affectation (ancien art. 15 let. b LAT)¹⁴⁴.

D'autres objecteront que la possibilité de construire n'est pas octroyée par l'Etat, mais immanente à la propriété ; que le droit de construire est intrinsèquement liée à la seule propriété du bien-fonds et que la privation de ce droit doit être indemnisée, quelle qu'en soit l'origine. Cette conception, purement civiliste¹⁴⁵, est dépassée, puisque c'est **le droit de l'aménagement du territoire** qui, lui seul, définit les possibilités de construire, et non pas le droit civil. Rappelons quelques évidences¹⁴⁶ :

¹³⁹ Cf. ATF 125 II 431 c. 3a ; ATF 131 II 151 c. 2.1 (BOUDRY).

¹⁴⁰ Les motifs sont multiples. Cf. BÜHLMANN, p. 3 ss.

¹⁴¹ FF 1978 I 1026.

¹⁴² ATF 113 Ib 318 c. 3d, JdT 1989 I 406 (KÜSNACHT).

¹⁴³ ATF 123 II 481 c. 6c (NIEDERHASLI) ; ATF 102 Ia 333, JdT 1978 I 111 (FLIMS).

¹⁴⁴ ATF 131 II 728, JdT 2006 I 644 (WETZIKON).

¹⁴⁵ Lire à ce sujet : DUBEY, Espace, p. 34 ss et p. 100 ss.

¹⁴⁶ Cf. en détail à ce sujet : BRAHIER, ch. 678 ss.

- C'est l'Etat qui modifie ou maintient le statut juridique des éléments naturels ou artificiels qui composent le territoire. Par la « volonté d'exercer une influence déterminée sur l'organisation d'un territoire donné »¹⁴⁷, il influence l'organisation du territoire¹⁴⁸.
- Les activités qui ont des effets sur l'organisation du territoire doivent être coordonnées¹⁴⁹ entre elles, car les autorités sont obligées de faire preuve de rigueur en ce qui concerne l'utilisation du sol¹⁵⁰. Il appartient à l'aménagement du territoire de remplir ce rôle de coordination¹⁵¹. Le territoire est l'espace vital que l'activité d'aménager façonne ou sauvegarde.

Dubey propose une approche innovatrice, qui tient compte de la « prévisibilité de la suppression de la faculté » de construire (fallait-il s'attendre à ce que l'usage futur soit supprimé au jour de référence par la mesure d'aménagement litigieuse ?)¹⁵². Si la suppression de la faculté de construire était imprévisible, il y aurait lieu, en principe, d'indemniser le propriétaire (confiance déçue). Si la suppression était prévisible, « l'intention du propriétaire quant à l'exploitation de sa parcelle » jouerait alors un rôle décisif¹⁵³. S'il n'a pas manifesté l'intention de construire, le propriétaire foncier ne devrait pas être indemnisé, car il « demande en réalité l'indemnisation du droit à ne pas construire ». On relève donc l'importance que Dubey souhaite également donner aux critères **subjectifs**.

4. L'indemnisation fondée sur la responsabilité de l'Etat et sur la confiance

Si la collectivité a méconnu les principes d'aménagement dans ses précédentes décisions en matière d'aménagement du territoire, créant ainsi une zone à bâtir surdimensionnée, elle doit aujourd'hui corriger ses **erreurs**. Le propriétaire foncier subit un « inconvénient » s'il n'est pas indemnisé par le biais du mécanisme de l'expropriation matérielle suite à l'adaptation du plan d'affectation¹⁵⁴. Tel est le cas lorsque les effets de l'adaptation ne présentent pas une gravité suffisante ou lorsque la restriction est ordonnée pour des motifs de police et qu'elle sert directement l'intérêt même du propriétaire foncier¹⁵⁵. A notre avis, tel est le cas également lorsque la commune modifie un plan de deuxième génération au motif qu'il n'était pas conforme au droit fédéral, puisqu'il s'agit-là de la correction d'une erreur de planification. Le dommage subi aujourd'hui, suite à l'adaptation du plan, est dû à l'erreur de planification

¹⁴⁷ DFJP/OFAT, art. 1, ch. 14.

¹⁴⁸ A ce sujet, cf. ég. DFJP/OFAT, art. 1 ch. 9 ss ; TSCHANNEN, Commentaire LAT, art. 2, ch. 10 s.

¹⁴⁹ La coordination vise à agencer les « parties d'un tout selon un plan logique, pour une fin déterminée » (dictionnaire Le Nouveau Petit Robert (1993), rubrique « coordination »).

¹⁵⁰ FF 1988 I 873 ; DFJP/OFAT, art. 1 ch. 10. En Suisse, la bataille pour le sol se joue sur 13'500 km², surface sur laquelle nous devons exercer la plupart de nos activités : « nous avons besoin d'espaces pour les constructions, l'habitat et l'emploi, pour la production agricole et les transports, pour la détente et l'extraction de matières premières, et bien d'autres activités » (FF 1988 I 826).

¹⁵¹ LENDI/ELSASSER, p. 9 ; RUCH, Commentaire LAT, introduction, ch. 12 ; JAGMETTI, ch. 14. L'aménagement permet en effet d'ordonner et de préparer, de manière méthodique, un lieu en vue d'un usage ultérieur déterminé (cf. notamment les définitions pour les mots « aménager » et « aménagement » dans le dictionnaire Le Nouveau Petit Robert (1993). Ici, ce « lieu » n'est autre que le territoire helvétique, comprenant le sol, les eaux et les airs, façonné par des éléments naturels et artificiels, tels les champs, les forêts, les habitations et les routes (DFJP/OFAT, introduction, ch. 11 ; FF 1978 I 1012).

¹⁵² DUBEY, Retour, ch. III/C/3 ; de manière très détaillée : DUBEY, Espace, p. 470 à 486.

¹⁵³ DUBEY, Retour, ch. III/C/4.

¹⁵⁴ KNAPP, p. 53 ; RIVA, Enteignung, p. 227 ss.

¹⁵⁵ Dans l'ATF 106 Ib 336 c. 5c/aa, JdT 1982 I 593 (AARBERG), le Tribunal fédéral a reconnu que l'erreur dans la planification, erreur que l'on corrige en déclassant le bien-fonds, peut « fonder l'obligation, pour la collectivité publique, d'indemniser en raison de sa responsabilité administrative ». Cf. ég. RIVA, Enteignung, p. 186.

commise par l'autorité planificatrice¹⁵⁶. Le propriétaire foncier peut-il obtenir réparation de son « dommage »¹⁵⁷ ?

Il convient ainsi de vérifier si la collectivité qui adapte son plan peut être tenue de réparer les dommages que pourraient subir les propriétaires concernés, sur la base des règles applicables à la responsabilité de l'Etat¹⁵⁸. La question se pose également de savoir si une indemnisation peut être envisagée par le biais d'une action fondée sur la protection de la confiance. Ces questions dépassent le cadre de notre présente contribution¹⁵⁹. Néanmoins, nous pouvons brièvement retenir ce qui suit :

- Une indemnisation des propriétaires fonciers touchés par des erreurs d'aménagement commises par l'autorité, indemnisation qui serait fondée sur l'un des deux fondements susmentionnés, ne devrait avoir lieu que de manière purement **exceptionnelle**¹⁶⁰. En effet, il n'est pas envisageable d'octroyer systématiquement aux propriétaires par le biais du droit de la responsabilité des collectivités publiques des indemnités auxquelles ils ne peuvent pas prétendre au regard du droit de l'expropriation matérielle.
- Le propriétaire qui a engagé des frais au regard des possibilités constructives, en se fondant sur un plan de zone non valable¹⁶¹, ne bénéficie en principe **pas d'une protection particulière**¹⁶². Néanmoins, la jurisprudence reconnaît un certain nombre d'exceptions, où une indemnisation est due même s'il n'y a pas d'expropriation (« lorsque c'est le dépôt d'une demande de permis qui a provoqué la modification du plan ou du règlement » ou lorsque le constructeur, avant de présenter son projet, « a reçu des assurances quant au maintien de la réglementation »¹⁶³). Le remboursement visera alors les frais engagés en vain (frais d'architecte, recherche d'un acheteur, frais de notariat et d'inscription, coûts générés par l'annulation de l'affaire, etc.), mais non une indemnité pour la perte de valeur du terrain.

V. Conclusion

La modification de la LAT enjoint les collectivités publiques, communes et cantons, à délimiter, à l'avenir, avec plus de prudence, les nouvelles zones à bâtir, pour éviter une utilisation abusive du sol. C'est évidemment en respectant scrupuleusement ces nouvelles consignes (qui figurent dans la LAT, l'OAT, les directives fédérales et les futurs plans directeurs cantonaux) que les collectivités publiques éviteront d'affecter des terrains à la zone à bâtir qui devront, par la suite, être déclassés. Autrement dit, c'est par une planification raisonnable et pondérée des zones à bâtir que de nouveaux risques de dézonage et d'indemnisation pour expropriation matérielle pourront être limités.

Dans les années à venir, les collectivités devront réduire les zones à bâtir en vigueur qui sont actuellement surdimensionnées. A première vue, nous ne voyons pas qu'elles auront d'autres possibilités que de réaffecter ces terrains à la zone agricole. En effet, les « alternatives au dézonage » leur seront d'un faible secours. La question cruciale sera alors de savoir si le dézonage provoque ou non, en faveur du propriétaire concerné, le droit à une indemnité pour

¹⁵⁶ SOBOTICH, p. 104.

¹⁵⁷ Dommage économique, par opposition au dommage corporel et au dommage matériel. A ce sujet, cf. ATF 125 III 86 c. 3b, JdT 2001 I 73 ; ATF 123 II 577 c. 4d ; ATF 118 Ib 473 c. 2, partiellement traduit au JdT 1994 I 650 ; ATF 118 II 176 c. 4b, JdT 1994 I 554 ; SOBOTICH, p. 69 s. ; en détail à ce sujet, BRAHIER, ch. 1105 ss.

¹⁵⁸ Cf. WEBER-DÜRLER, p. 387 ; SOBOTICH, p. 117 s. ; OFEV, Naturgefahren, p. 74 et 103 ss.

¹⁵⁹ Pour un examen détaillé sur cette question, cf. BRAHIER, ch. 1105 ss et les références citées.

¹⁶⁰ BRAHIER, ch. 1110 ; KNAPP, p. 59.

¹⁶¹ A ce sujet, cf. BRAHIER, ch. 1111 ss et ch. 609 ss ; SOBOTICH, p. 158 s.

¹⁶² A ce sujet, cf. RIVA, Enteignung, p. 330 ; ATF 112 Ib 105 c. 6a (fr.).

¹⁶³ ATF 112 Ib 105 c. 6a (fr.) ; RIVA, Enteignung, p. 330. La première hypothèse est celle de l'état de fait de l'ATF 125 II 431, JdT 2000 I 781 ; au sujet de la seconde hypothèse, cf. ATF 122 II 113 c. 3b/cc, JdT 1998 I 570.

expropriation matérielle. Il appartiendra donc aux instances judiciaires de s'attacher à définir, voire à redéfinir les conditions de l'expropriation matérielle.

La distinction entre non-classement et déclassement doit continuer à être appliquée. En particulier, la révision de la LAT survenue au printemps 2014 ne constitue pas un nouvel an zéro de l'aménagement du territoire, comme ce fut le cas en 1980. En effet, les circonstances de l'époque (cf. ch. III/B/2) ne se retrouvent pas aujourd'hui.

Pour les plans de 2^{ème} génération, nous ne pensons pas que les cas de non-classement ne devraient « concerner que quelques rares zones à bâtir, absolument contraires à la LAT »¹⁶⁴. Au contraire, le non-classement apparaît aujourd'hui comme la meilleure arme pour les collectivités publiques pour faire face aux éventuelles requête en indemnisation pour expropriation matérielle. En effet, si les zones à bâtir sont aujourd'hui surdimensionnées, c'est souvent en raison de situations héritées du passé¹⁶⁵. En n'ayant pas redimensionné correctement leurs zones à bâtir lors de l'adoption de leur premier plan suite à l'adoption de la LAT, nombreuses sont les communes qui ne disposent toujours pas d'un plan d'aménagement du territoire conforme aux exigences fédérales. Les révisions de leur plan n'ont souvent pas supprimé cet héritage du passé, car des intérêts de toute nature l'ont, bien souvent, emporté sur les intérêts de l'aménagement du territoire. Partant, les nouvelles révisions à venir, destinées à mettre en œuvre l'art. 15 al. 2 LAT, seront souvent à considérer comme des non-classesments, à subir en principe sans indemnisation.

En revanche, s'il est question d'un déclassement, parce que la zone à bâtir avait été correctement dimensionnée entre 1980 et 2014, seul un examen détaillé des circonstances concrètes du cas d'espèce permet d'affirmer que la mesure d'aménagement doit être subie sans indemnité.

Dans les autres cas, une indemnisation pour expropriation matérielle est due selon les critères définis sur la base de la jurisprudence actuelle, critères qui seront peut-être redéfinis plus strictement, compte tenu des charges financières importantes que l'indemnisation pourra faire peser sur les collectivités publiques, alors qu'elles n'auront pas encore pu bénéficier du nouvel impôt de l'art. 5 LAT.

Nous sommes d'avis qu'une indemnisation ne devrait, en principe, pas être octroyée aux propriétaires de terrains en zone à bâtir, qui n'ont entrepris aucune démarche pour construire, telle que la réalisation de l'équipement de détail à leurs frais, durant la durée de validité du plan. L'Etat retire alors une faculté qu'il avait précédemment octroyée, mais qui n'a pas été utilisée à ce jour. Dans ces cas, il faut en conclure que l'« usage futur prévisible » n'est pas un usage pour la construction et qu'aucune indemnité ne doit donc être versée.

¹⁶⁴ BÜHLMANN, p. 5. D'un avis contraire : cf. KISSLING, p. 9.

¹⁶⁵ Cf. en matière de protection contre les accidents majeurs, BRAHIER, ch. 1118.

Bibliographie

ARE : voir OFFICE FEDERAL DU DEVELOPPEMENT TERRITORIAL.

BERTSCHI MARTIN, Ausscheidung und Dimensionierung von Bauzonen, in : VLP-ASPAN (édit.), Territoire & Environnement 2002, p. 31 ss.

BLIND SONIA, Zone de réserve : indemnisation, oui mais ..., in : VLP-ASPAN (édit.), Inforum n° 2/11.

BOVAY ET AL., Droit fédéral et vaudois de la construction, Bâle 2010.

BOVEY GRÉGORY, L'expropriation : un état des lieux, in : Institut pour le droit suisse et international de la construction (édit.), Journées suisses du droit de la construction 2005, Fribourg 2005, p. 151 ss.

BRAHIER JEAN-MICHEL, Installations dangereuses et aménagement du territoire – Protection contre les accidents majeurs et maîtrise des constructions à proximité des installations dangereuses, Fribourg, 2010.

BRANDT ERIC / MOOR PIERRE, Art. 18, in : H. Aemisegger et al. (édit.), Commentaire de la loi fédérale sur l'aménagement du territoire, Zurich 1999 ss (cité : Commentaire LAT, art. ...).

BÜHLMANN LUKAS / JÄGER CHRISTOPH, Questions d'indemnisation en cas de reclassement, in : VLP-ASPAN (édit.), Territoire & Environnement, 6/2010.

BÜHLMANN LUKAS, Déclassements aux multiples facettes, in : VLP-ASPAN (édit.), Inforum n° 2/2013, p. 3 ss.

DEPARTEMENT DE JUSTICE ET POLICE (DFJP) / OFFICE FEDERAL DE L'AMENAGEMENT DU TERRITOIRE (OFAT), Etude relative à la loi fédérale sur l'aménagement du territoire, Berne 1981.

DEPARTEMENT DE L'ECONOMIE DU CANTON DU VAUD – SERVICE VAUDOIS DU DEVELOPPEMENT TERRITORIAL, Cadre juridique fédéral pour le réexamen du dimensionnement de la zone à bâtir, Lausanne 2011.

DEPARTEMENT FEDERAL DE L'ENVIRONNEMENT, DES TRANSPORTS, DE L'ENERGIE ET DE LA COMMUNICATION (DETEC), Fiche d'information – Révision de la loi sur l'aménagement du territoire – Zones à bâtir, disponible sur internet à l'adresse suivante : http://www.uvek.admin.ch/org/03833/03914/index.html?lang=fr&download=NHZLpZeg7t,lnp6I0NTU042l2Z6ln1ae2Izn4Z2qZpnO2YUq2Z6gpJCDelB2e2ym162epYbg2c_JkKbNoKS6A-- (consulté le 3 novembre 2014) (cité : Fiche).

DEPARTEMENT FEDERAL DE L'ENVIRONNEMENT, DES TRANSPORTS, DE L'ENERGIE ET DE LA COMMUNICATION (DETEC), Taux cantonal d'utilisation des zones d'habitation, des zones mixtes et des zones centrales : Calcul théorique de la Confédération pour la période 2012-2027, état au 1^{er} janvier 2012, disponible sur internet à l'adresse suivante : <http://www.are.admin.ch/themen/recht/04651/index.html?lang=fr> (consulté le 3 novembre 2014) (cité : Taux).

DUBEY JACQUES, Espace – temps – propriété : définition et restriction de la propriété privée du sol à l'heure du développement durable et de l'aménagement du territoire, Genève 2012 (cité : Espace).

DUBEY JACQUES, Retour sur le retour au déclassement, in : P. Mahon / M. S. Nguyen (édit.), L'activité et l'espace – Droit du sport et aménagement du territoire – Mélanges en l'honneur de Piermarco Zen-Ruffinen, Bâle 2011, p. 375 ss (cité : Retour).

FAHRLÄNDER PARTNER AG, Zones à bâtir en Suisse – De quelle surface de zones à bâtir la Suisse a-t-elle besoin ?, rapport rendu le 10 octobre 2008.

FLÜCKIGER ALEXANDRE / GRODECKI STÉPHANE, Art. 15 (2^{ième} éd.), in : H. Aemisegger et al. (édit.), Commentaire de la loi fédérale sur l'aménagement du territoire, Zurich 1999 ss (cité : Commentaire LAT, art. ...).

FLÜCKIGER ALEXANDRE, La création et le dimensionnement des zones à bâtir : enjeux et méthodes, in : Institut pour le droit suisse et international de la construction / Institut du fédéralisme, Actes du colloque du 5 septembre 2014, Fribourg 2014 (cité : Dimensionnement).

GRIFFEL ALAIN, Die Grundprinzipien des schweizerischen Umweltrechts, Zurich 2001.

JAGMETTI RICCARDO, Art. 22 quater, in : J.-F. Aubert, et al. (édit.), Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 29 mai 1874, Bâle / Zurich / Berne 1987 ss.

KISSLING SAMUEL, Tout déclassement ne doit pas forcément être indemnisé, in : VLP-ASPAN (édit.), Inforum n° 1/2014, p. 8 ss.

KNAPP BLAISE, La responsabilité de l'Etat en matière de construction, in : Institut pour le droit suisse et international de la construction (édit.), Journées suisses du droit de la construction 1997, Fribourg 1997, p. 48 ss.

LENDI MARTIN / ELSASSER HANS, Raumplanung in der Schweiz – Eine Einführung, Zurich 1985.

MAHAIM RAPHAËL, Dimensionnement des zones à bâtir : changement de paradigme sous les auspices de la durabilité, in: BR/DC 5/2014 p. 223 ss.

MAHON PASCAL, Art. 75, in : J.-F. Aubert / P. Mahon (édit.), Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zurich 2003.

OFFICE FÉDÉRAL DE L'ENVIRONNEMENT (OFEV), Schutzauftrag und Subventionierung bei Naturgefahren – Rechtsgutachten (Umwelt-Wissen 21/08), Berne 2008.

OFFICE FEDERAL DE LA STATISTIQUE (OFS), Evolution des données démographiques, document Excel disponible sur internet à l'adresse suivante : <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/fr/index/themen/01/02/blank/key/bevoelkerungsstand.html> (consulté le 3 novembre 2014) (cité : Evolution).

OFFICE FEDERAL DE LA STATISTIQUE (OFS), Scénarios de l'évolution de la population des cantons de 2010 à 2035 – Population résidante permanente des cantons selon 3 scénarios, document Excel disponible sur internet à l'adresse suivante : http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/fr/index/themen/01/03/blank/key_kant/01.html (consulté le 3 novembre 2014) (cité : Scénarios).

OFFICE FEDERAL DU DEVELOPPEMENT TERRITORIAL (ARE), Aménagement du territoire : tendances et défis – Chiffres et données de référence pour le Projet de territoire Suisse, Berne 2012 (cité : Projet de territoire).

OFFICE FEDERAL DU DEVELOPPEMENT TERRITORIAL (ARE), Rapport explicatif relatif à la révision partielle du 2 avril 2014 de l'ordonnance sur l'aménagement du territoire, avril 2014 (cité : Rapport).

OFFICE FEDERAL DU DEVELOPPEMENT TERRITORIAL (ARE), Statistique suisse des zones à bâtir 2012, Berne 2012 (cité : Statistique).

RIVA ENRICO, Art. 5, in : H. Aemisegger et al. (édit.), Commentaire de la loi fédérale sur l'aménagement du territoire, Zurich 1999 ss (cité : Commentaire LAT, art. 5).

RIVA ENRICO, Hauptfragen der materiellen Enteignung – eine Untersuchung zum Tatbestand des entschädigungspflichtigen Eigentumseingriffs im schweizerischen Recht, Berne 1990 (cité : Enteignung).

RUCH ALEXANDER, Introduction, in : H. Aemisegger et al. (édit), Commentaire de la loi fédérale sur l'aménagement du territoire, Zurich 1999 ss (cité : Commentaire LAT, art. ...).

SOBOTICH VIVIANE, Staatshaftung aus Kontrolltätigkeit im Baurecht, Zurich, 2000.

TSCHANNEN PIERRE, Art. 1 / Art. 2 / Art. 3, in : H. Aemisegger et al. (édit), Commentaire de la loi fédérale sur l'aménagement du territoire, Zurich 1999 ss (cité : Commentaire LAT, art. ...).

WALDMANN BERNHARD / HÄNNI, PETER, Raumplanungsgesetz – Bundesgesetz vom 22. Juni 1979 über die Raumplanung (RPG), Berne 2006 (cité : art. ...).

WEBER-DÜRLER BEATRICE, Die Staatshaftung im Bauwesen, in : ZBl 1997 p. 385 ss.

ZEN-RUFFINEN PIERMARCO / GUY-ECABERT CHRISTINE, Aménagement du territoire, construction, expropriation, Berne 2001.