



NUSPLIGER CONSULTING

## **La surveillance du Canton du Valais dans l'affaire Verbier**

Expertise juridique concernant la surveillance du Canton du Valais sur les communes dans le domaine des constructions au sens large

20 mars 2017

Prof. Dr. Kurt Nuspliger

A l'intention du  
Conseil d'Etat du canton du Valais  
Place de la Planta  
Case postale 478  
1951 Sion



## Contenu

<b>Résumé</b>	6
<b>I. Mandat et manière de procéder</b>	9
<b>II. Bases juridiques</b>	12
<b>1. Autonomie communale</b>	12
1.1 Les communes en tant que corporations cantonales de droit public	12
1.2 Protection de l'autonomie communale	12
1.3 L'autonomie communale dans le canton du Valais	14
<b>2. Surveillance des communes par le canton</b>	15
2.1 Généralités	15
2.1.1 Situation juridique dans les cantons	15
2.1.2 Canton du Valais	16
2.1.3 Surveillance financière dans le canton du Valais	17
2.2 Principes directeurs	17
2.2. Surveillance hiérarchique	17
2.2.2 Surveillance sur les organisations ou les collectivités	17
2.2.3 Objets de la surveillance	18
2.2.4 Surveillance préventive et répressive	18
2.2.5 Moyens de surveillance	18
2.3 Approbation d'actes normatifs communaux	19
2.3.1 Principes	19
2.3.2 Pratique dans le canton du Valais	19
2.3.3 Examen préalable	20
2.3.4 Devoir d'approbation de certains actes normatifs	20
2.3.5 Effet de l'approbation	21
2.4 Intensité de la surveillance	21
2.4.1 Légalité	21
2.4.2 Proportionnalité	22
2.4.3 Subsidiarité	23
2.5 Surveillance selon le droit fédéral	23
2.6 Nouveau droit dans le canton de Lucerne	24
2.7 Haute surveillance et surveillance	25
2.7.1 Haute surveillance du parlement	25
2.7.2 Haute surveillance du parlement dans le canton du Valais	25
2.7.3 Haute surveillance du Conseil d'Etat	26
2.8 Services de médiation (Ombudsstellen)	26
2.8.1 Bases légales	26
2.8.2 Rôle des services de médiation	26
<b>3. La législation fédérale</b>	27
3.1 Compétences dans le canton du Valais	27
3.2 Coordination	27

3.3	Haute surveillance sur la police des constructions	28
3.3.1	Règlementation dans le canton du Valais	28
3.3.2	Droit comparé	30
3.4	Révision totale de la loi sur les constructions	31
<b>4.</b>	<b>Acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger</b>	<b>32</b>
<b>5.</b>	<b>Législation concernant les résidences secondaires</b>	<b>33</b>
5.1	Rappel historique	33
5.1.1	Mesures contre l'emprise étrangère sur le sol	33
5.1.2	Acceptation de l'initiative sur les résidences secondaires	34
5.2	Principes et droit en vigueur au niveau fédéral	34
5.2.1	Principes fondamentaux de la loi sur les résidences secondaires (LRS)	34
5.2.2	Compétences cantonales	35
5.3	Bases juridiques et pratique dans le canton du Valais	36
5.3.1	Décret d'exécution de la loi fédérale sur les résidences secondaires	36
5.3.2	Centre de compétences résidences secondaires	36
5.4	Zones conflictuelles	36
<b>III.</b>	<b>Activités du canton dans le cas de Verbier</b>	<b>37</b>
<b>1.</b>	<b>Contexte</b>	<b>37</b>
1.1	Généralités	37
1.2	Droit des constructions	37
1.3	Le règlement des constructions (RCCZ) de la commune de Bagnes	37
<b>2.</b>	<b>Approbation du règlement des constructions par le Conseil d'Etat</b>	<b>38</b>
<b>3.</b>	<b>Pratique du Tribunal fédéral par rapport au règlement des constructions de la commune de Bagnes</b>	<b>40</b>
<b>4.</b>	<b>Expertise Veuthey/Bender</b>	<b>41</b>
<b>5.</b>	<b>Expertise Rouiller</b>	<b>42</b>
<b>6.</b>	<b>Actions de surveillance du canton</b>	<b>45</b>
6.1	Période suivant la mise en vigueur de la loi sur les constructions de 1996	45
6.2	Période suivant l'arrêt du Tribunal fédéral du 2 avril 2012	45
6.3	Le soutien à la commune de Bagnes	49
<b>7.</b>	<b>LFAIE (Lex Koller)</b>	<b>49</b>
<b>8.</b>	<b>Loi sur les résidences secondaires (Lex Weber)</b>	<b>50</b>

<b>IV.</b>	<b>Evaluation de la surveillance du canton</b>	53
<b>1.</b>	<b>Responsabilité primaire des communes</b>	53
<b>2.</b>	<b>Autonomie communale</b>	53
<b>3.</b>	<b>Surveillance</b>	54
3.1	Principes	54
3.2	Approbation de règlements	55
3.3	Autres mesures de surveillance dans le cas de Verbier	55
<b>4.</b>	<b>Haute surveillance</b>	56
<b>5.</b>	<b>LFAIE et loi sur les résidences secondaires</b>	57
<b>6.</b>	<b>Exigences croissantes envers la surveillance cantonale</b>	57
6.1	Mesures de surveillance dans d'autres communes	57
6.2	Les rôles des unités administratives impliquées	57
<b>7.</b>	<b>Evaluation générale</b>	58
7.1	Responsabilité primaire des communes	58
7.2	Responsabilité du canton	58
7.2.1	Décision d'approbation et décisions de justice administrative	58
7.2.2	Mesures de surveillance du canton en 2012	58
7.2.3	Mesures de surveillance du canton en 2016	59
<b>8.</b>	<b>Résumé</b>	59
<b>V.</b>	<b>Propositions de réformes</b>	60
<b>1.</b>	<b>Principes de base</b>	60
<b>2.</b>	<b>Trois possibilités d'action</b>	60
<b>3.</b>	<b>Optimisation de la surveillance du canton</b>	62
3.1	Généralités	62
3.2	Nouvelles bases légales	64
3.2.1	Principes	64
3.2.2	Enquête officielle	64
3.2.3	Service de médiation (Ombudsstelle)	65
3.3	Réformes dans le domaine de compétences du Conseil d'Etat	66
3.3.1	Généralités	66
3.3.2	Compétences du SAIC	66
3.3.3	Autres acteurs importants	67
<b>4.</b>	<b>Optimisations individuelles</b>	67
4.1	Concept de surveillance des communes	67
4.2	Règlements communaux: directives pour la procédure de consultation	68

4.3	Surveillance en matière de résidences secondaires	70
4.4	Monitoring	70
4.5	Information systématique aux communes	70
<b>5.</b>	<b>Ressources supplémentaires</b>	<b>70</b>
6.	Renforcement du rôle des communes	71
6.1	Obligations des communes	71
6.2	Législation sur les constructions	71
6.3	Coopération technique des communes	71
<b>7.</b>	<b>Crédibilité de l'action gouvernementale</b>	<b>72</b>
 <b>Annexe I : Matériel, rapports et ouvrages de références</b>		 <b>74</b>
<b>Annexe II : Actes normatifs</b>		<b>77</b>

## Résumé

C'est la surveillance du canton sur les communes qui fait l'objet de la présente analyse. La surveillance et la haute surveillance exercées par le canton sur les communes doivent être analysées en partant de l'exemple de la commune de Bagnes. L'expertise arrive à la conclusion suivante:

- Par autonomie communale, on entend le droit des communes à régler et à structurer une partie substantielle des tâches publiques sous leur propre responsabilité. L'autonomie communale revêt une grande importance dans le canton du Valais. Elle est inscrite dans la Constitution et dans la loi sur les communes (art. 69 Cst/VS et art. 2 LCo). On parle d'autonomie là où le droit cantonal laisse à une commune une liberté de décision relativement grande. Cela est le cas dans la loi sur les constructions du canton du Valais. L'étendue de l'autonomie découle du droit législatif ou constitutionnel cantonal applicable au domaine correspondant. Les communes doivent respecter le droit supérieur. Elles sont responsables de leurs actions.
- Les communes se trouvent sous la surveillance du canton. La surveillance s'occupe de l'organisation, de l'activité législative et de l'application du droit des communes. C'est en principe la légalité de l'activité communale qui est contrôlée. Il s'agit de surveillance sur des collectivités. Il convient de faire la différence entre surveillance préventive et répressive. Font partie de la surveillance préventive l'approbation de règlements communaux ainsi que l'offre d'information et de conseils de la part du canton envers les communes. La surveillance répressive, quant à elle, sanctionne les violations du droit qui ont effectivement été commises.
- Des questions particulières se posent lors de l'approbation de règlements communaux par le canton. Dans le canton du Valais, les règlements communaux ne font en principe l'objet que d'un examen de leur conformité par rapport au droit supérieur. Cela vaut également pour les règlements de constructions. Il s'agit d'une procédure de contrôle abstrait de normes. Le droit supérieur délimite le cadre de l'autonomie communale. L'approbation signifie juste qu'au moment de l'examen, aucune violation du droit n'a été constatée. Elle ne rétablit pas d'éventuels manquements juridiques. Les règlements communaux peuvent également faire l'objet d'un examen de leur légalité dans le cadre de procédures de recours ultérieures. L'acte normatif approuvé reste un acte normatif de droit communal.
- La surveillance du canton doit être effectuée avec une certaine retenue. Il convient d'observer les principes de l'autocontrôle et de l'autocorrection. Ce sont les communes elles-mêmes qui doivent avant tout veiller à ce que tout soit en ordre (principe d'auto-nettoyage). Pour la surveillance, ce sont les principes de la légalité, de la proportionnalité et de la subsidiarité qui doivent être appliqués.
- Le Conseil d'Etat exerce la haute surveillance sur la police des constructions. Il l'exerce par l'intermédiaire du département compétent (art. 49 al. 2 LC). Par «haute surveillance», on entend la surveillance exercée sur d'autres autorités de surveillance. Dans les domaines dans lesquels les communes accordent des

autorisations de construire, elles sont également responsables de la police des constructions. Le Conseil d'Etat n'intervient que si les autorités en charge de la police des constructions ont négligé leurs devoirs et que des intérêts publics s'en trouvent menacés.

- Le règlement des zones et des constructions (RCZC) de la commune de Bagnes contient une disposition très large en matière d'indice d'utilisation du sol qui, depuis l'échéance du délai de transition de cinq ans fixé par la loi sur les constructions, se trouve en contradiction avec le droit cantonal. La commune de Bagnes le savait. Elle a consciemment développé une pratique illégale.
- Le canton a approuvé la disposition du règlement communal, qui était encore autorisée pendant une phase de transition. Il a encore confirmé cette disposition réglementaire après l'échéance de la phase de transition prévue par la loi sur les constructions et l'a protégée dans le cadre d'une procédure de recours, même si une autre manière de procéder aurait été indiquée. Après l'arrêt du Tribunal fédéral du 2 avril 2012, le chef de service responsable a dûment informé la commune de Bagnes ainsi que toutes les autres communes dans un courrier formel et les a rendues attentives à la situation juridique (courrier du 10 juillet 2012). Des premiers contacts avec la commune de Bagnes avaient déjà été pris auparavant. La commune de Bagnes n'en a pas moins continué à s'en tenir à sa pratique illégale et – ainsi que le montre l'expertise Veuthey/Bender – consciemment violé le droit cantonal ainsi que son propre droit communal. Par un effet réflexe, il peut également en résulter une violation de la loi fédérale sur l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger (LFAIE) et de la loi fédérale sur les résidences secondaires. L'expertise Veuthey/Bender attribue avec raison la responsabilité primaire de ces incidents à la commune de Bagnes. L'expert Rouiller mandaté par la commune de Bagnes critique également la pratique illégale de la commune de Bagnes, mais considère le canton comme étant le principal responsable. Cette manière de voir n'est pas convaincante. L'expert Rouiller n'a pas interrogé les services cantonaux et n'a pas non plus effectué d'examen juridique approfondi à propos de la surveillance exercée par le canton sur les communes.
- La responsabilité principale pour les erreurs commises incombe à la commune de Bagnes.
- Le canton porte également une part de responsabilité. Dans une première phase, le Conseil d'Etat a approuvé un règlement incorrect de la commune de Bagnes et a également omis de tirer les bonnes conséquences de décisions prises par la justice. Mais il s'agit là d'une mauvaise évaluation et non d'un non-respect conscient du devoir de surveillance à l'égard de la commune de Bagnes.
- Dans une deuxième phase – à partir de l'année 2012 – l'administration cantonale a intensifié son activité de surveillance. La mise en œuvre de la directive correcte du 10 juillet 2012 n'a cependant pas été contrôlée. Une intervention formelle n'a pas été portée au dossier. Si l'on considère les choses du point de vue actuel, il aurait été opportun que la mise en œuvre de la directive du 10 juillet 2012 soit contrôlée et que le Conseil d'Etat devienne actif déjà après la conférence pour les médias d'août 2015, donc avant 2016. En avril 2016, le Conseil d'Etat a pris des mesures claires et adéquates envers la commune de Bagnes.

- Lorsque des erreurs sont commises, des voix réclamant des réformes se font à chaque fois entendre. Dans un tel contexte, il convient de ne pas perdre des yeux une perspective à long terme. Il faut éviter les réactions excessives. Il est possible de soumettre des propositions visant à optimiser le système.
- Pour le canton, il est proposé ce qui suit: création d'une base légale pour effectuer des enquêtes officielles auprès des communes ainsi que des réformes dans le domaine de compétences du Conseil d'Etat. Les mesures envisagées sont notamment les suivantes: concept de surveillance vis-à-vis des communes, procédures standardisées et transparentes, examen des pratiques ayant cours lors de l'approbation des règlements, clarification de la surveillance en matière de résidences secondaires, meilleure information aux communes, monitoring des communes qui doivent faire l'objet d'un accompagnement. Il est également proposé d'examiner la création d'un service de médiation. Ces mesures nécessitent des ressources supplémentaires.
- Les communes doivent également être renforcées. Elles doivent s'organiser de façon à reconnaître les erreurs et à pouvoir les corriger. Du personnel qualifié doit être engagé dans le domaine des constructions. La coopération technique volontaire des communes doit être encouragée.

## I. Mandat et manière de procéder

### A. Mandat

Les points déterminants du cahier des charges que le Conseil d'Etat du canton du Valais a approuvé le 7. 6. 2016 ont la teneur suivante:

#### **«1. Situation de base**

*Le 27 avril 2016, le Conseil d'Etat a chargé le Prof. Dr. Kurt Nuspliger en tant qu'expert externe d'analyser le fonctionnement de la surveillance et de la haute surveillance exercées par le canton sur les communes dans le domaine des constructions au sens large (par ex. loi sur les constructions, loi sur les résidences secondaires, loi sur l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger (LFAIE) etc.) en partant de l'exemple de la commune de Bagnes et si nécessaire de soumettre des propositions d'amélioration aussi bien au niveau légal et réglementaire que dans la manière d'exercer la surveillance, respectivement la haute surveillance.*

#### **2. Etendue de l'expertise**

*L'expert est chargé d'examiner la fonction de surveillance et de haute surveillance que le canton exerce sur les communes en partant de l'exemple de la commune de Bagnes et ceci dans les domaines juridiques suivants:*

- a. loi sur les communes (RS/VS 175.1), ordonnance sur la gestion financière des communes (RS/VS 611.102)*
- b. loi et ordonnance sur les constructions (RS/VS 705.1; 705.100)*
- c. la loi cantonale réglant l'application de la loi fédérale sur l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger (RS-VS 211.4)*
- d. décret d'exécution de la loi fédérale sur les résidences secondaires, resp. loi et ordonnance sur les résidences secondaires (RS-VS 702.101).*

#### **3. Rapport d'expertise**

*Le rapport d'expertise doit, en partant du cas concret de la commune de Bagnes, mettre en évidence les aspects fondamentaux de la surveillance et de la haute surveillance que le canton exerce sur les communes. L'expertise doit également contenir une perspective d'avenir ainsi que d'éventuelles améliorations.*

*Le rapport d'expertise doit en particulier contenir les éléments suivants:*

- a. Explications fondamentales sur la surveillance et la haute surveillance exercées par le canton sur les communes du point de vue du droit public. (Que comprennent la surveillance, respectivement la haute surveillance? De quels instruments le canton dispose-t-il pour exercer la surveillance, respectivement la haute surveillance? Quelles obligations le canton a-t-il en tant qu'autorité de surveillance, respectivement de haute surveillance?)*
- b. Analyse des bases juridiques de droit constitutionnel régissant la surveillance et la haute surveillance exercées par le canton sur les communes dans le canton du Valais.*
- c. Analyse des bases légales concernant la surveillance et la haute surveillance exercées par le canton du Valais sur les communes selon chiffre 2 du cahier des charges.*

*d. Présentation et analyse des instruments de surveillance, respectivement de haute surveillance et de leur utilisation par les autorités compétentes en la matière ainsi que de la gestion dans les domaines juridiques indiqués sous le chiffre 2 du cahier des charges.*

*e. Recommandations de l'expert dans ces domaines.*

#### **4. Groupe de travail**

*Les membres du groupe de travail analysent les événements et les besoins d'intervention dans leur domaine d'activité. Avec l'expert, ils mettent chacun à disposition un rapport concernant ce domaine jusqu'au 31 août 2016. Ces rapports contiennent pour la période allant du 1.1.2012 au 31.8.2016 les directives existantes et applicables des autorités de surveillance, respectivement de haute surveillance compétentes, une présentation de leurs activités de contrôle ainsi que toutes les bases légales (y compris directives internes) pour leur domaine d'activité. Au besoin, des événements antérieurs peuvent aussi être intégrés. L'expert effectuera ses propres recherches sur la base de ces rapports et discutera avec chaque membre du groupe de travail de son rapport. Les membres du groupe de travail seront consultés dans le cadre de l'élaboration de propositions d'amélioration.*

*Le groupe de travail analysera pour le 31.12.2016 les retours d'information de l'ensemble des communes concernant la conformité de leurs règlements avec le droit supérieur et les soumettra à l'expert pour son rapport.*

#### **5. Délai**

*L'expert rédigera un rapport intermédiaire à l'intention du Conseil d'Etat pour le 30.11.2016. Le rapport final de l'expertise est attendu pour le 31.3.2017.*

#### **6. Soutien logistique**

*La Chancellerie d'Etat du canton du Valais garantira à l'expert un soutien logistique lui permettant de travailler sur place et d'assurer les traductions.» (Traduction)*

#### **B. Manière de procéder**

La présente expertise se base sur l'analyse des bases légales de la Confédération et du canton du Valais, les ouvrages de référence en la matière et la jurisprudence, les expertises Veuthey/Bender et Rouiller rédigées dans cette affaire ainsi que des documents du canton du Valais. Les bases juridiques d'autres cantons ont été prises en compte dans la mesure où cela était indiqué.

Le 28 avril 2016, l'attribution du mandat a été discutée à Sion avec Monsieur le Conseiller d'Etat Jacques Melly, alors président du Conseil d'Etat, Monsieur le Chancelier d'Etat Dr. Philipp Spoerri ainsi qu'avec les membres du groupe de travail en charge du dossier.

Le 21 et 22 septembre 2016, des discussions avec Messieurs Adrian Zumstein, chef du service administratif et juridique du DTEE, Maurice Chevrier, chef du service des affaires intérieures et communales du DFI, Martin Zurwerra, chef du service administratif et juridique du DEET et Edmund Gruber, inspecteur adjoint au registre foncier, DEET ont eu lieu. Ces interlocuteurs ont également mis à disposition de l'expert des rapports et d'autres documents de l'administration cantonale. Les conditions-cadres ont été discutées avec le Chancelier d'Etat Philipp Spoerri et avec Monsieur Stéphane Theytaz. Le mandat ne prévoit pas d'effectuer des recherches au niveau communal.

Le 30 novembre 2016, un rapport intermédiaire a été rédigé à l'intention du Conseil d'Etat. La question générale de la conformité des règlements communaux avec le droit supérieur n'est pas discutée dans cette expertise, mais le sera plus tard, dans le contexte des révisions de lois. Le 9 février 2017, les services compétents ont été consultés par rapport à d'éventuelles propositions de réforme.

## II. Bases juridiques

### 1. Autonomie communale

#### 1.1. Les communes en tant que corporations cantonales de droit public

Du point de vue du droit constitutionnel, les communes constituent, après la Confédération et les cantons, le troisième niveau au sein de l'état fédératif. La constitution fédérale part du principe que les communes existent, sans toutefois en imposer l'existence. Les communes ne sont pas, au contraire des cantons, des éléments constitutifs de la Confédération. Il s'agit bien plutôt de corporations de droit public. Les cantons disposent d'une autonomie organisationnelle. Ils décident de l'existence et des conditions-cadres juridiques qui s'appliquent aux communes. La constitution fédérale mentionne les communes en lien avec le droit de cité et le régime financier. Il existe également des lois fédérales qui s'adressent directement aux communes.

Les communes sont instituées comme des corporations de droit public par un acte étatique souverain; elles sont autonomes sur le plan juridique, composées sur le principe de la participation et disposent d'autonomie. Elles accomplissent des tâches propres ainsi que des tâches qui leur sont assignées<sup>1</sup>.

L'art. 50 Cst. régit la relation entre la Confédération et les communes comme suit:

- Dans la mesure où les cantons accordent aux communes le droit à l'autonomie administrative, cette autonomie est sous la protection de la Confédération.
- La Confédération tient compte des conséquences éventuelles de son action pour les communes.
- La Confédération est tenue de prendre en considération la situation particulière des villes, des agglomérations et des régions de montagne.

Cette prise en considération remplace l'exigence rejetée par le constituant de lier la Confédération à l'autonomie communale. Concernant cette exigence de prise en considération, il s'agit à l'origine d'une obligation fédéraliste entre la Confédération et les cantons, qui est maintenant étendue aux communes<sup>2</sup>.

#### 1.2 Protection de l'autonomie communale

Avec l'autonomie communale, on aborde la compétence des communes à gérer leurs affaires de manière autonome. L'autonomie communale est un élément du droit cantonal. La Constitution contient tout de même une reconnaissance de fond – certes réservée – de l'autonomie communale<sup>3</sup>. On peut dire que l'autonomie communale a «son noyau dur» inscrit dans le droit fédéral<sup>4</sup>.

La protection de l'autonomie communale fait aussi l'objet de la Charte européenne de l'autonomie locale, que la Suisse a ratifiée en 2005<sup>5</sup>. Cette charte oblige les états membres à observer le droit des communes à s'administrer de manière autonome. Les engagements découlant de cette charte acceptée par la Suisse ont été compris comme

<sup>1</sup> Tschannen/Zimmerli/Müller, § 8 N 1

<sup>2</sup> Kägi-Diener, commentaire saint-gallois de l'art. 50 Cst., N 18.

<sup>3</sup> Kägi-Diener, commentaire saint-gallois de l'art. 50 Cst., N 9. Tschentscher/Lienhard, N 31.

<sup>4</sup> Kägi-Diener, commentaire saint-gallois sur l'art. 50 Cst, N 9; Aubert/Mahon, commentaire sur l'art. 50 Cst, N 6; Meyer, 285 ff.

<sup>5</sup> RS 0.102.

expression des standards existant déjà au sein de l'Etat<sup>6</sup>. Cette charte exige que le principe de l'administration autonome des communes soit en principe ancré dans la constitution. L'art. 50, al.1 Cst. satisfait à cette exigence<sup>7</sup>.

Le Tribunal fédéral décrit l'autonomie communale de la façon suivante: «Selon la jurisprudence, les communes sont autonomes dans un domaine lorsque le droit cantonal ne le réglemente pas de manière exhaustive, mais en laisse le soin, partiellement ou entièrement, à la commune, et lui accorde ainsi une liberté de décision relativement grande. Le domaine de l'autonomie qui est protégé peut concerner la compétence d'édicter ou d'exécuter des dispositions communales propres ou alors une marge de manœuvre correspondante lors de l'application du droit cantonal ou fédéral. La protection de l'autonomie communale n'implique pas que celle-ci s'applique à un domaine d'activité entier, mais seulement au domaine litigieux. L'étendue de l'autonomie communale découle du droit législatif ou constitutionnel cantonal applicable au domaine correspondant<sup>8</sup>. L'autonomie communale est donc effective là où le droit cantonal laisse une situation partiellement ou entièrement au soin des communes et leur laisse une liberté de décision relativement grande<sup>9</sup>. Dans ses dernières décisions, «le Tribunal fédéral inscrit l'autonomie des communes dans la Cst., invoque ensuite les garanties cantonales en plus et précise que l'étendue de l'autonomie découle du droit cantonal<sup>10</sup>». Par autonomie communale, on entend «le droit et la capacité effective des communes à régler et à structurer une partie substantielle des affaires publiques sous leur propre responsabilité<sup>11</sup>». (Traduction)

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, l'autonomie communale peut, également dans le domaine du contrôle cantonal de la libre appréciation, exister partout «où le droit cantonal réglemente un objet de manière plus ou moins détaillée, mais laisse aux communes une liberté de décision relativement grande. Ainsi, le Tribunal fédéral a étendu le domaine et la protection de l'autonomie communale de manière décisive, en particulier eu égard au fait qu'elle vient aussi s'imbriquer de manière toujours plus fréquente dans les engrenages des normes du Tribunal fédéral, du droit cantonal et du droit communal<sup>12</sup>». (Traduction)

De nombreuses constitutions de cantons garantissent explicitement l'autonomie communale. Cependant, l'étendue de cette autonomie découle moins de cette garantie générale que des réglementations concrètes inscrites dans les différentes lois. Des domaines typiques dans lesquels les communes sont autonomes sont l'aménagement du territoire (réglementation des constructions et des zones), d'importants domaines de l'organisation communale ainsi que la conservation de la culture locale<sup>13</sup>.

En comparaison au niveau de l'ensemble de la Suisse, il faut toutefois indiquer que «les communes ont perdu de leur autonomie dans les domaines de la construction, de

<sup>6</sup> Biaggini, Rechtsgutachten, 48; concernant l'étendue de la Charte, cf. Conseil fédéral, Message relatif à la Charte européenne de l'autonomie locale du 19 décembre 2003, FF 2004, 79ss., en part. 83ss.

<sup>7</sup> Meyer, 234ss.

<sup>8</sup> ATF 136 I 265 E. 2.1. P. 269, Politische Gemeinde Lindau; cf. aussi Nuspliger\_/Mäder, 94 ss.

<sup>9</sup> Biaggini, Rechtsgutachten, 42; ATF 141 I 36 E. 5.3, p. 42; Dubey/Zufferey, N 62ss.

<sup>10</sup> BSK, Kilian Meyer, art. 50 N 12; ATF 140 I 285 E. 4. Dubey/Zufferey, N 62.

<sup>11</sup> BSK, Kilian Meyer, art. 50 N 13.

<sup>12</sup> Auer, Staatsrecht, N 415; Auer/Malinverni/Hottelier, N 273.

<sup>13</sup> Jaag/Rüssli, 147, N 38.

l'aménagement du territoire et de la protection de l'environnement au cours des dernières années<sup>14</sup>». (Traduction)

### 1.3 L'autonomie communale dans le canton du Valais

Selon l'article 69 de la Constitution du canton du Valais, les communes sont autonomes dans le cadre de la Constitution et des lois. Elles sont compétentes pour accomplir les tâches locales et celles qu'elles peuvent assumer seules ou en s'associant avec d'autres communes. Selon l'article 2, al. 1, de la loi sur les communes du canton du Valais, les collectivités de droit public sont autonomes pour toutes les tâches qu'elles assument de leur propre initiative dans l'intérêt public<sup>15</sup>. Elles sont en outre autonomes dans les limites des tâches déléguées. Le rapport de Maurice Chevrier souligne également la grande importance de l'autonomie communale dans le canton du Valais<sup>16</sup>.

Le Tribunal fédéral s'est de nouveau penché sur la portée de l'autonomie communale dans le canton du Valais. En Valais, les communes sont sans aucun doute autonomes<sup>17</sup>, en particulier pour les procédures d'adjudication<sup>18</sup>, les plans d'affectation<sup>19</sup> et la perception de contributions pour l'alimentation en eau et le raccordement des canalisations<sup>20</sup>.

Dans sa décision relative à Loèche-les-Bains<sup>21</sup>, le Tribunal fédéral a souligné les points suivants:

*«Ce sont donc les cantons qui réglementent dans leur législation les communes, leur organisation et leurs compétences. Cependant, dans la mesure où les communes sont autonomes, les autorités cantonales ou le canton ne peuvent en principe pas être tenus responsables sans autres pour l'administration des communes et leurs actions illégales. Une telle responsabilité n'entre en ligne de compte que lorsque les organes cantonaux ont eux-mêmes enfreint les devoirs de fonction qui sont ancrés dans la loi et qui leur incombent. L'autonomie communale suppose quand même une certaine surveillance des cantons sur les communes. C'est le droit cantonal qui prévoit l'étendue de cette surveillance, et détermine aussi si le canton doit intervenir d'office dans tous les cas ou seulement si l'infraction atteint une certaine gravité de manière manifeste, ou alors seulement s'il est appelé dans une procédure prévue à cet effet<sup>22</sup>.»* (Traduction)

Le Tribunal fédéral constate ce qui suit, en référence à la loi du 13 novembre 1980 sur le régime communal:

*«La réglementation légale et les possibilités correspondantes de surveillance des communes dans le canton du Valais sont formulées de manière plutôt succincte. Il n'est possible d'intervenir que si une tâche ou une action exigée obligatoirement par la loi a été négligée ou si une commune persiste à ne pas remplir ses devoirs ou met sérieusement en danger son équilibre financier ou sa fortune. Comme le prévenu le prouve, en déposant les procès-verbaux correspondants du conseil, une importance considérable a été mise sur l'autorité communale lorsque la réglementation a été édictée, ce que le témoin Franz König a également confirmé avec force. En conséquence, les communes valaisannes*

<sup>14</sup> Vatter, 437.

<sup>15</sup> Le titre de l'art. 2 de la loi sur les communes contient le concept d'«autonomie».

<sup>16</sup> Rapport Chevrier, 2 s.

<sup>17</sup> Auer, Staatsrecht, N 433; ATF 131 I 91, 93.

<sup>18</sup> ATF 129 I 313, 320.

<sup>19</sup> ATF 135 I 233.

<sup>20</sup> ATF 136 I 316.

<sup>21</sup> Décision du Tribunal fédéral du 3.7.2003, ATF 2C.4/2000.

<sup>22</sup> Décision du Tribunal fédéral du 3.7.2003, ATF 2C.4/2000, E.. 6.1.1.

*doivent disposer d'une large marge de manœuvre, ce qui a comme conséquence que le canton reste aussi mesuré que possible dans ses interventions. Les communes bénéficient d'une importante autonomie notamment sur le plan financier<sup>23</sup>». (Traduction)*

Depuis le cas de Loèche-les-Bains, la surveillance financière du canton sur les communes a été renforcée. Cependant, cela ne change rien au fait que l'autonomie communale revêt une importance capitale dans le canton du Valais.

## 2. Surveillance des communes par le canton

### 2.1 Généralités

#### 2.1.1 Situation juridique dans les cantons

En tant que collectivités de droit public, les communes sont soumises à la surveillance de l'Etat dans tous les cantons. Les cantons doivent pour cela veiller à ce que les communes se conforment aux dispositions des droits cantonal, fédéral et international dans l'exécution de leurs tâches, et qu'elles honorent leurs obligations de droit public<sup>24</sup>. Le canton doit également vérifier que l'activité communale est conforme au droit communal<sup>25</sup>. Dans une thèse datant de quelques décennies déjà, Paul Schorr a exposé de manière pertinente les principes de base de la surveillance des cantons par l'Etat<sup>26</sup>: la surveillance de l'Etat «n'est pas un instrument purement politique». Au contraire, le canton doit plutôt surveiller que la commune agisse «sans enfreindre le droit public et, ce qui semble le plus important, sans outrepasser sa compétence<sup>27</sup>». Paul Schorr soulignait encore: «En conséquence, l'existence et les interventions de la surveillance de l'Etat sont toujours définies selon la législation en question. L'étendue de cette surveillance doit être fixée précisément pour des raisons de sécurité du droit et de protection de la commune. La conception de notre Etat de droit moderne veut que l'Etat ne puisse exiger des communes qui lui sont subordonnées qu'elles ne remplissent leurs obligations que dans la mesure où le lui permet le droit légal, c'est-à-dire selon les conditions prévues par la loi<sup>28</sup>» (Traduction). Les cantons exercent leur surveillance en prenant en compte l'autonomie communale et avec une certaine retenue. Dans le sens d'un autocontrôle et d'une autocorrection, les communes elles-mêmes doivent avant tout veiller à la conformité avec le droit<sup>29</sup>. La surveillance se limite en général à la vérification de la légalité des actes normatifs, des décisions et des dispositions des communes. Lorsque la loi l'exige, on peut aussi contrôler que les décisions communales sont appropriées<sup>30</sup>. Les actes normatifs communaux sont généralement soumis à l'approbation d'une autorité cantonale<sup>31</sup>. Les décisions des autorités et des organes communaux peuvent en règle générale être contestées auprès d'un organe cantonal<sup>32</sup>.

Les cantons sont obligés de surveiller les communes dans l'exercice de l'autonomie qui leur a été conférée par le législateur et d'intervenir au besoin, lorsqu'une commune n'est

<sup>23</sup> Décision du Tribunal fédéral du 3.7.2003, ATF 2C.4/2000, E. 6.3.1.3.

<sup>24</sup> Auer, Staatsrecht, N 448.

<sup>25</sup> Häfelin/Müller/Uhlmann, N 1947.

<sup>26</sup> Paul Schorr, Die Aufsicht des Staates über die Gemeinden, Diss. BS 1945.

<sup>27</sup> Schorr, 37.

<sup>28</sup> Schorr, 40.

<sup>29</sup> Friederich, dans: Müller/Feller, 238, N 237.

<sup>30</sup> Auer, Staatsrecht, N 450. Dubey/Zufferey, N 72.

<sup>31</sup> Cf. chapitre II, chiffre 2.3.

<sup>32</sup> Seiler, dans: Verfassungsrecht der Schweiz, § 31, N 12.

pas en mesure d'assumer en bonne et due forme les tâches qui lui ont été confiées en tant que partie de l'administration de l'Etat ou qu'elle a choisi elle-même d'assumer. La surveillance poursuit un double objectif: d'une part, elle permet au canton d'encadrer ses structures, dont les communes font aussi partie, et de les surveiller. D'autre part, elle sert à s'assurer de la viabilité des communes. Celles-ci doivent être soutenues dans l'organisation de leur liberté d'action. La surveillance est le pendant indispensable de l'autonomie. La surveillance cantonale doit respecter l'autonomie des communes, mais elle définit en même temps la limite de cette autonomie<sup>33</sup>.

Dans la plupart des cantons, l'organe de surveillance des communes le plus important est le Conseil d'Etat<sup>34</sup>. Souvent, certaines compétences de surveillance sont déléguées aux différents départements. Dans de nombreux cantons, la surveillance des communes est assurée par des organes de l'administration cantonale décentralisée. Cette tâche revient aux préfets dans le canton de Berne<sup>35</sup>, aux conseils de districts dans le canton de Zurich<sup>36</sup>, aux Préfets dans le canton de Vaud<sup>37</sup>. Cependant, il ne s'agit pas d'une «compétence exclusive». C'est la législation cantonale qui est déterminante.

Dans le canton de Berne, la loi régit la répartition des compétences de surveillance entre le conseil exécutif, les préfets et les directions compétentes<sup>38</sup>.

### 2.1.2 Canton du Valais

Dans le canton du Valais, les communes sont soumises à la surveillance du Conseil d'Etat<sup>39</sup>.

Selon l'art. 145 de la loi sur les communes, la surveillance est exercée par le Conseil d'Etat lui-même ou par des instances désignées par lui ou par la loi. Il n'y a donc pas un unique département ou un unique service cantonal responsable de la surveillance des communes<sup>40</sup>. Cette information ressort de la réglementation spéciale. En général, les départements responsables d'un domaine politique sont également compétents pour la surveillance des communes dans ce domaine. La loi sur les communes contient toutefois des règles générales sur l'exercice de la surveillance des communes<sup>41</sup>.

Les préfets doivent aussi prendre en charge la surveillance de l'administration des communes<sup>42</sup>. Cependant, dans la pratique, la surveillance semble incomber aux instances centrales.

### 2.1.3 Surveillance financière dans le canton du Valais

La loi sur les communes établit des règles claires pour la gestion des finances communales. Celles-ci doivent être gérées conformément aux principes de la légalité, de l'utilisation économique et judicieuse des fonds, de l'équilibre budgétaire et du principe

<sup>33</sup> Wichter mann, commentaire de l'art. 85 LC/BE, N 3.

<sup>34</sup> Buser, 233 N 616; Häfelin/Müller/Uhlmann, N 1431.

<sup>35</sup> Wichter mann, commentaire de l'art. 87 LC/BE, N 1.

<sup>36</sup> Jaag/Rüssli, 124 N 1605.

<sup>37</sup> Art. 141 de la Loi sur les communes du 28.2.1956, RSV 175.11.

<sup>38</sup> Wichter mann, commentaire de l'art. 87 LC/BE, N 1.

<sup>39</sup> Art. 55, ch. 2, et art. 75, al. 1, Cst. cant.; art. 144 s. LCo; Rapport Chevrier, 3.

<sup>40</sup> Rapport Chevrier, 3.

<sup>41</sup> Art. 145ss. LCo; Rapport Chevrier, 3f. Selon le rapport de Maurice Chevrier, la surveillance des communes par le canton n'a plus entraîné de grande discussion depuis le cas de Loèche-les-Bains.

<sup>42</sup> Loi du 24 mai 1850 sur les attributions des préfets, art. 3 Cst. b

du paiement par l'utilisateur<sup>43</sup>. Les comptes des collectivités publiques sont établis sur la base du modèle comptable harmonisé (MCH)<sup>44</sup>. Depuis l'affaire de Loèche-les-Bains, une importance particulière est attribuée à la surveillance des finances communales. L'inspection des finances joue un rôle important<sup>45</sup>. Les communes sont soumises à une obligation totale de rendre des rapports au SAIC. Elles doivent remplir une liste de contrôle contenant de nombreux points, qui exigent des réponses détaillées. Le Département des finances et des institutions publie chaque année un rapport détaillé sur les finances communales, qui représente et analyse d'importantes données financières concernant l'ensemble des communes.

## **2.2. Principes directeurs**

Par surveillance, on entend la compétence d'un organe supérieur d'ordonner des actions à des instances subordonnées, de les contrôler, de les critiquer et éventuellement aussi de les corriger. En général, on distingue deux sortes de compétences de surveillance: la surveillance hiérarchique et la surveillance des organisations ou des collectivités.

### **2.2.1 Surveillance hiérarchique**

La surveillance hiérarchique ne s'exerce en principe qu'au sein d'une seule instance administrative. Les principes suivants sont applicables:

Les cibles de la surveillance hiérarchique sont les unités administratives hiérarchiquement subordonnées ou les personnes responsables dans ces unités<sup>46</sup>.

La surveillance hiérarchique concerne l'ensemble du champ d'activité des unités et des personnes surveillées. La surveillance hiérarchique se divise en surveillance juridique et en surveillance technique. Il s'agit donc de contrôler si les actions des unités et des personnes surveillées sont non seulement légales, mais aussi appropriées. La surveillance hiérarchique inclut la compétence d'intervenir dans l'exécution d'affaires concrètes et de donner des instructions à des unités administratives ou des personnes subordonnées. La surveillance hiérarchique doit garantir l'efficacité de l'administration. Elle constitue donc un moyen de gestion administrative.

### **2.2.2 Surveillance des organisations ou des collectivités**

La surveillance des organisations et des collectivités est la surveillance exercée sur les organisations indépendantes sur le plan juridique et externe à la collectivité surveillante<sup>47</sup>. Les principes suivants sont applicables en la matière:

La cible de la surveillance des organisations et des collectivités est uniquement l'instance administrative décentralisée. Il n'est donc pas question d'unités ou de personnes au sein de cette instance administrative. La surveillance des organisations concerne par exemple les relations entre le canton et ses établissements de droit public ou les relations entre le canton et les communes.

<sup>43</sup> Art. 74, al. 1, LCo; art. 5ss. de l'ordonnance sur la gestion financière des communes, RS/VS 611.102.

<sup>44</sup> Art. 75, al. 3, LCo.

<sup>45</sup> Art. 44ss. de la loi sur la gestion et le contrôle administratifs et financiers du canton du 24 juin 1980, RS/VS 611.1; Rapport Chevrier, 4.

<sup>46</sup> Tschannen/Zimmerli/Müller, § 5, N 32; Meyer, Gutachten Finanzaufsicht, 12.

<sup>47</sup> Tschannen/Zimmerli/Müller, § 5, N 33.

L'étendue de la surveillance des organisations et des collectivités est également moins grande que celle de la surveillance hiérarchique. Il faut éviter de donner des directives techniques concernant des questions qui appartiennent, en vertu de la législation, au domaine d'autonomie de l'instance d'administration surveillée. Il y a fondamentalement une surveillance juridique. Toutefois, la loi peut prévoir certains mécanismes de pilotage. Une surveillance technique à proprement parler (vérification complète du bien-fondé de l'action des unités subordonnées) est par contre exclue.

La surveillance cantonale des communes relève en principe de la surveillance des organisations ou des collectivités<sup>48</sup>.

### 2.2.3. Objets de la surveillance

L'activité publique des communes dans son ensemble est soumise à la surveillance cantonale<sup>49</sup>. La surveillance s'occupe de l'organisation, de l'activité législative et de l'application du droit par les communes. Les finances, les activités de planification et de construction communales ainsi que les prestations communales, par exemple dans le domaine de la gestion des déchets et des eaux usées, sont soumises à la surveillance du canton. C'est la législation qui s'applique dans les différents domaines politiques qui est déterminante. La collaboration intercommunale et les actions que les communes effectuent par l'intermédiaire de contrats de droit public sont également soumises à la surveillance du canton.

### 2.2.4 Surveillance préventive et répressive

La surveillance préventive sert à éviter de futures violations du droit au moyen de mesures préventives, comme l'approbation de règlements communaux par le canton<sup>50</sup>. L'offre d'information et de conseils de la part du canton fait aussi partie de la surveillance préventive des communes. La surveillance répressive sanctionne quant à elle les violations du droit qui ont déjà été commises. Le retrait ultérieur de l'approbation d'un acte législatif communal constitue un moyen de surveillance répressive<sup>51</sup>. En fin de compte, celle-ci vise aussi l'action future. Elle a pour objectif de garantir une administration conforme à la loi et réglementaire, et ainsi d'avoir en même temps un effet préventif.

### 2.2.5 Moyens de surveillance

La loi met différents moyens de surveillance des communes à disposition du canton. Font partie des moyens de surveillance directs les mesures d'information et d'instruction<sup>52</sup>. Selon l'art. 144, al. 2, de la loi sur les communes du canton du Valais, l'Etat procure aux collectivités de droit public, dans la mesure du possible, «des renseignements, des conseils, des avis de droit, des cours dans des domaines importants de l'administration et autres». Il s'agit là des moyens informels de «conseil, rappel à l'ordre et information<sup>53</sup>».

<sup>48</sup> Friederich, in: Müller/Feller, 238, N 236.

<sup>49</sup> Fraefel, 102.

<sup>50</sup> Cf. chapitre II, chiffre 2.3.

<sup>51</sup> Friederich, in: Müller/Feller, 238, N 238.

<sup>52</sup> Fraefel, 103 s.

<sup>53</sup> Wichterich, commentaire de l'art. 87 LCo/BE, N 8.

Les «visites de contrôle» sont aussi possibles. Il s'agit en premier lieu de créer une compréhension et une confiance mutuelles et d'échanger des informations<sup>54</sup>.

La législation prévoit de donner aux organes compétents des moyens de surveillance particuliers pour certains domaines d'activités. La surveillance des communes par le canton est surtout marquée dans le domaine de la gestion financière<sup>55</sup>.

Dans différents cantons, les organes cantonaux compétents peuvent imposer des enquêtes, d'office ou sur la base d'une dénonciation à l'autorité de surveillance<sup>56</sup>.

Si des irrégularités sont constatées dans une commune, l'organe compétent (en général le conseil communal) doit clarifier la situation et ordonner les mesures nécessaires. Si ces mesures ne permettent pas d'atteindre l'objectif désiré, le canton doit intervenir.

Fait partie des moyens indirects de surveillance notamment la dénonciation à une autorité de surveillance. Dans le canton du Valais, en vertu de l'art. 153 de la loi sur les communes, toute personne intéressée peut «déposer une plainte auprès de l'autorité de surveillance contre une administration ou un organe d'une collectivité de droit public». La personne agissant par cette voie a droit à une réponse de l'autorité de surveillance<sup>57</sup>.

D'autres moyens indirects de surveillance peuvent concerner les finances des communes. Celles-ci reçoivent certaines contributions liées ou non à un but spécifique. En orientant, en limitant ou en retirant ces moyens, il est possible de pousser les communes à agir d'une certaine manière dans le cadre de la législation<sup>58</sup>.

## **2.3 Approbation d'actes normatifs communaux**

### **2.3.1 Principes**

L'approbation est un moyen de surveillance par lequel l'autorité de surveillance constate la concordance de l'acte communal qui doit être soumis avec la règle de surveillance et lui accorde l'applicabilité<sup>59</sup>. Ces actes normatifs communaux sont en général approuvés s'ils sont conformes au droit et cohérents<sup>60</sup>. Dans les faits, la procédure d'approbation est une procédure de contrôle abstrait des normes. Différents cantons rendent obligatoire l'approbation de certains actes normatifs et plans communaux<sup>61</sup>. Le fait de soumettre l'approbation cantonale de certains actes normatifs communaux à des réserves a pour objectif d'empêcher la création d'actes communaux illégaux<sup>62</sup>.

### **2.3.2 Pratique dans le canton du Valais**

Dans le canton du Valais, tous les règlements (excepté ceux de portée purement interne) ainsi que les actes concernant l'octroi ou le transfert de concessions de force hydraulique doivent être soumis au Conseil d'Etat pour approbation<sup>63</sup>. Sous réserve de dispositions contraires, l'autorité de surveillance du canton du Valais se limite à vérifier si l'acte soumis au contrôle est conforme à la loi<sup>64</sup>.

<sup>54</sup> Wichtermann, commentaire de l'art. 87 LCo/BE, N 9s.

<sup>55</sup> Friederich, in: Müller/Feller, 239, N 239.

<sup>56</sup> Cf. dans le canton de Berne art. 88 LCo/BE.

<sup>57</sup> Art. 153 al. 2 LCo.

<sup>58</sup> Fraefel, 107s.

<sup>59</sup> Fraefel, 108.

<sup>60</sup> Wichtermann, commentaire de l'art. 56, al. 2 LCo/BE, N 7.

<sup>61</sup> Jaag/Rüssli, 231 N 2813ss.; Wichtermann, commentaire de l'art. 55 LCo/BE, N 1ss.

<sup>62</sup> Fraefel, 110.

<sup>63</sup> Art. 146 LCo.

<sup>64</sup> Art. 147 LCo.

Les règlements sont soumis à une procédure d'examen préliminaire interne à l'administration. Ils sont transmis au Service des affaires intérieures et communales. Ce service fait suivre les projets de règlements qui concernent la construction et la planification des zones au Service du développement territorial. Celui-ci consulte les autres organes concernés et établit ensuite un rapport de synthèse, qu'il soumet au Service des affaires intérieures et communales (SAIC)<sup>65</sup>. Lorsque ce dernier, en se fondant sur la procédure de consultation interne à l'administration, parvient à la conclusion qu'un règlement ne peut pas être approuvé, il offre à la commune la possibilité de prendre position. Celle-ci peut encore adapter le projet ou s'en tenir à la formulation initiale. Si la commune s'en tient à la formulation initiale, elle court le risque que le Service des affaires intérieures et communales soumette pour décision le projet de règlement au Conseil d'Etat en lui recommandant de le rejeter.

L'approbation des règlements communaux par le Conseil d'Etat présente une longue tradition en Valais. Dans sa thèse de 1929, Paul de Courten écrivait ceci:

«La commune cependant ne peut édicter ses règlements que dans les limites de la Constitution et des lois; si elle dépasse ses limites, elle empiète sur l'activité de l'Etat. (...) Si un règlement apparaît défectueux à l'Etat, il sera renvoyé pour être mis au point; lorsque les dispositions en sont contraires à la loi, elles sont nulles. Même après avoir donné son approbation, l'Etat est autorisé à la retirer<sup>66</sup>».

### 2.3.3 Examen préalable

Différents cantons prévoient déjà un examen préalable des actes communaux<sup>67</sup>. Dans le canton de Berne, le règlement d'organisation de la commune est soumis à un examen préalable obligatoire par l'autorité cantonale compétente. D'autres actes normatifs qui ne sont pas soumis à l'approbation peuvent être soumis facultativement à l'organe cantonal compétent pour un examen préalable<sup>68</sup>.

### 2.3.4 Obligation d'approbation de certains actes normatifs

Dans le canton de Zurich, les règlements communaux, les plans d'aménagement, les règlements de constructions et de zones ainsi que les contrats constitutifs d'associations et d'institutions intercommunales, par exemple, sont soumis à approbation<sup>69</sup>. Dans le canton de Berne, seuls les règlements d'organisation de toutes les collectivités de droit communal sont soumis au devoir d'approbation obligatoire, selon la loi sur les communes. Les autres règlements sont soumis à l'approbation par l'organe cantonal compétent dans la mesure où des prescriptions particulières le prévoient<sup>70</sup>. Le devoir d'approbation a par exemple été conservé pour les dispositions communales dans le domaine de la construction et de la planification. Font partie de ce domaine d'une part le règlement de base en matière de droit des constructions et d'autre part les plans de quartier communaux. La portée de ces dispositions et de ces plans est telle qu'une approbation

<sup>65</sup> Rapport Chevrier, 9.

<sup>66</sup> de Courten, 132.

<sup>67</sup> Art. 55 LCo/BE; Jaag/Rüssli, 232 N 2813a.

<sup>68</sup> Wichter mann, commentaire de l'art. 55 LCo/BE, N 1. et 10.

<sup>69</sup> Jaag/Rüssli 231 s. N 2813.

<sup>70</sup> Wichter mann, commentaire de l'art. 57 LCo/BE, N 1.

cantonale est indiquée<sup>71</sup>. Cela correspond également au droit fédéral, qui exige que les plans d'affectation soient approuvés par une autorité cantonale<sup>72</sup>.

### 2.3.5 Effet de l'approbation

En règle générale, l'approbation a un caractère constitutif, c'est-à-dire qu'elle est une condition de validité<sup>73</sup>. L'approbation signifie seulement qu'«au moment de l'examen et de la délivrance de l'autorisation, aucune violation du droit n'a été constatée<sup>74</sup>.»

L'approbation ne rétablit pas des manquements juridiques. Une disposition illégale demeure donc vérifiable quant à sa conformité au droit en cas d'application même après l'approbation<sup>75</sup>. C'est pourquoi la conformité d'un acte normatif approuvé ou de certaines dispositions d'un acte normatif avec le droit fédéral ou cantonal contraignant peut être examinée lors d'une procédure de recours ultérieure<sup>76</sup>.

L'approbation accordée n'a pas d'effet irrévocable. Elle peut être retirée partiellement ou totalement après coup<sup>77</sup>.

Si l'autorité d'approbation découvre ultérieurement qu'une prescription particulière n'aurait pas dû être approuvée ou qu'elle se retrouve par après en contradiction avec le droit supérieur, elle peut retirer l'approbation de cette prescription<sup>78</sup>.

L'acte normatif approuvé reste un acte normatif de droit communal<sup>79</sup>. En général, dans les relations entre le canton et la commune, il faut conclure que l'approbation a un effet constitutif<sup>80</sup>.

## 2.4 Intensité de la surveillance

### 2.4.1 Légalité

Dans le cadre de l'exercice de la surveillance, ce sont les principes de la légalité, de la proportionnalité et de la subsidiarité qui doivent être appliqués. Concernant la légalité: la loi établit si le canton doit vérifier les règlements communaux seulement du point de vue de leur légalité, ou si la surveillance s'étend aussi à leur proportionnalité<sup>81</sup>. Dans le canton de Berne, la loi sur les constructions prévoit que la légalité et la proportionnalité des plans directeurs et des plans d'affectation soient vérifiées<sup>82</sup>. Selon la pratique bernoise, la vérification de la proportionnalité permet de constater si les prescriptions et les plans sont appropriés pour aboutir au développement voulu, et s'ils sont coordonnés entre eux et avec les autres planifications<sup>83</sup>. L'évaluation de la proportionnalité est certes d'abord l'affaire de l'autorité de planification, et non pas de l'instance d'approbation. Celle-ci ne doit pas intervenir «sans nécessité» dans les compétences autonomes de l'autorité de planification. En ce sens, la loi établit que les communes décident, dans le cadre de leur

<sup>71</sup> Wichter mann, commentaire de l'art. 57 LCo/BE, N 1; Zaugg/Ludwig, volume II, art. 61/61a LC N 1ss.

<sup>72</sup> Art. 26, al. 1, de la loi fédérale du 22 juin 1979 sur l'aménagement du territoire, LAT, RS 700.

<sup>73</sup> Häfelin/Müller/Uhlmann, N 1954.

<sup>74</sup> Fraefel, 113.

<sup>75</sup> Wichter mann, commentaire de l'art. 56 LCo/BE, N 9.

<sup>76</sup> Fraefel, 113.

<sup>77</sup> Fraefel, 113.

<sup>78</sup> Wichter mann, commentaire de l'art. 56 LCo/BE, N 10, avec indication de l'art. 42 de l'ordonnance sur les communes du canton de Berne.

<sup>79</sup> Fraefel, 114.

<sup>80</sup> Fraefel, 114.

<sup>81</sup> Art. 147 LCo.

<sup>82</sup> Art. 61, al 1, LC/BE.

<sup>83</sup> Zaugg/Ludwig, volume II, commentaire de l'art. 61/61a LC N 2.

autonomie, quelle solution choisir parmi plusieurs solutions légales et appropriées<sup>84</sup>. L'autorité d'approbation ne doit intervenir en vue d'une correction que si la planification soumise à approbation n'est objectivement pas acceptable, ou si elle ne respecte pas des intérêts d'un niveau supérieur d'une manière intolérable<sup>85</sup>. Les principes développés ici sont aussi une concrétisation des principes de proportionnalité et de subsidiarité.

#### 2.4.2 Proportionnalité

La nécessité d'une action appropriée et mesurée est un principe reconnu en matière de politique étatique. Elle remonte à l'Antiquité<sup>86</sup>. L'objectif du principe de proportionnalité est en premier lieu de protéger les particuliers des interventions excessives de l'Etat. Il ne faut pas tuer une mouche avec un canon. Une mesure prise par l'Etat doit être appropriée pour atteindre l'objectif voulu (adéquation), elle ne doit pas aller plus loin que ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif (nécessité) et elle doit entretenir un rapport raisonnable avec l'objectif visé (acceptabilité)<sup>87</sup>. Les trois principes «adéquation, nécessité, acceptabilité» ont été développés pour des configurations typiques de l'administration d'intervention<sup>88</sup>. Toutefois, les cantons doivent aussi respecter le principe de proportionnalité lorsqu'ils règlent leurs rapports aux collectivités de droit public. La question de savoir quelle solution législative est appropriée aux rapports est d'abord une question d'évaluation politique<sup>89</sup>. Le gouvernement et l'administration sont en premier lieu appelés à donner un contenu concret au principe de proportionnalité dans chaque cas particulier<sup>90</sup>. Dans le cadre de la surveillance des communes par les cantons, une solution est appropriée si elle tient compte des aspects de l'autonomie communale. Le gouvernement cantonal dispose d'une importante marge d'appréciation concernant le moment et le type de l'intervention. Au début, seront privilégiés des conseils émanant des services cantonaux. Dans une prochaine étape, on peut avoir recours à un courrier formel du Département compétent. Sur ce point, il faut veiller à ce que la commune ait l'occasion de corriger elle-même son comportement fautif. Dans une phase suivante, le gouvernement cantonal peut inviter le conseil de la commune concerné à une réunion. Si cette mesure reste infructueuse, un avertissement formel sera envoyé par écrit. La loi peut prévoir d'autres sanctions, ou la mise sous régie. Selon la loi sur les communes du canton du Valais, le Conseil d'Etat peut prendre les mesures nécessaires aux frais de la commune lorsqu'une commune n'effectue pas l'action prescrite obligatoirement par une loi après au minimum un avertissement<sup>91</sup>. Après un examen et un avertissement, il est aussi possible de mettre la commune sous régie<sup>92</sup>.

<sup>84</sup> Zaugg/Ludwig, volume II, commentaire de l'art. 61/61a LC N 12.

<sup>85</sup> ATF 116 Ia 227; Zaugg/Ludwig, volume II, commentaire de l'art. 61/61a LC, N 12.

<sup>86</sup> Schindler, commentaire de l'art. 5 Cst., N 47.

<sup>87</sup> Schindler, commentaire de l'art. 5 Cst., N 48; Meyer, Gutachten Finanzaufsicht, 11.

<sup>88</sup> Schindler, commentaire de l'art. 5 Cst., N 50. Les trois maximes de la proportionnalité: Moor/Flückiger/Martenet, 814ss.

<sup>89</sup> Schindler, commentaire de l'art. 5 Cst., N 51.

<sup>90</sup> Schindler, commentaire de l'art. 5 Cst., N 51.

<sup>91</sup> Art. 150 LCo.

<sup>92</sup> Art. 151 LCo.

### 2.4.3 Subsidiarité

Lors de l'attribution de tâches étatiques, la Confédération et les cantons doivent respecter le principe de subsidiarité<sup>93</sup>. L'art. 5a Cst. sert également de principe directeur pour les communes, ceci aussi bien en vertu de sa teneur, de sa systématique que sa finalité. Par conséquent, ce principe doit aussi être observé par les cantons<sup>94</sup>. Du fait de l'extension du principe de subsidiarité aux rapports entre les cantons et les communes, le principe de l'art. 50, al. 1, Cst. sur l'autonomie communale est respecté. Son étendue est quelque peu concrétisée du point de vue de son contenu<sup>95</sup>. Il faut également tenir compte du principe de subsidiarité dans le cadre des exigences qui doivent être posées en matière de surveillance des communes par les cantons. Les communes sont en premier lieu elles-mêmes responsables de l'accomplissement de leurs tâches. C'est par leurs propres mesures que d'éventuelles erreurs doivent être corrigées. Les mesures de surveillance ont par conséquent un caractère subsidiaire<sup>96</sup>.

### 2.5 Surveillance selon le droit fédéral

Des aspects importants relatifs à l'intensité de la surveillance ressortent du droit fédéral. Par surveillance fédérale, il faut entendre l'ensemble des mesures préventives avec lesquelles la Confédération garantit que les cantons respectent le droit fédéral lors de l'accomplissement de leurs tâches. La surveillance fédérale relève de la surveillance des collectivités, et non pas de la surveillance hiérarchique<sup>97</sup>. Dans la mesure où les cantons restent dans le domaine de leurs compétences générales subsidiaires et qu'ils assument des tâches définies de manière autonome, «la surveillance fédérale doit garantir que les cantons respectent les limites de leurs domaines de compétence<sup>98</sup>». La surveillance fédérale dans le champ d'action délégué doit garantir que les cantons remplissent de manière correcte les tâches qui leur ont été confiées<sup>99</sup>. Dans le champ d'action autonome des cantons, la surveillance fédérale se limite à un contrôle de la conformité au droit. Dans un champ d'action délégué, un éventuel contrôle du bien-fondé doit ressortir des dispositions fédérales «avec suffisamment de clarté»<sup>100</sup>. Le principe de proportionnalité vaut aussi pour la surveillance fédérale. A ce propos, Pierre Tschannen souligne les éléments suivants: «Ainsi, la sagesse de la politique nationale observe la règle de ne pas faire recours à cet instrument emblématique qu'est la surveillance fédérale déjà pour des fautes insignifiantes de la part des cantons. Si des mesures de surveillances sont inévitables, il faut ensuite d'abord donner l'occasion au canton de se justifier.<sup>101</sup>» Selon l'art. 8, al. 3, de la loi fédérale sur l'organisation du gouvernement et de l'administration<sup>102</sup>, le Conseil fédéral «exerce une surveillance constante et systématique de l'administration fédérale». Il s'agit dans ce cas d'une surveillance hiérarchique, pour laquelle les exigences sont plus élevées que pour la surveillance des collectivités, qui intervient dans les rapports entre le canton et les communes. Le Conseil fédéral retient

<sup>93</sup> Schweizer/Müller, St. Galler Kommentar zu Art. 5a BV, N 18.

<sup>94</sup> Schweizer/Müller, commentaire saint-gallois de l'art. 5a Cst., N 12.

<sup>95</sup> Schweizer/Müller, commentaire saint-gallois de l'art. 5a Cst., N 13.

<sup>96</sup> Fritzsche/Bösch/Wipf, 461.

<sup>97</sup> Tschannen, Staatsrecht, § 26, N 1.

<sup>98</sup> Tschannen, Staatsrecht, § 26, N 2.

<sup>99</sup> Tschannen, Staatsrecht, § 26, N 2.

<sup>100</sup> Tschannen, Staatsrecht, § 26, N 5.

<sup>101</sup> Tschannen, Staatsrecht, § 26, N 13.

<sup>102</sup> Loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration du 21 mars 1997, LOGA, RS 172.010.

tout de même les éléments suivants, et ce à juste titre: «Le Conseil fédéral concentre la surveillance qu'il exerce en tant qu'organe suprême de l'administration surtout sur les membres les plus haut placés dans l'administration et dans les situations importantes. Les instruments de controlling effectifs doivent être créés au niveau des départements, et le Conseil fédéral doit garantir que le controlling au niveau des départements fonctionne (...). Un contrôle complet et institutionnalisé de la part du Conseil fédéral en tant que collègue ne serait d'ailleurs ni réalisable à des coûts acceptables ni souhaitable. Il ne faut pas non plus oublier que des contrôles exagérés peuvent finir par paralyser une organisation<sup>103</sup>». (Traduction)

## 2.6 Nouveau droit dans le canton de Lucerne

Quelle doit être l'intensité de la surveillance des communes par le canton? Ce sont les principes de la légalité, de la proportionnalité et de la subsidiarité qui doivent être appliqués. En lien avec une gestion administrative axée sur les résultats, les cantons se sont en partie engagés dans de nouvelles voies. L'organe de surveillance contrôle uniquement si les communes disposent d'un système de controlling répondant aux exigences minimales, et si elles l'utilisent correctement<sup>104</sup>. C'est notamment le cas du canton de Lucerne. Selon l'article 73, al. 2, de la constitution lucernoise, le canton crée «des autorités de surveillance organisées de façon décentralisée qui soutiennent les communes dans le respect de leur liberté de se structurer elles-mêmes. La loi régit les mesures relevant du droit de surveillance<sup>105</sup>». (Traduction) L'intensité de la surveillance cantonale doit s'orienter selon les situations concrètes. Pour les communes suffisamment grandes pour disposer d'une administration professionnelle et de processus de contrôle permanents, il n'est pas nécessaire de prendre des mesures de surveillance généralisées. En 2012, le Conseil d'Etat du canton de Lucerne s'est exprimé comme suit dans le message accompagnant les projets de révisions constitutionnelles et les projets de loi en matière de surveillance des communes: comme contexte à la réorganisation de la surveillance, il faut retenir que sont introduits les règlements communaux édictés sur la base de la loi sur les communes de 2004, que sont mises en place les organisations des communes et que c'est dans les communes municipales que les processus de contrôle sont principalement développés. L'organisation des autorités cantonales de surveillance doit tenir compte de cette évolution qui s'est faite au cours des dix dernières années. La surveillance générale du canton doit se concentrer sur des procédures correctes d'un point de vue démocratique et constitutionnel. La surveillance n'a en principe pas un rôle d'accompagnateur ou de caractère permanent, mais doit bien plutôt avoir lieu quand les circonstances l'exigent. Elle doit entrer en jeu avant tout à la suite de requêtes ou de plaintes<sup>106</sup>.» (Traduction)

Pour le canton de Zurich, Tobias Jaag et Markus Rüssli soulignent qu'une intervention des autorités de surveillance par des mesures répressives «n'est justifiée que lorsque les autorités communales ne sont pas elles-mêmes en mesure d'établir une situation conforme au droit et disposées à le faire; dans cette mesure, une intervention fondée sur

<sup>103</sup> FF 1997 III 103; Sägesser, commentaire sur l'art. 8 LOGA, N 42.

<sup>104</sup> Auer, Staatsrecht, 450.

<sup>105</sup> Constitution du Canton de Lucerne du 17 juin 2007, RS 131.213.

<sup>106</sup> Message du 4 décembre 2012, 19, du Conseil d'Etat du canton de Lucerne au conseil cantonal à propos des projets de modification de la constitution et de lois en ce qui concerne la surveillance des communes.

le droit de surveillance est subsidiaire par rapport aux mesures prises par les autorités de la commune concernée<sup>107</sup>». (Traduction)

## 2.7 Haute surveillance et surveillance

### 2.7.1 Haute surveillance du parlement

Avec la formulation «haute surveillance sur le Conseil fédéral et l'administration fédérale», l'art. 169, al. 1, Cst. décrit l'ensemble des compétences qui permettent au parlement d'exercer un contrôle politique sur le gouvernement et l'administration. Haute surveillance ne doit donc pas être confondue avec partialité et domination<sup>108</sup>. Au contraire, elle s'établit dans le contexte d'organes étatiques en principe de même niveau qui, en vertu de leur fonction primaire, prennent part avec les mêmes droits au processus politique et qui doivent donc réussir à cohabiter en bonne entente sur le long terme. Pour la haute surveillance du parlement, c'est bien plutôt une «retenue en fonction du niveau concerné» qui est indiquée.<sup>109</sup> La haute surveillance a deux fonctions: d'une part, elle oblige le gouvernement à rendre des comptes publiquement; d'autre part, elle doit préserver et renforcer la confiance accordée au gouvernement<sup>110</sup>. La haute surveillance est réglée dans la loi sur le Parlement. Selon l'art. 26, al. 3, de la loi sur le Parlement, l'Assemblée fédérale exerce la haute surveillance selon des critères de légalité, de régularité, d'opportunité, d'efficacité et d'efficacité économique<sup>111</sup>. La haute surveillance ne comprend pas la compétence d'annuler des décisions ou de les modifier<sup>112</sup>. Le contrôle de la légalité effectué par le Parlement est soumis à certaines obligations de réserve: «Une vérification systématique des décisions du gouvernement ou des organes administratifs, ou de l'interprétation de normes juridiques ne fait pas l'objet du contrôle de la conformité au droit effectué par le Parlement<sup>113</sup>».

### 2.7.2 Haute surveillance du parlement dans le canton du Valais

Selon la constitution du canton du Valais, le Grand Conseil exerce la haute surveillance sur le Conseil d'Etat<sup>114</sup>. Il peut en tout temps «demander compte au pouvoir exécutif d'un acte de son administration<sup>115</sup>».

Selon l'art. 25 de la loi sur l'organisation<sup>116</sup>, le Grand Conseil nomme, au début de chaque période législative, les commissions permanentes de haute surveillance pour la justice, la direction et les finances. L'art. 130 de la loi sur l'organisation des Conseils et les rapports entre les pouvoirs règle l'exercice de la haute surveillance par la commission de gestion et la commission des finances. L'art. 130, al. 3, de cette même loi prévoit que les dispositions et décisions des autorités ou services ne peuvent être abrogées ou modifiées ni par le Grand Conseil, ni par la commission de gestion. Dans le canton du Valais, la haute

<sup>107</sup> Jaag/Rüssli 232 s. N 2818.

<sup>108</sup> Tschannen, Staatsrecht, § 35, N 8.

<sup>109</sup> Müller/Vogel, 660; Meyer, Gutachten Finanzaufsicht, 9.

<sup>110</sup> Tschannen, Staatsrecht, § 35, N 8; Kiener, in: Staatsrecht, § 18, N 41.

<sup>111</sup> Art. 26, al. 3, de la loi fédérale du 13 décembre 2002 sur l'Assemblée fédérale; du territoire, LParl, RS 171.10. A propos des «contours de la haute surveillance»: Moor/Flückiger/Martenet, 511s.

<sup>112</sup> Art 26, al. 4, Lparl, RS 171.10

<sup>113</sup> Sägesser, in: Parlamentsrecht, art. 26, N 37.

<sup>114</sup> Art. 40, al. 1, Cst/VS.

<sup>115</sup> Art. 40, al. 2, Cst/VS.

<sup>116</sup> Loi sur l'organisation des Conseils et les rapports entre les pouvoirs, RS VS 171.1

surveillance du gouvernement et de la justice par le Parlement est par conséquent organisée selon les mêmes principes qui sont appliqués dans la Confédération et dans les autres cantons. La haute surveillance se distingue sur des points essentiels de la «haute surveillance» que le Conseil d'Etat exerce vis-à-vis des communes pour le droit des constructions.

### **2.7.3 Haute surveillance du Conseil d'Etat**

La terminologie fait normalement la distinction entre la haute surveillance du Parlement et la surveillance du Conseil d'Etat. Une autre distinction intervient au niveau de la compétence du Conseil d'Etat. Il peut faire usage de la surveillance hiérarchique vis-à-vis de l'administration centrale, et de la surveillance des organisations et des collectivités vis-à-vis des communes. La surveillance des collectivités est moins intensive. Elle garde une certaine distance par rapport aux collectivités contrôlées et respecte leur responsabilité propre et leurs marges de manœuvre tant que leur comportement reste conforme à la loi. Dans la loi sur les constructions, le législateur a introduit, en plus, l'instrument juridique de la «haute surveillance du Conseil d'Etat». On entend par là la surveillance exercée sur d'autres instances de surveillance<sup>117</sup>.

## **2.8 Services de médiation (Ombudsstellen)**

### **2.8.1 Bases légales**

Il s'est avéré que les plaintes de citoyens adressées à des organes supérieurs au sein du système étatique n'atteignent souvent pas leur objectif. Il en va de même pour les plaintes reçues par les instances parlementaires. Un service de médiation externe à l'administration devrait permettre de remédier à ce problème. Plusieurs cantons et communes ont créé des instances de médiation et de conseil, auxquelles peuvent s'adresser les citoyens qui se sentent traités injustement ou se heurtent à des dysfonctionnements. Les services de médiation sont dirigés par des personnes de confiance indépendantes qui recueillent les plaintes de la population à l'encontre d'organes de l'administration, servent d'intermédiaires entre les parties et cherchent des solutions. Cinq cantons ainsi que différentes villes et communes disposent d'instances de médiation<sup>118</sup>.

### **2.8.2 Rôle des services de médiation**

Les services de médiation agissent en dehors des procédures administratives formelles. A la différence des procédures de recours ou des plaintes adressées à un tribunal, il n'y a pas besoin de décision servant d'objet de recours lorsqu'une personne veut s'adresser à un service de médiation. L'organe de médiation doit examiner d'office les faits. Il peut interroger des personnes. La méthode et les possibilités d'action des services de médiation sont régies par la loi. Ci-après est brièvement présenté le rôle du service de

<sup>117</sup> Cf. chapitre II, chiffre 3.3.1. Selon l'art. 228 de la loi sur les routes du 3 septembre 1965, la voie publique est aussi soumise à la «haute surveillance» du Conseil d'Etat: RS VS 725.1

<sup>118</sup> Cf. aperçu sur <[www.ombudsstellen-schweiz.ch](http://www.ombudsstellen-schweiz.ch)>, consulté le 11.2.2017.

médiation du canton de Zurich, afin de mettre en évidence d'autres solutions comparables<sup>119</sup>. Le service de médiation peut:

- conseiller le requérant sur ce qu'il peut faire;
- discuter de l'affaire en question avec les autorités dont l'action ou les omissions font l'objet de la procédure ainsi que mener un échange de points de vue.

Le service de médiation ne peut pas donner de directives. Il a un rôle de médiateur. La procédure est gratuite. Le service de médiation et son personnel sont tenus au secret de fonction.

### 3. La législation sur les constructions

#### 3.1 Compétences dans le canton du Valais

Selon la loi sur les constructions du 7 février 1996, le conseil municipal est responsable des projets de constructions situées à l'intérieur des zones à bâtir, des zones de mayens, des zones de hameaux et des zones de maintien de l'habitat rural<sup>120</sup>. La loi précise en détail quelles zones sont des zones à bâtir. La Commission cantonale des constructions est compétente pour les constructions et les installations situées en dehors des zones à bâtir. Il s'agit notamment de projets de construction qui demandent une dérogation au sens de l'art. 24 de la loi sur l'aménagement du territoire<sup>121</sup> et de l'art. 31 de la loi sur les constructions, mais aussi des zones protégées, des zones agricoles et des zones d'extraction de matériaux et de décharges.

Selon l'art. 2 de la nouvelle loi sur les constructions adoptée le 15 décembre 2016 par le Grand Conseil, la Commission cantonale des constructions (CCC) est également compétente pour les projets de construction dans les zones de constructions protégées en tant qu'éléments caractéristiques du paysage, telles que les zones de mayens. De plus, la CCC est désormais compétente en général pour les projets de construction pour lesquelles la commune se trouve en situation de conflit d'intérêts.

Selon l'ancien droit, d'autres compétences encore s'appliquaient. Selon le Décret sur l'autorisation de construire<sup>122</sup> de 1992, une instance cantonale accordait en principe les autorisations de construire. Selon l'art. 57, al. 2, let. c, de la loi sur les constructions du 8 février 1996, le décret sur l'autorisation de construire a été abrogé. Depuis lors, les communes sont compétentes pour accorder les autorisations de construire dans les cas définis par la loi sur les constructions.

#### 3.2. Coordination

La jurisprudence du Tribunal fédéral et la loi sur l'aménagement du territoire de la Confédération exigent que plusieurs procédures d'autorisation doivent être coordonnées entre elles lors de l'implantation d'un bâtiment ou d'une installation<sup>123</sup>. Dans le canton du Valais, ces questions sont réglées dans la loi sur les constructions. Si un bâtiment ou une installation nécessite des décisions qui sont en relation étroite avec l'autorisation de

<sup>119</sup> Jaag/Rüssli, N 1805ss.

<sup>120</sup> Art. 2 LC

<sup>121</sup> Loi fédérale du 22 juin 1979 sur l'aménagement du territoire, LAT, RS 700.

<sup>122</sup> Décret du 31 janvier 1992 sur la procédure d'autorisation de construire (décret sur l'autorisation de construire).

<sup>123</sup> ATF 116 Ib 50 ss.; art. 25a de la loi fédérale du 2 juin 1979 sur l'aménagement du territoire, LAT, RS 700; Jaag/Rüssli N 4434.

construire et doivent émaner de différentes autorités, ces décisions doivent être coordonnées matériellement et formellement dans la procédure d'autorisation de construire<sup>124</sup>. Ces dernières années, la jurisprudence a accordé une grande importance à la coordination dans la procédure d'autorisation<sup>125</sup>. Selon la législation sur les résidences secondaires, les communes compétentes pour les autorisations de construire dans les zones à bâtir doivent, le cas échéant, délivrer aussi l'autorisation pour l'affectation d'un objet comme résidence secondaire. L'affectation fait partie de l'autorisation de construire<sup>126</sup>.

Peuvent s'ajouter d'autres autorisations qui sont en relation étroite avec la procédure principale. C'est pourquoi les autorités communales compétentes pour les autorisations de construire dans les zones à bâtir ont une très grande responsabilité dans des procédures complexes.

### **3.3 Haute surveillance sur la police des constructions**

#### **3.3.1 Règlementation dans le canton du Valais**

L'art. 49, al. 2, de la loi sur les constructions s'énonce comme suit: le Conseil d'Etat exerce la haute surveillance sur la police des constructions. Il l'exerce par l'intermédiaire du département compétent.» Le droit cantonal ne donne pas de précision sur la haute surveillance, ni même de définition du concept «haute surveillance du Conseil d'Etat<sup>127</sup>». Il faut donc déterminer la signification du concept par interprétation. L'interprétation consiste en un processus d'argumentation créatif dans le cadre duquel le programme d'une norme juridique est explicité ou complété. L'interprétation consiste à trouver une solution concrète et sensée en tenant compte de tous les éléments d'interprétation<sup>128</sup>. Les éléments d'interprétation grammaticale, systématique et aussi téléologique mènent à la conclusion que, par «haute surveillance du Conseil d'Etat», on n'entend pas une surveillance directe, mais une surveillance d'autres instances de surveillance. L'élément historique mène à la même conclusion. Avec la haute surveillance, le Conseil d'Etat se voit attribuer une fonction de contrôle dans le droit de la construction en rapport avec les communes, et ceci dans une perspective supérieure. Cette formulation signifie que le Conseil d'Etat doit surveiller les instances de surveillance, c'est-à-dire les autorités délivrant les autorisations de construire, qui sont responsables des tâches de police des constructions.

Les autorités délivrant les autorisations de construire sont également les autorités en charge de la police des constructions. La procédure d'autorisation de construire et la police des constructions ont pour but de faire appliquer le droit des constructions ainsi que de faire respecter l'ordre public et d'assurer la sécurité dans le domaine des constructions<sup>129</sup>. Le concept de «haute surveillance» montre que le Conseil d'Etat ne surveille pas directement l'exécution des projets de construction. Il n'assume aucune tâche directe de police des constructions. Les tâches de la police des constructions doivent être assumées par les autorités délivrant les autorisations de contrôle: les

<sup>124</sup> Art. 16 LC.

<sup>125</sup> Zufferey, 10, chiffre 6.

<sup>126</sup> Art. 3 du décret sur les résidences secondaires, VS RS 702.101; audition de monsieur Martin Zurwerra, 22 septembre 2016.

<sup>127</sup> Zufferey, 7.

<sup>128</sup> Tschannen, Staatsrecht, § 4, N 1, 17ss.

<sup>129</sup> Art. 33, al 1, LC.

communes et, dans le domaine de compétences de la Commission cantonale des constructions, le secrétariat des constructions<sup>130</sup>. Selon l'art. 28, al. 1, let. d, de l'ordonnance sur les constructions, le secrétariat cantonal des constructions remplit les tâches de la police des constructions. Le Conseil d'Etat doit conserver une certaine distance par rapport aux autorités délivrant les autorisations de construire: les communes ne sont soumises qu'à la surveillance des collectivités, également dans le droit des constructions, et la Commission cantonale des constructions n'est pas non plus une unité «normale» au sein de l'administration cantonale. Au contraire, elle a des compétences propres définies légalement: selon l'art. 27 de l'ordonnance sur les constructions, elle est un «organe indépendant» et, en ce sens, elle n'a pas à recevoir d'instructions de la part du Conseil d'Etat.

La loi sur les constructions du canton du Valais prévoit que le Conseil d'Etat doit intervenir dans le cadre de la «haute surveillance» lorsque les autorités de police des constructions ne remplissent pas leurs obligations<sup>131</sup>. Selon la situation juridique du canton du Valais, deux conditions cumulatives doivent être remplies pour que le Conseil d'Etat puisse prendre des mesures fondées sur le droit de la surveillance dans le domaine de la construction:

- a. les autorités délivrant les autorisations de construire négligent leurs obligations de police des constructions ou ne sont pas en mesure de les honorer;
- b. des intérêts publics sont menacés par cette situation<sup>132</sup>.

Lorsque ces deux conditions sont remplies, le Conseil d'Etat attribue un délai aux autorités défaillantes pour qu'elles satisfassent à leurs obligations légales<sup>133</sup>. Le Conseil d'Etat dispose en particulier des compétences suivantes:

- a. en cas de doute, il décide si un projet de construction est soumis à autorisation de construire;
- b. il ordonne, si nécessaire, l'arrêt des travaux et le fait respecter;
- c. il peut requérir la coopération de la police cantonale<sup>134</sup>.

La responsabilité de la police des constructions revient aux autorités compétentes en matière d'autorisation de construire ou au secrétariat cantonal des constructions. La haute surveillance du Conseil d'Etat consiste en une «surveillance de la surveillance». Les mesures mentionnées dans la loi sur les constructions<sup>135</sup> et précisées dans l'ordonnance sur les constructions<sup>136</sup> peuvent être prises.

En fait, l'équipement juridique destiné à la haute surveillance est conçu pour des cas où le maître d'ouvrage ne respecte pas les valeurs de référence contenues dans l'autorisation de construire lors de la réalisation du projet de construction et que les autorités de police des constructions n'interviennent pas. En revanche, il est difficile pour l'autorité de haute surveillance de reconnaître les cas où le maître d'ouvrage respecte les directives de l'autorisation de construire, mais que cette autorisation est en contradiction avec le droit

---

<sup>130</sup> Art. 49, al 1, LC.

<sup>131</sup> Art. 53, al 4, LC.

<sup>132</sup> Art. 60, al. 1, OC.

<sup>133</sup> Art. 60, al. 2, OC.

<sup>134</sup> Art. 60, al. 3, OC.

<sup>135</sup> Art. 53, al 4, LC.

<sup>136</sup> Art. 60, OC.

supérieur, ce que les autorités de police des constructions qui ont délivré l'autorisation de construire tolèrent.

Dans ce cas, le Conseil d'Etat peut intervenir. Il peut donner des directives et imposer immédiatement ses consignes. C'est là que se trouve l'importante différence avec la haute surveillance parlementaire, dans le cadre de laquelle aucune disposition ou décision ne peut être annulée.

En outre, il convient de relever que les décisions en matière de construction peuvent être contestées au moyen d'un recours auprès du Conseil d'Etat<sup>137</sup>. La position du Conseil d'Etat en tant qu'autorité de justice administrative pour la procédure d'autorisation de construire nécessite une certaine distance de la part de l'exécutif lors des phases antérieures de la procédure.

La procédure d'autorisation de construire et la police des constructions ont pour but de faire appliquer le droit des constructions ainsi que de faire respecter l'ordre public et d'assurer la sécurité dans le domaine des constructions<sup>138</sup>. Le terme de «haute surveillance» doit montrer que le Conseil d'Etat ne surveille pas directement l'exécution des projets de construction.

L'ordonnance sur les constructions explicite bien ce qu'on entend par le terme de «haute surveillance» utilisé à l'art. 49, al. 2, de la loi sur les constructions. Selon l'art. 60 de l'ordonnance sur les constructions, le Conseil d'Etat doit intervenir lorsque les autorités d'autorisation de construire négligent leurs tâches en matière de police des constructions ou ne sont pas en mesure de les remplir et que des intérêts publics sont de ce fait menacés. Dans de tels cas, «le Conseil d'Etat, en qualité d'autorité de surveillance de la procédure d'autorisation de construire et de la police des constructions, doit se substituer à elles et ordonner les mesures nécessaires.» Par conséquent, par «haute surveillance», on entend la «surveillance» des autorités compétentes en matière de police des constructions, et non pas la surveillance directe visant à vérifier que l'activité de construction est faite de manière conforme à l'autorisation.

### 3.3.2 Droit comparé

La comparaison avec le droit en vigueur dans les autres cantons montre aussi qu'on entend par «haute surveillance» une surveillance en aval et à distance dans le domaine de l'exécutif. Dans le canton de Zurich, le Conseil d'Etat exerce la «haute surveillance sur l'ensemble des communes». La surveillance revient aux conseils de districts<sup>139</sup>. La loi sur les communes du canton de Fribourg prévoit que la «haute surveillance» des communes et des associations de communes revient à l'Etat. Celle-ci est exercée «par le Conseil d'Etat, par la Direction en charge des communes, par les préfets, par le Service des communes et par les autorités désignées par la législation spéciale»<sup>140</sup>. Dans le canton de Vaud, le Conseil d'Etat est l'«autorité» suprême de surveillance des communes. Il est responsable de traiter les recours contre d'autres autorités de surveillance sur les communes, comme les départements ou les Préfets<sup>141</sup>. Selon l'art. 45, al. 1, de la loi sur les constructions du canton de Berne, «l'autorité communale compétente exerce la police des constructions sous la surveillance du préfet». Selon l'ancien droit qui était en vigueur

<sup>137</sup> Art. 30 LC

<sup>138</sup> Art. 33, al 1, LC.

<sup>139</sup> § 141 et 149 de la loi sur les communes du canton de Zurich du 6 juin 1926, LS 131.1.

<sup>140</sup> Art. 143 de la Loi sur les communes du 25 septembre 1980; LCo, RSF 140.1.

<sup>141</sup> Art. 139 de la Loi sur les communes du canton de Vaud du 28.2.1956, RSV 175.11.

avant l'année 2004, le Conseil exécutif exerçait «la haute surveillance via la Direction de la justice, des affaires communales et des affaires ecclésiastiques». Cette disposition n'a pas été reprise dans le nouveau droit<sup>142</sup>. Ce qui est important, c'est que les communes sont soumises à la surveillance primaire des préfets dans le canton de Berne. Les préfets sont les organes de l'administration cantonale décentralisée dans les régions administratives. La loi sur les constructions du canton de Berne prévoit au surplus les éléments suivants: «Si une autorité communale manque à ses obligations en matière de police des constructions et que des intérêts publics s'en trouvent menacés, il incombe au préfet d'ordonner à sa place les mesures nécessaires.<sup>143</sup>» La disposition prévoit le cas particulier de l'exécution par substitution. La préfecture est obligée d'agir à la place de l'autorité communale compétente. La version antérieure de l'art. 48 de la loi sur les constructions du canton de Berne prévoyait encore que la direction cantonale compétente devait agir en cas de défaillance de la préfecture. On considérait alors comme superflu de mentionner particulièrement cette «haute surveillance», parce que les préfectures étaient de toute façon subordonnées à la surveillance générale du Conseil exécutif ou de la Direction compétente<sup>144</sup>.

Les tâches des autorités d'autorisation de construire sont devenues toujours plus exigeantes avec le temps. C'est pourquoi la loi sur les constructions du canton de Berne oblige les communes à veiller à ce que les connaissances techniques nécessaires leur soient accessibles. La loi ne s'exprime pas sur les préfectures; là, le canton peut lui-même veiller à ce que l'expertise technique nécessaire soit disponible. L'art. 33a, al. 2, de la loi sur les constructions du canton de Berne s'énonce comme suit:

«Si elles (c'est-à-dire les communes) ne disposent pas de leurs propres spécialistes, elles font examiner les demandes de permis de construire par l'inspection régionale des constructions, par les spécialistes d'autres communes ou par des experts privés.» Les experts sont des personnes qui disposent de connaissances techniques en particulier dans le droit de la construction et de l'aménagement, dans les procédures d'autorisation de construire et dans la coordination des procédures d'autorisation. Il peut s'agir d'inspecteurs en bâtiment ou d'architectes expérimentés, mais aussi d'employés communaux qui ont suivi une formation appropriée<sup>145</sup>.

Le canton de Fribourg dispose d'une réglementation particulière. Selon l'art. 165 de la loi sur l'aménagement du territoire et les constructions, ce sont en premier lieu les communes qui sont compétentes pour la police des constructions. Les autorités communales surveillent que la loi, les règlements, les plans et les conditions d'autorisation soient respectés. En cas de travaux illégaux, elles informent le préfet. Celui-ci «s'assure de la bonne exécution par les communes de leurs tâches de contrôle. Au besoin, il demande la collaboration des services et organes de l'Etat concernés<sup>146</sup>.»

### 3.4 Révision totale de la loi sur les constructions

Le 15 décembre 2016, après de petites révisions partielles, le Grand Conseil a décidé de réviser entièrement la loi sur les constructions. Selon le message du Conseil d'Etat

<sup>142</sup> Art. 45, al. 1, de la loi sur les constructions du canton de Berne dans sa version du 25.11.2004; Zaugg/Ludwig, volume I, commentaire de l'art. 45 LC, N 1.

<sup>143</sup> Art. 48 LC/BE.

<sup>144</sup> Zaugg/Ludwig, volume I, commentaire de l'art. 48 LC N 2.

<sup>145</sup> Zaugg/Ludwig, volume I, commentaire de l'art. 33a LC N 1.

<sup>146</sup> Art. 63, al. 3, de la loi sur l'aménagement du territoire et les constructions du 2.12.2006, LATeC, RSF 710.1.

accompagnant la révision totale de la loi sur les constructions, l'autonomie des communes sera renforcée dans le domaine des constructions, dans la mesure où cela est compatible avec le droit supérieur<sup>147</sup>. Selon le nouveau droit aussi, le conseil communal est responsable des autorisations de projets de constructions à l'intérieur des zones à bâtir<sup>148</sup>. Les possibilités d'aménagement de la commune (indices d'utilisation, constructibilité, densification) seront élargies. L'art. 18 de la nouvelle loi sur les constructions introduit l'indice brut d'utilisation du sol, l'indice d'occupation du sol, l'indice de masse et l'indice de surface verte. Selon l'art. 19 de la nouvelle loi sur les constructions, les communes fixent le type et la valeur de l'indice maximal pour chacune de leurs zones à bâtir. Elles peuvent renoncer partiellement ou totalement à fixer un indice, mais doivent alors définir d'autres dispositions détaillées afin d'assurer un aménagement local cohérent et de définir suffisamment la mesure d'utilisation du sol. Selon le nouveau droit aussi, la tâche de police des constructions revient à l'autorité compétente en matière de construction. Le Conseil d'Etat exerce la haute surveillance sur la police des constructions. Le service compétent agit pour lui<sup>149</sup>.

Selon l'art. 2, al. 2, let. e, de la nouvelle loi sur les constructions, la Commission cantonale des constructions (CCC) est compétente pour délivrer des autorisations de construire dans des zones avec des constructions protégées en tant qu'éléments caractéristiques du paysage, telles que les zones de mayens.

La nouvelle loi sur les constructions est soumise au référendum facultatif. Le Conseil d'Etat décidera de son entrée en vigueur<sup>150</sup>. Avec l'entrée en vigueur de la nouvelle loi sur les constructions, l'indice d'utilisation du sol selon l'ancien droit est remplacé par l'indice brut d'utilisation du sol (IBUS)<sup>151</sup>. Les communes devront adapter leurs règlements au nouveau droit.

#### **4. Acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger**

La loi fédérale sur l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger limite l'acquisition d'immeubles, «afin d'empêcher l'emprise étrangère sur le sol suisse<sup>152</sup>». L'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger est subordonnée à une autorisation de l'autorité cantonale compétente. L'acquisition de maisons uni- ou multifamiliales, d'appartements en propriété et de terrains à bâtir destinés à de telles constructions par des personnes à l'étranger est, en principe, assujettie au régime de l'autorisation, à l'exclusion d'une résidence principale, d'une résidence secondaire pour les frontaliers ressortissants de l'UE ou de l'AELE et de logements qui peuvent exceptionnellement être acquis avec un terrain destiné à l'installation d'un établissement stable. Selon l'art. 9 de la LFAIE, il existe des motifs d'autorisation dans les cantons. L'acquisition d'immeubles par des personnes étrangères peut être autorisée lorsqu'il s'agit de logements à caractère social ou lorsque la personne veut acquérir une résidence secondaire dans un lieu où elle entretient des relations extrêmement étroites et dignes d'être protégées.

<sup>147</sup> Message du Conseil d'Etat sur la révision totale de la loi sur les constructions, projet du 23 mars 2016, 5.

<sup>148</sup> Art. 2, al. 1, de la nouvelle loi sur les constructions du 15 décembre 2016.

<sup>149</sup> Art. 52 de la nouvelle loi sur les constructions du 15 décembre 2016.

<sup>150</sup> Art. 69 de la nouvelle loi sur les constructions du 15 décembre 2016.

<sup>151</sup> Art. 68, al. 1, let. a, de la nouvelle loi sur les constructions du 15 décembre 2016.

<sup>152</sup> Loi fédérale du 16 décembre 1983 sur l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger, LFAIE, RS 211.412.41, art.1.

Un système de contingent est appliqué. Le Conseil fédéral fixe, dans les limites d'un nombre maximum prévu pour l'ensemble du pays, les contingents cantonaux annuels d'autorisations portant sur l'acquisition de logements de vacances et d'appartements dans des appart'hôtels; ce faisant, il tient compte de l'intérêt supérieur du pays et de ses intérêts économiques. Selon l'art. 11, al. 3, LFAIE, le Conseil fédéral fixe les contingents des cantons compte tenu de leur vocation touristique, de leur programme de développement touristique et de la part de propriété foncière qui, sur leur territoire, est en mains étrangères.

En cas d'infractions à la loi sur l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger, des sanctions de droit civil, administratif et pénal peuvent être appliquées.

En 2007, le Conseil fédéral est arrivé à la conclusion que les problèmes des lits froids et du coût élevé des infrastructures étaient indépendants du fait que les résidences secondaires soient en mains étrangères ou suisses. Il a donné la priorité aux mesures d'aménagement du territoire et a demandé l'abrogation de la loi sur l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger. Le Parlement n'a pas suivi cette proposition<sup>153</sup>.

Les cantons peuvent disposer, par la voie législative, que l'autorisation peut être accordée, dans les limites de leur contingent, à une personne physique qui acquiert un logement de vacances dans un lieu touristique<sup>154</sup>. Le canton du Valais a créé les bases nécessaires<sup>155</sup>. Selon le rapport Gruber, les contacts entre le canton du Valais en qualité d'autorité délivrant l'autorisation et les communes se font presque uniquement pour des logements de vacances et pour des «personnes de l'étranger» qui, en tant que ressortissants de pays membres de l'UE ou de l'AELE, n'ont pas leur domicile légalement constitué et effectif en Suisse ou, en tant que ressortissants d'autres pays étrangers, n'ont pas le droit de s'établir en Suisse<sup>156</sup>.

## 5. Législation concernant les résidences secondaires

### 5.1 Rappel historique

#### 5.1.1 Mesures contre l'emprise étrangère sur le sol

La construction et l'acquisition de résidences secondaires sont régies par le droit fédéral depuis 1961. Avec l'arrêté fédéral urgent du 23 mars 1961 sur l'acquisition d'immeubles par des personnes domiciliées à l'étranger, qui s'appuie sur la compétence en matière de droit civil de la Confédération, l'acquisition de terrains par des personnes domiciliées à l'étranger est soumise au régime de l'autorisation. La décision fédérale a ensuite été transformée en une loi fédérale à validité illimitée<sup>157</sup>.

En 2007, le Conseil fédéral a demandé d'abroger la «Lex Koller» et de résoudre les problèmes des lits froids et du coût des infrastructures par des mesures d'aménagement du territoire<sup>158</sup>. En 2013, le Parlement a refusé l'abrogation de la Lex Koller<sup>159</sup>.

<sup>153</sup> Chapitre II, chiffre 5.1.1.

<sup>154</sup> Art. 9, al. 2 et 3, LFAIE; rapport Gruber, 1.

<sup>155</sup> Chapitre III, chiffre 7.

<sup>156</sup> Art. 5, al. 1, let. a bis, LFAIE; rapport Gruber, 1.

<sup>157</sup> «Lex Koller»; Ruch, commentaire st-gallois sur l'art. 5a Cst, N 3.

<sup>158</sup> Sandro Genna, Personen im Ausland und schweizerisches Grundeigentum, in: Peter Uebersax/Beat Rudin/Thomas Hugli Yar/Thomas Geiser, Ausländerrecht, Bâle 2009, 935ss., 962ss.

<sup>159</sup> Ruch, commentaire st-gallois sur l'art. 75B Cst., N 4.

### 5.1.2 Acceptation de l'initiative sur les résidences secondaires

Le 11 mars 2012, le peuple et les cantons ont accepté l'initiative sur les résidences secondaires<sup>160</sup>. Après l'acceptation de l'initiative, il y avait différentes incertitudes par rapport à sa mise en œuvre. Le nouveau texte constitutionnel et la disposition de droit transitoire de l'art. 197, ch. 9, Cst., avec la limitation stéréotypée des résidences secondaires, rendaient compliquée la situation de départ. Le 22 août 2012, le Conseil fédéral a édicté une ordonnance<sup>161</sup>. Dans le cas retenu comme «leading case», le Tribunal fédéral s'est exprimé comme suit: «Dans la mesure où les dispositions d'exécution sont indispensables pour pouvoir définir de manière exacte et définitive le domaine d'application et les effets juridiques de la norme constitutionnelle, l'applicabilité directe de l'art. 75B, al. 1, Cst. en lien avec l'art. 197 ch. 9, al. 2, Cst. se limite à une interdiction d'autorisation préventive dans les communes concernées jusqu'à l'entrée en vigueur des dispositions d'application. En fin de compte, cette interdiction préventive équivaut à une zone réservée. Il faut interpréter de manière large pour ne pas devancer le législateur et éviter de porter préjudice aux dispositions d'application futures.<sup>162</sup>» (Traduction)

## 5.2 Principes et droit en vigueur au niveau fédéral

### 5.2.1 Principes fondamentaux de la loi sur les résidences secondaires (LRS)

En acceptant l'initiative sur les résidences secondaires, les citoyens suisses se sont prononcés en faveur d'une limitation des constructions de résidences secondaires<sup>163</sup>. La loi fédérale sur les résidences secondaires<sup>164</sup> applique l'article constitutionnel sur les résidences secondaires que le peuple et les cantons ont accepté le 11 mars 2012<sup>165</sup>. La loi exécute ces dispositions constitutionnelles en premier lieu en interdisant de nouvelles résidences secondaires dans les communes qui en comptent déjà plus de 20%. La construction de résidences principales, c'est-à-dire les logements habités par des personnes qui ont leur domicile principal dans la commune concernée, reste autorisée. La construction d'habitations assimilées aux résidences principales, comme celles destinées à des fins de formation ou des fins lucratives, reste possible. En outre, des logements qui seront exploités à des fins touristiques peuvent être construits. Les logements qui existaient déjà au 11 mars 2012 ou avaient obtenu une autorisation, c'est-à-dire les logements relevant de l'ancien droit, peuvent être librement réaffectés ou rénovés en respectant la surface utile principale qui existait déjà, transformés ou reconstruits. A l'intérieur de la zone à bâtir, ils peuvent même être agrandis jusqu'à 30% de la surface utile principale, dans la mesure où aucun logement supplémentaire n'en résulte. Les logements exploités à des fins touristiques peuvent être construits dans le cadre d'un hébergement touristique structuré, c'est-à-dire des hôtels ou des résidences exploitées en la forme hôtelière. En outre, les résidents locaux peuvent construire un appartement indépendant dans la maison où ils habitent. Dans les deux cas, la condition est que les logements soient mis durablement à la disposition d'hôtes, uniquement pour des séjours

<sup>160</sup> Art. 75b Cst.

<sup>161</sup> RO 2012 4583.

<sup>162</sup> ATF 139 II 243.

<sup>163</sup> En Suisse, il y a environ 500 000 résidences secondaires: Wolf/Lienhard, 5.

<sup>164</sup> Loi fédérale du 20 mars 2015 sur les résidences secondaires, LRS, RS 702.

<sup>165</sup> Art. 75b Cst.

de courte durée et aux conditions usuelles du marché. Cela devrait garantir que des «lits chauds» résultent de la construction. Dans les communes présentant un taux de résidences secondaires supérieur à 20%, les logements sans restriction d'utilisation ne peuvent être créés que s'ils financent horizontalement des projets hôteliers ou si des bâtiments protégés ou caractéristiques du site à l'intérieur de la zone à bâtir ne peuvent être préservés autrement.

L'ordonnance sur les résidences secondaires<sup>166</sup> contient les dispositions d'applications nécessaires relatives à la loi sur les résidences secondaires. Le texte prévoit que le taux de résidences secondaires soit calculé sur la base des données du Registre fédéral des bâtiments et des logements (RegBL) et du registre des habitants, qui peuvent être combinés ensemble pour cela. Sur cette base, l'Office fédéral du développement territorial détermine pour chaque commune si son taux de résidences secondaires dépasse 20% ou non. Comme l'évaluation du taux de résidences secondaires s'appuie sur le RegBL et le registre des habitants, elle n'entraîne pas de charge supplémentaire pour les communes, outre la mise à jour de ces registres. L'ordonnance sur les résidences secondaires décrit aussi plus précisément les concepts utilisés par le législateur tels que «établissement d'hébergement organisé<sup>167</sup>» ou «bâtiments caractéristiques du site<sup>168</sup>». L'ordonnance règle aussi les conditions et la durée de la suspension de la restriction d'utilisation des logements relevant du nouveau droit. En outre, elle détermine quelles autorisations de construire pour les logements exploités à des fins touristiques ou pour les logements sans limitation d'utilisation doivent être transmises à l'Office fédéral du développement territorial.

Le Conseil fédéral a fixé l'entrée en vigueur de la loi fédérale sur les résidences secondaires et de l'ordonnance correspondante au 1.1.2016.

### 5.2.2 Compétences cantonales

L'art. 3 ORSec s'exprime sur les tâches et les compétences des cantons. Ceux-ci doivent établir dans le plan directeur, au besoin, des mesures de promotion d'une meilleure occupation des résidences secondaires ainsi que de promotion de l'hôtellerie et de résidences principales bon marché. L'ORSec laisse le soin aux cantons de concrétiser la limitation des résidences secondaires au sens large. L'ordonnance ne s'exprime pas sur la question de savoir comment les communes saturées doivent atteindre les taux de lits chauds mentionnés par l'art. 75b, al. 1, Cst. Les cantons peuvent prévoir en particulier des mesures visant à améliorer l'occupation des résidences secondaires classiques. Sur ce point, la marge de manœuvre des cantons est dans une large mesure ouverte. Selon l'art. 3, al. 2, LRS, les cantons peuvent édicter des dispositions «qui limitent davantage que la présente loi la construction et l'utilisation de logements<sup>169</sup>». On pense par exemple à des moratoires, des contingents ou des prélèvements sur le bénéfice. La réglementation de l'exécution est en grande partie laissée aux cantons. Ceux-ci doivent tout de même créer une autorité qui surveille l'exécution de l'ORSec<sup>170</sup>.

<sup>166</sup> Ordonnance sur les résidences secondaires du 15 décembre 2015, ORSec, RS 702.1.

<sup>167</sup> Art. 4 ORSec.

<sup>168</sup> Art. 6 ORSec.

<sup>169</sup> Cf. à ce sujet Wolf/Lienhard, 8s.; en outre, ATF 2C\_1076/2012 et 2C\_1088/2012 du 27 mars 2014, E. 7.2.

<sup>170</sup> Alig, 249.

### 5.3 Bases légales et pratique dans le canton du Valais

#### 5.3.1 Décret d'application de la loi fédérale sur les résidences secondaires

Le Grand Conseil du canton du Valais a édicté un décret d'application<sup>171</sup>. L'autorité responsable d'établir le taux de résidences secondaires d'une commune au sens de l'art. 5, al. 4, ORSec est le Service cantonal du développement territorial<sup>172</sup>. Selon l'art. 2 du décret, le Conseil d'Etat exerce la surveillance sur les autorités communales et cantonales compétentes pour l'exécution de la loi sur les résidences secondaires. Le département compétent agit chaque fois en son nom. Selon l'art. 3 du décret, le registre foncier de l'autorité compétente délivrant l'autorisation annonce chaque changement de propriétaire concernant un logement présentant un limitation d'utilisation au sens de l'art. 7, al. 1, ORSec dans le registre foncier.

#### 5.3.2 Centre de compétences résidences secondaires

En ce qui concerne l'entrée en vigueur de la nouvelle loi fédérale sur les résidences secondaires, le Conseil d'Etat du canton du Valais a décidé le 9.12.2015 de supprimer le groupe de travail cantonal institué le 2.3.2012 et de créer un centre de compétences cantonal résidences secondaires (CCR2)<sup>173</sup>. Martin Zurwerra qualifie le centre de compétences résidences secondaires comme une «organisation virtuelle» qui n'a pas de compétence de surveillance effective<sup>174</sup>.

### 5.4 Zones conflictuelles

Selon l'avis d'experts, avec l'ORSec, c'est une loi qui n'est que difficilement gérable dans la pratique qui est entrée en vigueur<sup>175</sup>. Le législateur a créé d'importantes zones conflictuelles entre l'article constitutionnel et la loi. Plusieurs dispositions sont problématiques sur le plan du droit constitutionnel ou peuvent être vues comme violation du «noyau dur» de l'art. 75b Cst établi par le Tribunal fédéral.<sup>176</sup> D'autres dispositions peuvent, selon la pratique des autorités, mener à des situations contraires aux objectifs de l'art. 75b Cst.<sup>177</sup> Bien que l'ORSec s'avère problématique du point de vue du droit constitutionnel sur différents points, elle sera contraignante pour les autorités chargées d'appliquer le droit<sup>178</sup>. Les cantons et communes concernés auront fort à faire pour appliquer cette loi difficilement compréhensible<sup>179</sup>.

<sup>171</sup> Décret d'application du 16 décembre 2015 sur la loi fédérale sur les résidences secondaires, VS-RS 702.101

<sup>172</sup> Art. 1 du décret d'application.

<sup>173</sup> Chapitre III, chiffre 8.

<sup>174</sup> Rapport Zurwerra, 1.

<sup>175</sup> Alig, 251; cf. aussi NZZ N. 27 du 3 février 2016, p. 17: Im Dickicht des Zweitwohnungsregimes - Die Umsetzung der Lex Weber wird im Wallis zum bürokratischen Kraftakt.

<sup>176</sup> Art. 5, al. 1, art. 8 et art. 11 ORSec. Cf. Alig, 251; BSK Cst - Alig/Griffel., art. 75b Cst., N 21, 40, 43 et 48.

<sup>177</sup> Art. 7, art. 9 et art. 14 ORSec.

<sup>178</sup> Art. 190 Cst.; Tschannen, Staatsrecht, § 9, N 27.

<sup>179</sup> BSK Cst.-Alig/Griffel, art. 75b, N 48.

### III. Activités du canton dans le cas de Verbier

#### 1. Contexte

##### 1.1 Généralités

Dans le cas de Verbier, la question centrale est de savoir quelles obligations incombent aux communes et au canton lorsqu'il s'avère que le droit communal n'est pas compatible avec le droit supérieur. Dans ce contexte, se posent aussi des questions sur la portée de la haute surveillance, la surveillance des communes par le canton et la signification de l'approbation des règlements communaux par le Conseil d'Etat. En outre se pose la question des obligations du canton et des communes lorsqu'il s'agit de prendre en considération la pratique judiciaire. Enfin, il s'agit de l'importance des expertises Veuthey/Bender et Rouiller dans l'affaire Verbier.

##### 1.2 Droit des constructions

L'art. 13, al. 1, de la loi sur les constructions du 7 février 1996 établit que l'indice d'utilisation est «le rapport entre la surface brute totale déterminante des planchers et la surface de la parcelle prise en considération». Selon l'art. 13, al. 2, de la loi sur les constructions du 7 février 1996, le mode de calcul de l'indice d'utilisation sera réglé dans l'ordonnance.

L'ordonnance sur les constructions est édictée par le Conseil d'Etat, mais elle est soumise à l'approbation du Parlement.

Selon l'art. 4 de l'ordonnance sur les constructions du 2 octobre 1996, le glossaire précise les définitions de base et les modes de calcul.

La surface brute de plancher utile se compose de la somme de toutes les surfaces d'étages au-dessus et au-dessous du sol, y compris les surfaces des murs et des parois dans leurs sections horizontales, qui servent directement à l'habitation ou à l'exercice d'une activité professionnelle ou qui sont utilisables à cet effet. Des règles particulières s'appliquent pour les bâtiments de l'hôtellerie.

La loi sur les constructions est entrée en vigueur le 1.1.1997. Selon l'art. 59, al. 1, de la loi sur les constructions, les «dispositions matérielles» des communes et du canton devaient «être adaptées dans les cinq ans à partir de l'entrée en vigueur de [la] loi».

##### 1.3 Le règlement des constructions (RCCZ) de la commune de Bagnes

Le règlement des constructions<sup>180</sup> contient les dispositions concernant la réglementation de zones et l'indice d'utilisation. L'indice d'utilisation est le rapport entre la surface brute totale déterminante des planchers et la surface de la parcelle prise en considération<sup>181</sup>. La surface brute du plancher se compose de toutes les surfaces d'étages, y compris les surfaces des murs et des parois dans leurs sections horizontales, qui servent directement à l'habitation ou à l'exercice d'une activité professionnelle ou qui sont utilisables à cet effet<sup>182</sup>. Certains espaces ne sont pas compris dans ce chiffre<sup>183</sup>. La surface constructible

<sup>180</sup> Règlement communal des constructions et des zones de la Commune de Bagnes, RCCZ.

<sup>181</sup> Art. 13 LC; art. 5, al. 1, OC, glossaire de l'OC.

<sup>182</sup> Art. 5, al. 2, OC.

<sup>183</sup> Glossaire de l'OC.

du terrain est égale à la surface des biens-fonds ou des parties de biens-fonds sis en zone à bâtir qui ont fait l'objet de la demande d'autorisation de construire et qui sont encore libres en droit pour la construction<sup>184</sup>. Il faut déduire de cela les surfaces déjà utilisées, les surfaces destinées au domaine public et les surfaces non constructibles<sup>185</sup>.

L'art. 89 RCCZ de la commune de Bagnes reprend le concept de l'indice d'utilisation contenu dans le droit cantonal<sup>186</sup>. Mis à part quelques petites divergences, l'art. 90 RCCZ reprend la définition de la surface brute du plancher contenues dans le glossaire de l'ordonnance cantonale sur les constructions. Cependant, le fait que le quatrième paragraphe de la lettre b de l'art. 90 du règlement des zones et des constructions de la commune de Bagnes établit ce qui suit revêt une grande importance pour le cas présent: «N'entrent toutefois pas en considération les surfaces non utilisables pour l'habitation ou le travail, telles que par exemple les saunas, salles de jeux et carnotzets en sous-sol, ainsi que les piscines à quelque niveau qu'elles se trouvent.»

Cette disposition réglementaire contient une prescription en matière d'indice d'utilisation du sol qui, depuis l'échéance du délai de transition de cinq ans fixé par la loi sur les constructions de 1996, se trouve en contradiction avec le droit cantonal. La commune de Bagnes le savait.

## 2. Approbation du règlement des constructions par le Conseil d'Etat

Le 16 septembre 1998, le Conseil d'Etat a approuvé le règlement des constructions de la commune de Bagnes sans réserve, bien que l'art. 90 de ce règlement définisse la surface brute du plancher d'une manière qui déroge au droit cantonal. Dans sa réponse à l'interpellation Clivaz<sup>187</sup>, le Conseil d'Etat attire l'attention sur le fait que la loi sur les constructions est entrée en vigueur au 1<sup>er</sup> janvier 1997. L'art. 59, al.1, de la loi sur les constructions contient un délai transitoire de cinq ans, pendant lequel les communes peuvent faire concorder leur droit communal dérogeant au droit cantonal. Le délai de transition s'étend jusqu'au 1<sup>er</sup> janvier 2002. Au moment de l'approbation du règlement, ce délai de transition n'était pas encore écoulé. Dans un recours concernant une autorisation de construire dans la commune de Bagnes, le Tribunal fédéral a confirmé l'avis du Conseil d'Etat sur le délai de transition<sup>188</sup>.

Le 6 février 2002, ainsi qu'implicitement le 25 juin 2003 à nouveau dans le cadre de la vérification de dispositions complémentaires, le Conseil d'Etat s'est de nouveau occupé de l'approbation du règlement des constructions de la commune de Bagnes, en particulier de l'art. 90 de ce règlement, qui comporte le même contenu que la disposition correspondante approuvée en 1998.

Dans sa réponse à l'interpellation Clivaz, le Conseil d'Etat fait observer les éléments suivants à ce sujet:

*"La définition de la SBP prévue à l'art. 90 RCC n'était pas entièrement identique à celle prévue dans l'OC et précisée dans le glossaire. Dans cette décision, le Conseil d'Etat a estimé qu'une commune doit bénéficier d'une certaine autonomie pour procéder à une adaptation mineure de la SBP prévue dans l'OC et précisée dans le glossaire pour tenir compte des circonstances locales. Cette interprétation lui a paru soutenable au regard du*

<sup>184</sup> Art. 5, al. 3, OC.

<sup>185</sup> Glossaire de l'OC.

<sup>186</sup> Art. 5, al. 2, OC.

<sup>187</sup> Interpellation 1.0146 Clivaz du 14.12.2015.

<sup>188</sup> ATF du 8 novembre 2001, 1P.557/2001.

*droit cantonal et du principe de l'autonomie communale. Quant au principe de l'autonomie communale, il a une réelle portée en matière de constructions et d'aménagement du territoire, le Grand Conseil ayant attribué de larges compétences aux communes dans ces domaines (p.ex. art. 2 al. 1 ch. 1 et 49 al. 1 LC). Ces deux éléments ont joué un rôle dans l'appréciation du Conseil d'Etat et l'ont incité à faire preuve de pragmatisme en approuvant l'art. 90 RCC puisque, d'une part, cette disposition n'est pas contraire à la LC et à l'OC et que, d'autre part, elle tient compte des particularités locales et du principe l'autonomie communale.*

*Un autre élément peut expliquer la décision du Conseil d'Etat. Une commune peut décider de ne pas fixer d'indice de densité dans certaines zones. Il arrive que des zones à bâtir ne prévoient pas de densité (p.ex. zone de centre village, zone de constructions publiques, etc.). La pratique existe; elle est admissible. Par conséquent, si une commune peut décider de ne pas prévoir de densité dans une zone à bâtir, pourquoi ne pourrait-elle pas revoir, de manière mineure, la définition de la SPB? "Qui peut le plus peut le moins" (selon un adage souvent utilisé par la jurisprudence). Cet argument n'a jamais été invoqué devant le Tribunal fédéral.*

*Enfin, il faut souligner que, le 6 février 2002, le Tribunal fédéral n'avait pas déjà statué sur la conformité ou non de l'art. 90 RCC avec le droit cantonal. Autrement dit, la décision d'homologation du Conseil d'Etat n'apparaissait pas comme étant contraire au droit le 6 février 2002.*

*En 2012, appelé à statuer sur une autorisation de construire délivrée par la commune de Bagnes, le Tribunal fédéral a jugé que l'interprétation du Conseil d'Etat n'était pas correcte: aucune disposition de droit cantonal n'autorise une commune à exclure du calcul de la SBP certaines surfaces que le droit cantonal prescrit de prendre en compte. De manière plus large, les communes doivent se tenir aux définitions prévues dans le glossaire; il n'est pas possible de s'en écarter dans leur RCC. Cet arrêt du Tribunal fédéral revenait de fait à reconnaître que le Conseil d'Etat avait à tort homologué entièrement l'art. 90 RCC dans la mesure où la définition qu'il donne de la SBP n'est pas conforme à celle du glossaire. Le Conseil d'Etat a pris acte de cet arrêt du Tribunal fédéral, qu'il applique avec rigueur et constance. On notera toutefois que cette question n'a pas l'évidente simplicité que certains lui prêtent (dans l'arrêt précité, les considérations du Tribunal fédéral sur ce point portent sur près de cinq pages). En définitive, ce n'est qu'après la décision d'homologation que la non-conformité de l'art. 90 RCC avec le droit cantonal s'est imposée.<sup>189</sup>»*

Le droit cantonal contient des dispositions très détaillées en matière d'indice d'utilisation du sol. Il contient également des instructions précises sur les domaines dans lesquels les communes gardent une marge de manœuvre. Les communes qui appliquent l'indice d'utilisation du sol comme instrument doivent s'en tenir à la définition établie par le droit cantonal. Il fixe le cadre des intérêts publics à prendre en compte. Il n'appartient pas aux communes de poursuivre d'autres intérêts publics qui contredisent le droit cantonal via une description de l'indice d'utilisation du sol qui déroge au droit cantonal en se prévalant de leur autonomie. L'autonomie cantonale n'existe que dans le cadre du droit cantonal. Après que le Conseil d'Etat a pris connaissance du caractère illicite de l'art. 90 du règlement des constructions de la commune de Bagnes (en tout cas après la décision du

<sup>189</sup> Interpellation 1.0156 Clivaz, réponse du 7.6.2016, ch. 2, let. b.

Tribunal fédéral du 2 avril 2012), aurait dû se poser la question de savoir si l'approbation de cette disposition réglementaire devait être retirée après coup. Cette question, pour laquelle il n'y a pas de précédent selon les renseignements donnés par l'administration cantonale, n'a pas été posée. Une disposition correspondant à cette question fait défaut dans le droit écrit du canton du Valais. Dans la littérature, on défend l'avis qu'un retrait de l'approbation est possible<sup>190</sup>.

### 3. Pratique du Tribunal fédéral par rapport au règlement des constructions de la commune de Bagnes

Le 8 novembre 2001, le Tribunal fédéral devait s'occuper d'un recours contre une décision du Tribunal cantonal valaisan prise le 29 juin 2001<sup>191</sup>. Il était question d'une autorisation de construire délivrée par la commune de Bagnes pour l'agrandissement d'un chalet à Verbier. Le Tribunal fédéral a accepté ce recours notamment parce qu'il était permis, dans la situation relevant du droit transitoire, d'utiliser un indice d'utilisation du sol communal moins restrictif par rapport à celui du droit cantonal. Il ressort de la décision du Tribunal fédéral que l'art. 90 du règlement des constructions de la commune de Bagnes ne serait plus compatible avec le droit cantonal après l'expiration du délai transitoire<sup>192</sup>. Le 2 avril 2012, le Tribunal fédéral s'est occupé du recours contre la décision du Tribunal cantonal du canton du Valais du 1<sup>er</sup> septembre 2011<sup>193</sup>. Il était de nouveau question de l'application de l'art. 90 du règlement des constructions de la commune de Bagnes pour une autorisation de construire à Verbier. Le Tribunal fédéral a fait observer les éléments suivants à propos de l'autonomie communale:

*"Selon l'art. 50 Cst., l'autonomie communale est garantie dans les limites fixées par le droit cantonal. Une commune bénéficie de la protection de son autonomie dans les domaines que le droit cantonal ne règle pas de façon exhaustive, mais qu'il laisse en tout ou partie dans la sphère communale, conférant par là aux autorités municipales une liberté de décision relativement importante. L'existence et l'étendue de l'autonomie communale dans une matière concrète sont déterminées essentiellement par la constitution et la législation cantonales (ATF 136 316 consid. 2.1.1. p. 317 et les arrêts cités; ATF 1C\_423/2011 du 2 avril 2012, E. 3.1.).»*

En outre, le Tribunal fédéral a souligné les choses suivantes: *«Le tribunal cantonal a en l'espèce considéré que le RCC contrevenait au droit cantonal en tant qu'il excluait du calcul de la SBP certaines surfaces commerciales que le droit cantonal prescrivait de prendre en compte. L'instance précédente a en effet estimé que la notion d'indice d'utilisation était définie par le droit cantonal, à savoir par les articles 13 LC et 5 CO ainsi que par le glossaire annexé à l'OC. Elle s'est notamment référée aux travaux préparatoires relatifs à cette législation qui mettaient en évidence que cette notion ressortait du droit cantonal. Ainsi, le rapporteur de la commission parlementaire rappelait, lors des premiers débats, que les communes étaient libres de ne pas utiliser l'indice d'utilisation du sol, mais que, dans le cas où elles le feraient, elles devraient expressément se référer à la notion définie par l'ordonnance (Bulletin des séances du Grand Conseil, in: BSGC, novembre 1995, p. 1359). L'OC et son glossaire concrétisaient en effet la volonté du législateur d'instaurer "une unité de langage et d'application des dispositions légales sur l'ensemble du canton"»*

<sup>190</sup> de Courten, 132.

<sup>191</sup> ATF 1P.577/2001 du 8 novembre 2001.

<sup>192</sup> Rouiller, 38, ch. 35.

<sup>193</sup> ATF 1C\_423/2011 du 2 avril 2012.

(BSGC, novembre 1996, p. 1179). Son idée n'était pas de quantifier les définitions, mais de laisser à chaque commune le soin d'apprécier si elle voulait donner telle ou telle hauteur à un bâtiment; il s'agissait de préciser le caractère de la définition et non la quantité (BSGC, février 1996, p. 844). Dans son message concernant l'OC, le Conseil d'Etat soulignait à cet égard que, pour la première fois, le calcul de la surface brute de plancher utile prise en compte relevait exclusivement du droit cantonal (BSGC, novembre 1996, p. 1040). Enfin, le Tribunal cantonal a relevé que le droit cantonal introduisait certes plusieurs réserves spécifiques en faveur du droit communal (cf. art. 5 al. 4 et 5 OC et art. 6 OC): aucune n'autorisait cependant une commune à exclure du calcul de la SBP certaines surfaces que le droit cantonal prescrivait de prendre en compte<sup>194</sup>. Le Tribunal a retenu que le droit communal doit respecter le droit cantonal dans ce domaine. L'approbation du règlement des constructions par le Conseil d'Etat ne change rien à la question: "Enfin, le fait que le Conseil d'Etat ait homologué le RCC en 2003, soit après l'adoption de l'OC et son glossaire, n'est pas susceptible de remettre en cause l'appréciation faite par la cour cantonale dès lors qu'il ressort de l'interprétation de la LC elle-même que l'indice d'utilisation est une notion du droit cantonal (cf. consid. 13 al. 1 et 2 LC; BSCG, novembre 1996, p. 1179; BSCG, février 1996, p.844; BSCG, novembre 1995, p.1359); à cet égard, l'homologation de la législation communale par le Conseil d'Etat n'a pas pour effet d'élever celle-ci au rang de droit cantonal, contrairement à ce que soutient la recourante<sup>195</sup>".

#### 4. Expertise Veuthey/Bender

La commune de Bagnes avait chargé messieurs Léonard Bender et Pierre-André Veuthey de vérifier sa procédure d'autorisation dans le secteur de la construction du point de vue de sa conformité aux règles. Plusieurs procédures d'autorisation ont été examinées entre 2012 et 2015. Le rapport des experts est daté du 12 février 2016.

Ils ne s'expriment que brièvement et de manière générale sur la surveillance du canton dans ce domaine<sup>196</sup>. Les experts Veuthey et Bender soulignent au passage que l'Etat avait connaissance des «lacunes de la commune de Bagnes». Ce n'est cependant pas clair s'ils avaient connaissance de la prise de position claire émise par le canton vis-à-vis de la commune de Bagnes le 10 juillet 2012. Ils ne s'expriment pas à propos de ce texte. La situation juridique était claire pour la commune de Bagnes au plus tard à la suite de ce courrier. Les deux experts soulignent en tout cas que la responsabilité primaire pour les autorisations de construire non conformes au droit revient à la commune<sup>197</sup>.

Dans sa réponse à l'interpellation Clivaz, le Conseil d'Etat fait observer les éléments suivants: «Les experts mandatés par la commune de Bagnes ont examiné une quinzaine de permis de construire délivrés par le conseil municipal entre 2012 et 2015. Ils sont arrivés à la conclusion que neuf autorisations ne respectent pas l'indice d'utilisation du sol. Selon les experts, sur ces neuf cas, huit contreviennent à l'art. 90 RCC (un seul dossier est conforme à l'art. 90 RCC, mais pas au droit cantonal). On voit par là que le problème ne vient pas de la non-conformité d'une partie de l'art. 90 RC avec le droit cantonal, mais bien plutôt du fait que, dans huit cas sur neuf, le conseil municipal n'a pas respecté son propre règlement des constructions (art. 90RCC).

<sup>194</sup> ATF 1C\_423/2011 du 2 avril 2012, E. 3.3.

<sup>195</sup> ATF 1C\_423/2012 du 2 avril 2012, E. 3.3.

<sup>196</sup> Expertise Veuthey/Beneder, ch. 13, 8.

<sup>197</sup> Expertise Veuthey/Beneder, ch. 14, 9.

*Par ailleurs, le Tribunal cantonal et le Tribunal fédéral ont statué sur la conformité au droit cantonal de l'art. 90 RCC respectivement le 1<sup>er</sup> septembre 2011 et le 2 avril 2012. 90 RCC respectivement le 1er septembre 2011 et le 2 avril 2012. Dès cette date, la commune de Bagnes avait connaissance de cette jurisprudence. Le conseil municipal savait que la pratique communale était contraire au droit; il ne pouvait donc plus, de bonne foi, se réfugier derrière sa pratique (illégal) ou la procédure d'homologation<sup>198</sup>».*

## 5. Expertise Rouiller

A la fin août 2016, le prof. Claude Rouiller, ancien président du Tribunal fédéral suisse, a présenté au public une expertise réalisée sur mandat de la commune de Bagnes. Le «rapport établi à la demande du Conseil communal de Bagnes sur certaines conséquences d'une pratique, jugée illégale, en matière de police des constructions» comprend 114 pages et se prononce non seulement sur la responsabilité du conseil communal et de certains de ses membres, mais aussi sur le rôle du canton.

L'expertise souligne que la législation du canton du Valais en matière de constructions, en vigueur depuis le 1.1.1997, règle la question de la densité des constructions en fixant deux coefficients: l'indice d'utilisation du sol et le taux d'occupation du sol. L'indice d'utilisation est le rapport entre la surface brute totale déterminante des planchers des bâtiments et la surface constructible, c'est-à-dire la surface de la parcelle prise en considération. Ces définitions sont contraignantes pour les communes. La commune de Bagnes n'a, consciemment, pas respecté ces dispositions contraignantes. Claude Rouiller écrit:

*«L'affaire dite des "constructions illicites de Verbier" est née de ce que la Commune de Bagnes s'est écartée de ce devoir institutionnel. Jusqu'aux dénonciations publiques survenues en 2015, elle excluait, en principe, du calcul de la SBP certains sous-sols dont son règlement de construction (RCCZ) précise la destination. Il importe peu que ce mode de calcul de la SBP semble avoir été celui pratiqué antérieurement, sous l'empire du règlement de 1977. Il a en effet été banni par la législation cantonale de 1997 à compter de l'expiration du délai d'adaptation que celle-ci laissait aux communes.»*

Claude Rouiller écrit que le conseil communal de Bagnes savait déjà en 1999, lorsque le RCCZ a été édicté, qu'une des dispositions réglementaires contrevenait au droit cantonal<sup>199</sup>. Selon lui, le conseil communal de Bagnes a consciemment continué à utiliser cette norme lorsque le délai transitoire accordé par la loi cantonale sur les constructions pour adapter les règles non conformes au droit cantonal était expiré. Et Claude Rouiller écrit: «... il a persévéré dans cette pratique, après que les plus hautes juridictions du Canton et de la Confédération l'eurent condamné dans l'affaire dite "des rez contigus"<sup>200</sup>».

Enfin, Claude Rouiller mentionne la «dégradation de l'éthique juridique» dans la commune de Bagnes: «...les services communaux compétents et la "commission des architectes" semblent en effet avoir bel et bien fermé les yeux sur les actes de constructeurs qui, non contents de profiter de la violation généralisée d'une norme du droit cantonal, en auraient profité pour aller même au-delà des possibilités offertes par le règlement communal entaché d'illégalité<sup>201</sup>».

<sup>198</sup> Réponse du Conseil d'Etat à l'interpellation 1.0156 Clivaz, ch. 3a.

<sup>199</sup> Rouiller, 105, ch. 121.

<sup>200</sup> Rouiller, 105, ch. 121.

<sup>201</sup> Rouiller, 106, ch. 122.

Claude Rouiller affirme toutefois que le Conseil d'Etat du canton du Valais et les services compétents du canton portent la responsabilité principale pour la situation dans le secteur de la construction:

*«Le Canton du Valais, via ses services administratifs compétents, porte la responsabilité initiale et primordiale dans l'affaire dite "des constructions illicites de Verbier". Il n'a pas accompli, in casu, son devoir de surveillance des collectivités publiques décentralisées que sont les communes, avec toute la diligence que requerrait le respect des principes constitutionnels, de la légalité et de l'intérêt public. Il a perdu de vue, toujours in casu, que ce devoir de surveillance, dont la législation sur les communes définit correctement la portée, a pour corollaire l'obligation de fournir effectivement à celles-ci conseil, appui et soutien<sup>202</sup>.»*

Claude Rouiller relève des négligences du canton dans l'approbation sans réserve du règlement des constructions de la commune de Bagnes, dans des décisions à propos de recours dans la procédure d'autorisation de construire lors desquelles la jurisprudence du Tribunal cantonal et du Tribunal fédéral n'a, selon lui, pas été prise en compte<sup>203</sup>, et dans le manque de soutien et de conseil à la commune de Bagnes. Cet avis n'est pas convaincant. Les communes sont elles-mêmes responsables, en premier lieu, de leur comportement dans les domaines où elles sont autonomes. Un argument vient s'ajouter concernant la manière de procéder:

Claude Rouiller n'a pas entendu le Conseil d'Etat du canton du Valais dans le cadre de son analyse. Il ne lui a pas non plus donné l'occasion de prendre position par rapport au reproche selon lequel il porte la responsabilité principale pour les agissements illégaux de la commune de Bagnes.

Le droit d'être entendu lors d'une procédure administrative ou de justice administrative veut dire que personne ne peut être lésé dans sa situation juridique sans avoir été entendu au préalable<sup>204</sup>. Le fait d'être entendu constitue aussi un moyen de tirer une affaire au clair. Il garantit «que tous les faits et intérêts pertinents du cas en question sont pris en compte lors de la prise de décision et qu'à la fin de la procédure, il en résulte une décision conforme aux faits et au droit.<sup>205</sup>» Il s'agit en l'espèce d'une procédure de justice administrative. C'est pourquoi il n'y avait pas d'obligation juridique de faire usage du droit d'être entendu au sens formel. Le droit d'être entendu comprend également, outre son contenu strictement juridique, des éléments centraux d'équité. Claude Rouiller a aussi examiné, de sa propre initiative, l'activité de surveillance du canton. Du moment qu'il avait décidé d'évaluer de manière critique le comportement du canton, il aurait été nécessaire qu'il entende au préalable les organes compétents.

## **6. Actions de surveillance du canton**

### **6.1. Période suivant la mise en vigueur de la loi sur les constructions de 1996**

Le 1<sup>er</sup> janvier 1997, la loi sur les constructions du canton du Valais, nouvelle à l'époque, est entrée en vigueur. Cette nouvelle loi visait à uniformiser le droit cantonal concernant les principes fondamentaux en matière de droit des constructions. Cela était aussi valable pour l'indice d'utilisation du sol, comme il ressort clairement des débats parlementaires.

<sup>202</sup> Rouiller, 104, ch. 120.

<sup>203</sup> A propos de la jurisprudence, Rouiller, 38s., ch. 35.

<sup>204</sup> Kölz/Häner/Bertschi, N 214 ss.; ATF 135 II 286 E. 51.

<sup>205</sup> Tschannen/Zimmerli/Müller, § 30, N 36.

Ces règles ont été édictées au cours d'une procédure transparente et étaient connues de toutes les communes. L'art. 59 de la loi sur les constructions introduit un délai transitoire de cinq ans au cours duquel les règles dérogeant au droit communal devaient être adaptées au nouveau droit cantonal. Le Conseil d'Etat du canton du Valais a approuvé le 16 septembre 1998 le règlement des constructions de la commune de Bagnes, qui prévoit une réglementation bien plus souple que le droit cantonal pour l'indice d'utilisation du sol. Au vu du droit transitoire qui était en vigueur, cela n'est pas critiquable. Il aurait été envisageable que le canton émette une réserve par rapport à la durée de validité de la disposition réglementaire en question. Le 6 février 2002, dans le cadre d'une procédure d'autorisation, le Conseil d'Etat a de nouveau examiné le règlement des constructions de la commune de Bagnes, en particulier l'art. 90 de ce règlement. Cette décision a été implicitement confirmée dans une décision complémentaire du 25 juin 2003. A ce moment, le délai transitoire pour adapter le droit communal au droit cantonal avait expiré.

Il appartenait en premier lieu à la commune de Bagnes d'adapter son règlement ou nouveau droit et de soumettre un projet conforme au droit au Conseil d'Etat pour approbation. Au surplus, le Conseil d'Etat (ainsi que les organes compétents de l'administration lors de la procédure préliminaire) aurait dû vérifier si le droit cantonal devait obligatoirement être appliqué dans ce domaine ou si une interprétation extensive de l'autonomie communale était en fait possible<sup>206</sup>. D'un point de vue politique, cette référence à l'autonomie communale est compréhensible. D'un point de vue juridique, il faut toutefois souligner que le droit cantonal fixe le cadre de l'autonomie communale<sup>207</sup>. Il faut partir du principe que la conscience de cette problématique faisait aussi défaut les années suivantes chez les organes cantonaux compétents<sup>208</sup>. Il s'est avéré qu'il existait un besoin de clarification et d'optimisation concernant les processus et les compétences internes à l'administration. La coordination et l'échange d'informations entre les unités administratives impliquées sont des éléments très importants. A cet égard, il faut prendre en compte le fait que l'approbation des règlements communaux a une portée restreinte. Il s'agit d'une procédure de contrôle abstrait de normes. Une approbation ne rétablit pas des manquements juridiques. Une disposition illégale demeure vérifiable quant à sa conformité au droit dans le cas d'application même après l'approbation. Tant le Tribunal cantonal que le Tribunal fédéral ont effectué la vérification juridique et constaté que le règlement des constructions de la commune de Bagnes n'était pas conforme au droit supérieur en ce qui concerne l'indice d'utilisation du sol.

Le droit cantonal part du principe que les communes ont une position forte et qu'elles agissent de manière responsable. La loi sur les constructions a attribué aux communes de larges compétences. Non seulement elles sont responsables de délivrer les autorisations de construire dans les zones à bâtir, mais elles sont aussi l'autorité de police des constructions<sup>209</sup>. Les communes doivent s'organiser et se gérer conformément à la loi. Si les tribunaux constatent que certaines dispositions d'un règlement communal ne sont pas compatibles avec le droit supérieur, les communes doivent garantir par elles-mêmes que la pratique future sera conforme au droit. Cela est également valable lorsque les

---

<sup>206</sup> Réponse du Conseil d'Etat à l'interpellation 1.0156 Clivaz, ch. 2a.

<sup>207</sup> ATF 136 I 265 E. 2.1. P. 269; II 1.1.2.

<sup>208</sup> Les processus exacts internes à l'administration ne peuvent plus être reconstitués. Une interrogation du chef de service compétent de l'administration réalisée les 21 et 22 septembre 2016 par les experts confirme aussi cela.

<sup>209</sup> Art. 49 LC

dispositions réglementaires jugées contraires au droit par la jurisprudence ont été préalablement approuvées par le Conseil d'Etat.

## **6.2. Période suivant l'arrêt du Tribunal fédéral du 2 avril 2012**

Le 2 avril 2012, le Tribunal fédéral a clairement souligné dans une décision concernant la commune de Bagnes que la législation cantonale définit l'indice d'utilisation du sol et que, dans ce domaine, il n'y a presque pas de marge pour une dérogation par rapport au droit communal<sup>210</sup>. Les organes compétents du canton avaient déjà examiné de plus près cette affaire avec cette décision du Tribunal fédéral.

Les clarifications avec les organes compétents du canton ont donné les résultats suivants<sup>211</sup>: le responsable de la commune de Bagnes en charge de cette affaire avait pris contact avec le DTEE le 12 janvier 2012 par e-mail. La commune de Bagnes voulait savoir où le canton en était dans la révision de la législation en matière de constructions. De plusieurs côtés, on a exigé que le canton modifie le glossaire de l'ordonnance sur les constructions. Le Conseil d'Etat ne pouvait pas entrer en matière sur cette demande puisque le simple fait de modifier le glossaire n'aurait pas été une solution au problème. L'ordonnance sur les constructions aurait éventuellement dû être adaptée. Une telle modification aurait dû être soumise au Grand Conseil pour approbation. Le Service administratif et juridique du DTEE et le DTEE ont informé la commune de Bagnes des différentes variantes possibles. Il a été suggéré plusieurs fois que la commune de Bagnes modifie son règlement des constructions. Cette proposition a été refusée par la commune de Bagnes. Au contraire, elle a demandé que le canton adapte la législation en matière de constructions.

Le 10 juillet 2012, après différents contacts et entretiens qui avaient eu lieu le 13 mars 2012 dans cette affaire également avec la commune de Zermatt, le chef du Service administratif et juridique du Département des transports, de l'équipement et de l'environnement, monsieur Adrian Zumstein, a adressé un courrier à la commune de Zermatt, ainsi que le courrier suivant au représentant légal de la commune de Bagnes:

*Etude du Ritz  
Me Antoine Zen Ruffinen  
33, Av. du Ritz  
CP 2135  
1950 Sion 2 Nord*

### **Indice d'utilisation**

*Maître,*

<sup>210</sup> ATF 1C\_423/2011 du 2 avril 2012, E. 3.3.

<sup>211</sup> Audition de monsieur Adrian Zumstein, chef de service, Service administratif et juridique, DTEE.

*Nous nous référons à votre lettre du 29 mars 2012 nous informant que vous représentez les intérêts de la Commune de Bagnes, aux différents échanges de courriels avec M. Gabriel Luisier ainsi qu'aux différentes correspondances concernant l'objet visé en référence. Dans ce cadre, nous nous permettons de vous transmettre notre appréciation au sujet des problématiques relevées en relation avec l'indice d'utilisation.*

*Pour rappel, la législation cantonale traite de la question en définissant deux coefficients en lien avec la densité:*

*a. l'indice d'utilisation (art. 13 de la loi sur les constructions (LC); art. 5 et 32 al. 1 let. k de l'ordonnance sur les constructions (OC); Glossaire OC);*

*b. la taux d'occupation du sol (art. 32 al. 1 let. k OC; Glossaire OC); ce second coefficient n'étant que très rarement utilisé, il sied de se concentrer sur l'indice d'utilisation.*

*L'indice d'utilisation du sol est le rapport entre la surface brute de plancher utile et la surface constructible du terrain (art. 13 LC; art 5 al. 1 OC; Glossaire OC).*

*a. La surface brute de plancher utile est composée de toutes les surfaces d'étages, y compris les murs, qui servent directement ou sont utilisables à l'habitation ou à l'exercice d'une activité professionnelle (art. 5 al. 2 OC); certains locaux sont exclus, tels que les locaux de service, les balcons, les couloirs/escaliers menant à des locaux non utilisables, etc. (Glossaire OC).*

*b. La surface constructible du terrain correspond à la surface comprise dans la zone à bâtir qui est encore libre en droit pour la construction (art. 5 als. 3 OC); il faut y déduire les surfaces déjà utilisées, celles destinées au domaine public et celles non constructibles telles que forêts (Glossaire OC).*

*Selon le principe de la hiérarchie des normes, le droit communal doit respecter le droit supérieur cantonal, resp. fédéral; à défaut, la non-conformité du règlement peut être invoquée dans le cadre d'une procédure (RVJ 2006 p. 58 consid. 3.2.; RVJ 2003 p. 45 consid. e). Dans ce contexte, si une commune veut intégrer dans son règlement communal un coefficient mettant en rapport la surface habitable avec la surface du terrain, elle doit se tenir à la définition légale cantonale de l'indice d'utilisation fixée aux art. 13 LC, 5 OC et dans le Glossaire OC (Arrêt du Tribunal fédéral in RVJ 2002, p.36 pour carnotzet, salles de jeu, piscine, sauna; Arrêt du Tribunal cantonal du 1er septembre 2011 dans la cause X. v. Conseil d'Etat et Bagnes, confirmé par ATF non publié 1C\_423/2011 du 2 avril 2012; Décision du Conseil d'Etat du 9 novembre 2011 dans la cause X. v. Zermatt).*

*En effet, une telle notion relève exclusivement du droit cantonal (cf. Message de l'OC in Bulletin des séances du Grand Conseil, novembre 1996, p. 1040); les communes sont certes libres d'utiliser l'instrument de l'indice d'utilisation du sol mais, si elles le font, elles doivent expressément se référer à cette notion (cf. propos du rapporteur de commission in Bulletin des séances du Grand Conseil, novembre 1995, p.1395). La seule liberté des communes consiste à fixer la hauteur de l'indice, mais en aucun cas à adapter la définition de l'indice d'utilisation (même si une autre notion est utilisée, telle que taux de densité).*

*Il est important de relever que le droit cantonal permet la possibilité d'augmenter l'indice d'utilisation, en particulier dans les cas suivants:*

- a. si le règlement communal le prévoit: bonus en cas d'économie d'énergie du type Minergie (art. 6 CO; art 20 Loi sur l'énergie);*
- b. si le règlement communal le prévoit: majoration par l'adoption d'un plan d'affectation spécial (art. 5 al. 5 OC);*
- c. divers: transfert d'indice d'un voisin (art. 13 al. 3 LC et 7 OC), cession de surfaces pour raisons d'utilité publique (art. 5 al. 4 OC; art. 52 al. 6 Loi sur les routes).*

*A ce sujet, il est important de relever qu'une commune ne peut en principe pas prévoir un cas supplémentaire d'augmentation d'indice, dès lors que la notion d'indice d'utilisation, et son augmentation potentielle, relève du droit cantonal. Pour modifier la définition de l'indice d'utilisation, il apparaît nécessaire, à notre sens, de procéder à une modification de l'ordonnance (par le Grand Conseil; cf. art. 58 al. 1 LC; art. 89 de la Loi sur l'organisation des Conseils et les rapports entre pouvoirs RS/VS 171.1) et du Glossaire (par le Conseil d'Etat; art. 14 LC et art. 4 al. 3 OC). En effet, la loi se limite à indiquer que le "mode de calcul de l'indice sera réglé dans l'ordonnance" (art. 13 al. 2 LC), de sorte qu'une modification de la LC n'apparaît pas nécessaire.*

***Il est essentiel de souligner qu'une modification de l'ordonnance sur les constructions implique une approbation du Grand Conseil. En effet, l'art. 58 al. 1 LC dispose que les prescriptions nécessaires à l'exécution de la LC doivent faire l'objet d'une approbation par le Grand Conseil.***

*Nous relevons enfin que notre service analyse actuellement l'opportunité d'une modification formelle et/ou matérielle de la législation cantonale en matière de constructions. Les propositions soumises (modification de la définition de l'indice d'utilisation ou création d'un nouveau type de bonus sur indice) impliquent nécessairement une modification matérielle de l'OC et de son Glossaire. Nous ne manquerons pas de considérer vos propositions dans le cadre d'une modification matérielle et vous en tiendrons informé.*

*Nous espérons ainsi vous avoir apporté les précisions nécessaires concernant les coefficients par rapport à la densité, en particulier l'indice d'utilisation, et restons très volontiers à votre disposition pour tout renseignement complémentaire.*

*Nous vous présentons, Maître, nos salutations distinguées.*

*Adrian Zumstein*

*Chef de service*

*Copie à:*

*Commune de Bagnes, Administration communale, Route de Clouchèvre 30, 1934 Le Châble  
Fédération des communes valaisannes, Secrétariat général, Bahnhofstrasse 10, Postfach  
685, 3900 Brig*

*Service des affaires intérieures et communales, Av. de la Gare 39, 1950 Sion*

*Service du développement territorial, Rue des Cèdres 11, 1950 Sion.*

Le courrier du chef du Service administratif et juridique du Département des transports, de l'équipement et de l'environnement exprime une position juridique claire. Concrètement, il s'agit d'une directive du canton à la commune de Bagnes<sup>212</sup>. Le Conseil d'Etat a décidé en 2014 de former un groupe de travail pour la révision de l'ordonnance sur les constructions. Les membres de ce groupe de travail étaient des représentants de différents services<sup>213</sup>, des représentants des communes de Bagnes et de Zermatt ainsi que de la Fédération des communes valaisannes. Les bases légales ont finalement été modifiées en faveur de l'hôtellerie. Les autres souhaits de la commune de Bagnes, qui demandaient aussi des adaptations pour des bâtiments isolés et des galeries marchandes, n'ont pas été pris en compte lors de la révision partielle. Selon son rapport, l'expert Rouiller avait accès aux documents de la commune de Bagnes<sup>214</sup>. Il devait également avoir connaissance du courrier du 10 juillet 2012 du canton, qui a été transmis non seulement au représentant légal de la commune de Bagnes, mais aussi directement à la commune de Bagnes en copie; il devait aussi connaître les travaux consécutifs. Il était clair pour la commune de Bagnes que son action était illégale, puisqu'elle a été informée par le canton et impliquée dans les travaux qui suivirent. La commune savait qu'il fallait viser une modification du droit cantonal par voie politique. Dans ce contexte, il n'est pas compréhensible que l'expert Rouiller critique le manque d'information et de soutien apporté à la commune de Bagnes par le canton, et cela sans avoir recueilli l'avis du Conseil d'Etat au préalable<sup>215</sup>.

Les mesures décrites ici et le courrier du 10 juillet 2012 prouvent que les organes compétents du canton ont assumé leurs obligations d'information et de conseil selon l'art. 144, al. 2, de la loi sur les communes. La commune de Bagnes a été informée de manière complète sur la situation juridique ainsi que sur la jurisprudence concernant l'indice d'utilisation du sol. Le canton aurait pu contrôler à partir de l'automne 2012 si la commune de Bagnes avait appliqué les prescriptions du courrier du 10 juillet 2012. Toutefois, il n'aurait pas été autorisé que le Conseil d'Etat s'immisce directement dans la procédure pour délivrer des autorisations de construire. C'est ce que souligne également Claude Rouiller: *«Certes, la procédure est fixée par le droit cantonal, mais la décision de délivrer ou de refuser une telle autorisation est du ressort exclusif du Conseil communal dont la décision n'est contrôlée que sur recours par le gouvernement cantonal»*<sup>216</sup>. Comme le montre l'expertise Veuthey/Bender du 12 février 2016, la commune a passé outre le droit cantonal ainsi que son propre droit communal dans les années 2012 à 2015 encore, malgré la prise de position claire du canton. L'expertise Veuthey/Bender soulignait déjà clairement que la responsabilité primaire pour une action illégale incombait à la commune: *«...la responsabilité primaire incombe à la commune et notamment à la commission des constructions»*<sup>217</sup>.

---

<sup>212</sup> Häfelin/Müller/Uhlmann, N 1957.

<sup>213</sup> SAIC, SDT, SAJTEE

<sup>214</sup> Rouiller, 11, ch. 7.

<sup>215</sup> Rouiller, 40, ch. 36.

<sup>216</sup> Rouiller, 24, ch. 22.

<sup>217</sup> Veuthey/Bender, 9.

### 6.3. Le soutien à la commune de Bagnes

Selon l'art. 144 de la loi sur les communes, le canton fournit aux communes entre autres des renseignements et des conseils, «dans la mesure du possible».

L'expert Claude Rouiller est d'avis que le canton n'a pas rempli ses obligations à cet égard: *«Il a perdu de vue, toujours in casu, que ce devoir de surveillance, dont la législation sur les communes définit correctement la portée, a pour corollaire l'obligation de fournir effectivement à celles-ci conseil, appui et soutien<sup>218</sup>.»*

Le chef du Service administratif et juridique du Département des transports, de l'équipement et de l'environnement (DTEE) a souligné les éléments suivants sur ce point: *«La déclaration selon laquelle la commune de Bagnes n'a pas reçu de soutien du canton est, du point de vue du SAJTEE, infondée. Nous renvoyons en particulier aux informations contenues dans le rapport du 27 juillet 2016. Il est certes compréhensible qu'une commune avance qu'elle n'a pas reçu de soutien lorsqu'elle ne reçoit pas de préavis positif ou de réponse positive aux demandes qu'elle a faites (en particulier la modification du glossaire de l'ordonnance sur les constructions). Cependant, c'est une déclaration partielle qui réfute que le DTEE/SAJTEE a montré à la commune des scénarios possibles pour régler la situation d'alors, plusieurs entretiens ont eu lieu, la commune était intégrée dans le groupe de travail pour l'ordonnance sur les constructions et que le contact avec la commune a toujours été maintenu du côté du SAJTEE. L'expert (Rouiller) n'a pris contact avec aucun représentant du SAJTEE<sup>219</sup>.»*

Cette déclaration ainsi que, en particulier, le courrier du chef du service SAJTEE du 10 juillet 2012 adressé au représentant légal de la commune de Bagnes prouvent que cette dernière a été très bien informée et soutenue par le canton justement dans les années 2012-2015, quand l'expertise Veuthey/Bender a recensé de graves infractions aux règles de la part de la commune.

La commune de Bagnes savait aussi que son problème principal ne pouvait être résolu que par une révision de la loi sur les constructions et de l'ordonnance sur les constructions. Cela ressort déjà du courrier du SAJTEE envoyé le 10 juillet 2012 à la commune de Bagnes. Le 5 mai 2015 déjà, la commune de Bagnes a soumis au Conseil d'Etat un projet pour un nouveau règlement des constructions, «qui serait conforme à la nouvelle loi cantonale sur les constructions qui devrait entrer en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2017». Ce document aussi montre que la commune savait que de nouvelles bases juridiques devaient être créées selon un processus légitimé de manière démocratique. Selon la planification, les travaux législatifs devaient être achevés en novembre 2016.

### 7. LFAIE (Lex Koller)

La LFAIE limite l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger<sup>220</sup>. Selon l'article sur le but de la loi, il faut prévenir l'emprise étrangère sur le sol suisse. L'acquisition d'un immeuble assujéti au régime de l'autorisation par des personnes à l'étranger est subordonnée à une autorisation de l'autorité cantonale compétente. Il existe un système de contingent.

<sup>218</sup> Rouiller, 104, ch. 120.

<sup>219</sup> Audition du 21 septembre 2016 de monsieur Adrian Zumstein, chef de service SAJTEE.

<sup>220</sup> Loi fédérale du 16 décembre 1983 sur l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger, LFAIE, RS 211.412.41.

Le canton du Valais a édicté une loi sur l'acquisition de logements de vacances par des personnes à l'étranger<sup>221</sup> et un règlement sur l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger<sup>222</sup>.

Selon ce règlement, une commission est responsable pour l'attribution régionale du contingent d'autorisations. La commission se compose de sept à neuf membres choisis dans les milieux du tourisme et de l'économie ainsi que dans l'administration cantonale. Le règlement institue aussi des autorités administratives. L'Office juridique du Service des registres fonciers et de la géomatique est l'autorité compétente chargée de statuer sur l'assujettissement au régime de l'autorisation, sur l'octroi de l'autorisation ainsi que sur la révocation d'une autorisation ou d'une charge. Le Service des affaires intérieures et communales (SAIC) est l'autorité habilitée à recourir, à requérir la révocation d'une autorisation ou l'ouverture d'une procédure pénale et à agir en cassation de l'état illicite<sup>223</sup>.

Selon la loi cantonale d'application de la LFAIE, la commune doit créer une base légale dans un lieu touristique afin que l'autorité d'autorisation puisse attribuer à la commune des contingents pour les logements de vacances. Le 8 novembre 1991, la commune de Bagnes a créé un tel règlement. Celui-ci a été approuvé par le Conseil d'Etat le 21.1.1992. Toutes les autorisations d'acquisitions que le canton accorde à la commune de Bagnes sont également transmises à l'autorité du canton habilitée à recourir et à l'Office fédéral de la justice. Ces explications montrent que l'application de la LFAIE ne relève pas de la compétence de la commune. Toutefois, comme la commune de Bagnes a autorisé, de manière illégale, un indice d'utilisation du sol trop élevé dans le cadre de la procédure d'autorisation de construire, il peut en résulter, par un «effet réflexe», une violation de la LFAIE<sup>224</sup>. L'expertise Veuthey/Bender n'a pas exclu que la LFAIE puisse être enfreinte dans certains cas<sup>225</sup>. L'organe compétent du canton vérifie, en collaboration avec l'Office fédéral de la justice, six cas provenant de la commune de Bagnes<sup>226</sup>.

## 8. Loi sur les résidences secondaires (Lex Weber)

La commune de Bagnes fait partie des communes dont le taux de résidences secondaires dépasse les 20%. Selon l'art. 6 de la loi sur les résidences secondaires, aucune nouvelle résidence secondaire ne peut être autorisée dans cette commune. Il y a encore une marge de manœuvre si, selon la loi sur les résidences secondaires, de nouveaux logements soumis à une restriction d'utilisation ou des logements en relation avec des établissements d'hébergement organisés doivent être construits<sup>227</sup>. Dans les communes dont le taux de résidences secondaires dépasse 20%, l'utilisation pour laquelle l'autorisation a été accordée doit être mentionnée dans chaque autorisation de construire un logement. L'utilisation pour laquelle l'autorisation a été accordée est intégrée comme une obligation à l'autorisation de construire. Ces mesures sont prises par les autorités d'autorisation de construire compétentes pour chaque cas, c'est-à-dire les communes

<sup>221</sup> LAIE, RS VS 211.41.

<sup>222</sup> Règlement du 21 novembre 2012 sur l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger, RS VS 211.410.

<sup>223</sup> Art. 2 du règlement, RS VS 211.410.

<sup>224</sup> Rouiller, 32.

<sup>225</sup> Rouiller, 32.

<sup>226</sup> Audition de monsieur Edmund Gruber du 22.9.2016. Les six dossiers ont déjà fait l'objet de l'expertise Veuthey/Bender.

<sup>227</sup> Art. 7 et 8 ORSec.

pour les autorisations de construire en zone à bâtir et la Commission cantonale des constructions pour les autorisations de construire en dehors des zones à bâtir. Le contrôle du respect de l'utilisation pour laquelle l'autorisation a été accordée ainsi que la prise de mesures en cas d'utilisation illégale relèvent du domaine de responsabilité des différentes autorités d'autorisation de construire compétentes. Les autorités en charge de la police des constructions disposent non seulement des mesures prévues par la loi sur les résidences secondaires<sup>228</sup>, mais aussi de celles de la législation en matière de constructions<sup>229</sup>.

Peu après le vote sur l'initiative sur les résidences secondaires du 11 mars 2012, le Conseil d'Etat a mis sur pied un groupe de travail interdépartemental chargé, entre autres, de soutenir les communes concernées par l'initiative<sup>230</sup>. Ce groupe de travail a effectué des séances d'information et rédigé des «circulaires» informatives pour les communes<sup>231</sup>. Le président du groupe de travail a aussi conseillé individuellement la commune de Bagnes<sup>232</sup>.

En ce qui concerne l'entrée en vigueur de la loi fédérale sur les résidences secondaires, le Conseil d'Etat a décidé le 9.12.2015 de supprimer le groupe de travail institué le 2 mars 2012 et de créer un centre de compétences cantonal résidences secondaires (CCR2)<sup>233</sup>. La direction en a été attribuée au chef du Service administratif et juridique du Département de l'économie, de l'énergie et du territoire. La tâche principale du CCR2 est la coordination interne des demandes en lien avec l'application de la loi sur les résidences secondaires qui parviennent aux services cantonaux et concernent les compétences de plusieurs services. Le CCR2 remplit une fonction de conseil et d'information vis-à-vis des communes. C'est une «organisation virtuelle» qui, selon sa propre opinion, ne dispose d'aucune compétence de surveillance.

Les tâches du CCR2 ont été décrites comme suit:

*«Le centre de compétences cantonal se considère comme une organisation virtuelle qui traite via une plate-forme transitoire toutes les questions en lien avec l'application de la loi sur les résidences secondaires. Il assume notamment les tâches suivantes:*

- il soutient et conseille en première priorité les autorités d'exécution (communes) pour l'application de la loi sur les résidences secondaires;*
- il rédige des recommandations / des aides à l'exécution pour les autorités d'exécution;*
- il répond à des questions de nature générale et sur des projets concrets;*
- il effectue des séances d'information et des formations pour les autorités d'exécution (au besoin et en collaboration avec la Fédération des Communes Valaisannes);*
- il tient une plate-forme d'information;*
- il rédige des préavis sur des projets de construction concrets (au besoin);*
- il veille à l'«unité de doctrine» au sein du centre de compétences;*
- il garantit un échange d'opinions régulier entre les services impliqués et encourage l'échange d'informations avec d'autres cantons et les offices fédéraux compétents;*

<sup>228</sup> Art. 17 ORSec.

<sup>229</sup> Art. 33, 34 et 49s. LC, art. 58ss. OC.

<sup>230</sup> Décision de Conseil d'Etat du 21 mars 2012.

<sup>231</sup> Circulaire du 16 septembre 2013.

<sup>232</sup> L'expert dispose de copies des e-mails.

<sup>233</sup> Décision de Conseil d'Etat du 9 décembre 2015.

- il continue à développer son propre savoir-faire dans le domaine de la législation en matière de résidences secondaires;
- il suit l'évolution du droit dans le domaine de la législation en matière de résidences secondaires en collaboration avec le Service des affaires intérieures et communales;
- le centre de compétences peut informer ponctuellement le Conseil d'Etat sur la situation d'exécution.»<sup>234</sup>

Le Département de l'économie, de l'énergie et du territoire a mis en place une plateforme d'information à propos des résidences secondaires sur le site du canton du Valais. Les bases légales de la Confédération et du canton y sont mises à disposition<sup>235</sup>. Les communes sont informées, entre autres, sur les tâches qui leur reviennent lors de l'établissement d'un inventaire des logements principaux, lors de la procédure d'autorisation de construire et lors de l'utilisation illégale par les personnes concernées. Les communes peuvent s'informer auprès du CCR2 à propos de questions relatives à la législation en matière de résidences secondaires. Des renseignements ont aussi été donnés à la commune de Bagnes. Selon l'art. 17, al. 4, de la loi sur les résidences secondaires, il y a une obligation d'annonce. Les membres des autorités compétentes en matière de construction ou leurs collaboratrices /-teurs sont tenus d'informer l'autorité de surveillance s'ils ont connaissance de potentielles infractions à la loi sur les résidences secondaires dans le cadre de leur activité officielle. Dans de tels cas, le Conseil d'Etat peut demander à l'autorité de police des constructions d'honorer ses obligations<sup>236</sup>. Le cas du vice-président de la commune de Bagnes n'a été soumis au canton qu'une fois qu'il était public.

Pour la pratique future, se pose la question de la délimitation entre les tâches du CCR2 en tant qu'organisation virtuelle et celles de l'autorité de surveillance selon l'art. 2 du Décret. Le CCR2 a pour fonction d'informer. Se pose la question de savoir si une fonction de surveillance peut aussi lui être attribuée. En plus de l'autorisation de construire, la commune doit aussi délivrer, le cas échéant, l'autorisation d'affectation en tant que résidence secondaire. Si l'intervention contre l'utilisation illégale d'une résidence secondaire est une tâche relevant de la police des constructions, l'organe compétent en la matière devrait prendre des mesures de surveillance.

La pratique illégale de la commune de Bagnes par rapport à l'indice d'utilisation peut entraîner un «effet réflexe» sur la législation en matière de résidences secondaires. Selon l'art. 10 de la loi sur les résidences secondaires, un logement «créé selon l'ancien droit» est un logement qui a été créé de manière conforme au droit en vigueur avant le 11 mars 2012 ou était au bénéfice d'une autorisation définitive à cette date. Les logements créés selon l'ancien droit peuvent être agrandis au maximum de 30% des surfaces utiles principales qui existaient le 11 mars 2012 dans la zone à bâtir dans la mesure où il n'en résulte aucun logement supplémentaire<sup>237</sup>.

<sup>234</sup> Rapport Zurwerra du 11 août 2016.

<sup>235</sup> En plus, la présentation donne des indications complémentaires sur une séance d'information pour les communes les 17 et 18 février 2016.

<sup>236</sup> Le Conseil d'Etat est intervenu en ce sens vis-à-vis de la commune de Bagnes.

<sup>237</sup> Art. 11, al. 3, ORSec; Rouiller, 30.

## IV Evaluation de la surveillance du canton

### 1. Responsabilité primaire des communes

La Constitution du canton du Valais donne aux communes une position forte. L'autonomie communale est très marquée. Les communes sont autonomes dans le cadre de la constitution et des lois. Une grande responsabilité leur est ainsi attribuée. Elles doivent assumer cette responsabilité. La responsabilité constitue une catégorie fondamentale d'un état de droit moderne<sup>238</sup>. Le fait de ne pas assumer sa propre responsabilité ne peut être excusé par le manque de contrôle.

Les communes disposent d'une position forte également en matière de droit des constructions. Selon le Décret sur l'autorisation de construire de 1992, c'est une instance cantonale qui accordait en principe les autorisations de construire. En 1996 avec la nouvelle loi sur les constructions, le Grand Conseil a effectué une réévaluation fondamentale. Selon l'art. 2 de cette loi, le conseil municipal est compétent pour les projets de construction situés à l'intérieur des zones à bâtir, des zones de mayens, des zones de hameaux et des zones de maintien de l'habitat rural. Il s'agit ici d'une décision politique de principe liée à une grande responsabilité pour les communes. Elles ne peuvent se soustraire à cette responsabilité. L'orientation donnée par le Grand Conseil en 1996 était aussi liée à des risques. Il est généralement connu que d'importants intérêts économiques et financiers sont en jeu dans le cadre des autorisations de construire. Le Conseil d'Etat a également souligné ce fait dans sa réponse à l'interpellation Clivaz<sup>239</sup>. Les communes doivent être en mesure de résister à la pression et également disposées à le faire. Elles doivent aussi être capables, sur le plan de leurs possibilités techniques, de faire respecter la loi. D'autres cantons connaissent aussi ce rapport de tension. C'est pourquoi la compétence d'autorisation de construire ne relève, dans plusieurs cantons, en principe plus du niveau communal.

Dans le canton du Valais, le Grand Conseil a décidé que les communes devaient assumer une responsabilité importante en matière d'autorisations de construire. C'est justement lorsque l'autorisation de projets de construction relève en grande partie de leur compétence que les communes doivent réellement assumer leur responsabilité ainsi que les erreurs commises.

### 2. Autonomie communale

Selon la jurisprudence, les communes sont autonomes dans un domaine lorsque le droit cantonal ne le régleme pas de manière exhaustive, mais en laisse le soin, partiellement ou entièrement, à la commune, et lui accorde ainsi une liberté de décision relativement grande. L'étendue de l'autonomie communale découle du droit législatif ou constitutionnel cantonal applicable au domaine correspondant.

Selon la Constitution du canton du Valais, les communes sont autonomes dans le cadre de la Constitution et des lois. La loi sur les constructions fixe le cadre dans lequel les communes disposent d'une marge d'appréciation qui leur est propre. Aucune commune

<sup>238</sup> Saladin, 55.

<sup>239</sup> Réponse du Conseil d'Etat à l'interpellation 1.0156 Clivaz, ch. 3b.

ne peut passer outre le droit cantonal en se prévalant de l'autonomie communale. Si la loi sur les constructions définit l'indice d'utilisation du sol de manière contraignante, les règlements communaux en matière de constructions doivent s'en tenir à cette définition lorsqu'ils utilisent cet indice d'utilisation.

### 3. Surveillance

#### 3.1. Principes

Selon la constitution du canton du Valais, les communes, en tant que collectivités de droit public, sont soumises à la surveillance du canton<sup>240</sup>. Le canton veille à ce que les communes se comportent conformément à la constitution et aux lois.

La surveillance préventive, comme l'approbation des règlements communaux, sert à éviter de futures violations du droit. La surveillance répressive sanctionne les violations du droit qui ont été commises.

La surveillance des communes par l'Etat relève de la surveillance des collectivités, et non pas de la surveillance hiérarchique. On ne surveille pas individuellement les services ou fonctionnaires d'une commune, mais la commune en tant que collectivité de droit public. La surveillance des collectivités va moins loin que la surveillance hiérarchique. Il existe fondamentalement une surveillance juridique. Une surveillance technique à proprement parler (vérification complète du bien-fondé de l'action des unités subordonnées) est exclue.

Dans le cadre de l'exercice de la surveillance, ce sont les principes de la légalité, de la proportionnalité et de la subsidiarité qui doivent être appliqués.

Concernant la légalité: les sanctions contre les communes nécessitent une base légale<sup>241</sup>. Les règlements ne sont en principe que vérifiés sur le plan de leur conformité à la loi<sup>242</sup>.

Concernant la proportionnalité: la nécessité d'une action appropriée et mesurée est un principe de gestion étatique reconnu. Les mesures de surveillance doivent être appropriées et nécessaires pour atteindre l'objectif. Dans le cadre de la surveillance des communes par les cantons, une solution est appropriée si elle tient compte de la marge de manœuvre des communes. Le canton dispose d'une importante marge d'appréciation. Une manière de procéder par étape est indiquée. Avant que des mesures ne soient prises au niveau politique, l'administration cantonale peut agir de manière appropriée. Cela s'est par exemple exprimé dans le courrier envoyé le 10 juillet 2012 à la commune de Bagnes par le Service administratif et juridique du DTEE.

Concernant la subsidiarité: il faut également tenir compte de ce principe dans le cadre des exigences posées en matière de surveillance des communes par les cantons. Les communes sont en premier lieu elles-mêmes responsables de l'accomplissement de leurs tâches. Elles doivent avant tout corriger leurs éventuelles fautes en prenant leurs propres mesures<sup>243</sup>.

Dans la mesure du possible, l'Etat fournit aux communes des renseignements, des conseils, des avis juridiques et des formations<sup>244</sup>. De telles activités comprennent aussi

---

<sup>240</sup> Art. 75 Cst./VS, art. 144 LC.

<sup>241</sup> Art. 150s. LCo.

<sup>242</sup> Art. 147, al. 1, LCo.

<sup>243</sup> A ce propos, art. 150 LC.

<sup>244</sup> Art. 144, al. 2, LCo.

des aspects relevant du droit de la surveillance. Ces dernières années, il y a eu différents contacts entre le canton et la commune de Bagnes. Le 10 juillet 2012, la commune a été informée en détail par le Département compétent à propos de la situation juridique. De plus, cet organe compétent du canton a montré à la commune différents scénarios pour réguler la situation d'alors<sup>245</sup>. Le reproche selon lequel la commune n'a pas reçu de soutien n'est pas pertinent.

### **3.2. Approbation de règlements**

L'approbation des règlements constitue un instrument de surveillance préventive. L'approbation signifie seulement qu'au moment de l'examen du règlement, aucune violation du droit n'a été constatée. L'approbation ne rétablit pas des manquements juridiques. L'approbation du règlement des constructions de la commune de Bagnes par le Conseil d'Etat le 18 septembre 1998 ne peut pas être critiquée d'un point de vue juridique. A ce moment, le délai transitoire que la loi sur les constructions prévoyait pour l'adaptation des dispositions communales qui n'étaient pas compatibles avec le droit cantonal n'était pas encore écoulé. La décision d'approbation du 6 février 2002, implicitement confirmée le 25 juin 2003, est problématique d'un point de vue juridique. Selon la réponse à l'interpellation Clivaz, le Conseil d'Etat est parti du principe que la commune disposait d'une certaine autonomie dans ce domaine. Il faut préciser ici que le cadre de l'autonomie communale est fixé par le droit cantonal. Le projet de règlement a été préalablement examiné par l'administration. On ne peut plus déterminer si différentes interprétations du droit étaient défendues dans le cadre de la procédure préliminaire qui a été menée à l'interne de l'administration. Il faut toutefois souligner que la commune de Bagnes, qui dispose d'une infrastructure administrative suffisante, aurait pu et dû soumettre au Conseil d'Etat un projet conforme au droit.

### **3.3. Autres mesures de surveillance dans le cas de Verbier**

Le Conseil d'Etat exerce également des fonctions de surveillance lorsque, en qualité d'autorité de justice administrative, il vérifie, sur recours, des dispositions ou des décisions communales. Le 20 avril 2011, en se référant à des principes d'aménagement du territoire, le Conseil d'Etat a pris une décision qui ne tient pas compte de la priorité du droit cantonal sur le règlement des constructions de la commune de Bagnes. Cette décision montre que l'instance en charge de l'instruction n'avait pas complètement analysé les décisions du Tribunal cantonal du 29 juin 2001 et du Tribunal fédéral du 8 novembre 2001. En effet, la conscience de la priorité du droit cantonal par rapport aux dispositions de règlements communaux des constructions dérogeant à ce droit cantonal faisait défaut. La décision du Tribunal fédéral du 2 avril 2012 (que les décisions du Conseil d'Etat du 20 avril 2011 et du Tribunal cantonal du 1<sup>er</sup> septembre 2011 avaient précédée) a tranché sur la question. Au début de l'année 2012 déjà, les organes compétents entretenaient de nombreux contacts avec les communes de Bagnes et de Zermatt. Selon les principes de la légalité, de la proportionnalité et de la subsidiarité, le courrier du Service administratif et juridique du 10 juillet 2012 doit être qualifié d'acte de surveillance

---

<sup>245</sup> Chapitre III, chiffre 6.3.

du canton adéquat et correct en tous points. C'était alors la tâche des communes concernées d'assurer une action conforme au droit dans le domaine de la procédure d'autorisation de construire. La commune de Bagnes n'a pas honoré sa tâche. Selon l'expertise Veuthey/Bender du 12 février 2016, qu'elle a elle-même ordonnée, elle a mis en place un système illégal et, dans plusieurs cas, enfreint de manière qualifiée tant le droit cantonal que son propre droit communal. La commune de Bagnes a soumis l'expertise Veuthey/Bender le 22 mars 2016 au Conseil d'Etat. Le 23 mars, celui-ci a reçu une délégation du conseil communal de Bagnes pour une discussion. Le 27 avril 2016, le Conseil d'Etat a donné dans un courrier adressé à la commune de Bagnes des consignes strictes sur l'application du droit cantonal dans le domaine des autorisations de construire. Ce courrier, qui contient également des indications sur les moyens de surveillance légaux, fixait à la commune de Bagnes des délais pour remédier aux lacunes constatées et rétablir une situation légale. La manière de procéder du Conseil d'Etat constitue un acte de surveillance adapté.

Le 27 avril 2016, le Conseil d'Etat a en outre informé toutes les communes à propos de la signification de l'approbation des règlements communaux et à propos des bases légales en matière de procédures d'autorisation de construire.

#### 4. Haute surveillance

Selon l'art. 49, al. 2, de la loi sur les constructions, le Conseil d'Etat «exerce la haute surveillance en matière de police des constructions par l'intermédiaire du département compétent.» Le droit cantonal ne contient pas de définition de la haute surveillance dans le domaine du droit des constructions. Le sens de cette disposition doit donc être établi par interprétation. Cette formulation signifie que le Conseil d'Etat doit surveiller les instances de surveillance, c'est-à-dire les autorités délivrant les autorisations de construire, qui sont responsables des tâches de police des constructions. Il s'agit donc de surveillance des instances de surveillance déjà existantes; la haute surveillance est effectuée en conséquence avec une certaine distance. Dans le cas à juger présentement, ce n'est pas la réalisation concrète de projets de construction approuvés (c'est-à-dire la police des constructions au sens strict) qui pose problème, mais l'illégalité initiale de nombreuses autorisations de construire. Ici, le Conseil d'Etat ne peut pas intervenir directement, parce que le droit de délivrer ou de refuser des autorisations de construire relève exclusivement de la compétence du conseil communal: «... la décision de délivrer ou de refuser une telle autorisation est du ressort exclusif du Conseil communal dont la décision n'est contrôlée que sur recours par le gouvernement cantonal<sup>246</sup>.» C'est aussi pour cette raison que la responsabilité primaire pour les autorisations de construire illégales revient à la commune de Bagnes.

La haute surveillance au sens de l'art. 49 de la loi sur les constructions ne doit pas être confondue avec la haute surveillance parlementaire. Cette dernière revient au Grand Conseil, selon la Constitution (art. 40, al. 2, Cst. VS). La haute surveillance du Parlement est à placer dans le contexte d'organes étatiques en principe de même niveau, qui prennent part au processus politique avec les mêmes droits en vertu de leurs fonctions initiales.

---

<sup>246</sup> Rouiller, 24, ch. 22.

## 5. LFAIE et loi sur les résidences secondaires

La responsabilité principale pour l'application de la LFAIE revient au canton, et non pas aux communes. L'organe compétent du canton doit trouver une solution en collaboration avec l'Office fédéral de la justice pour six cas qui concernent la commune de Bagnes. En général, il devrait être garanti que les autorités compétentes disposent de documents identiques. Il y a eu des cas où les plans qui avaient été soumis à l'autorité de première instance selon la LFAIE ne coïncidaient pas avec ceux dont disposait l'autorité d'autorisation de construire. Il faudrait garantir que les plans soumis aux autorités soient uniformes<sup>247</sup>.

L'art. 75b de la Constitution fédérale et la loi sur les résidences secondaires font que les cantons et les communes se trouvent confrontés à des tâches d'exécution difficiles. Le canton a très bien assumé ses fonctions de conseil et de soutien vis-à-vis des communes concernées. Des circulaires ont été distribuées aux communes et une plate-forme d'information a été mise en place. La commune de Bagnes a également bénéficié d'un conseil individuel.

## 6. Exigences croissantes envers la surveillance cantonale

### 6.1 Mesures de surveillance dans d'autres communes

Le SAJTEE souligne que des remarques en matière de droit de la surveillance sont à faire pour plusieurs communes: Bagnes, Chamoson, Dorénaz, Bitsch, Val d'Illicz.

A Chamoson, la question qui se pose est de savoir si des résidences principales ont été autorisées dans des zones de chalets prévues essentiellement pour des résidences secondaires. Des procédures concernant la législation sur les résidences secondaires sont également en cours à Bitsch et à Val d'Illicz. A Dorénaz, il s'agit de constructions qui ont été autorisées alors qu'elles sont en zone de danger.

De plus, le Conseil d'Etat a ordonné que 19 communes qui ne disposent pas encore d'un plan d'affectation des zones conforme à la LAT fassent l'objet d'un monitoring. Un monitoring a aussi été instauré pour les communes qui disposent de zones à construire surdimensionnées<sup>248</sup>.

### 6.2 Les rôles des unités administratives impliquées

Différentes unités administratives sont impliquées dans l'approbation de règlements des constructions communaux, dans le conseil aux communes et dans la préparation de décisions concernant des recours. Se pose la question de savoir si les rôles de toutes les unités administratives impliquées et les processus internes sont suffisamment clarifiés. Il faut distinguer les fonctions d'information des fonctions de surveillance. Il est aussi important de savoir quels services préparent les décisions sur recours pour le Conseil d'Etat. Le SAIC est la porte d'entrée pour l'approbation des règlements communaux. Ce service transfère les règlements de construction au Service du développement territorial,

<sup>247</sup> Rapport Biondo, 2s.

<sup>248</sup> Rapport Zumstein, 3. Plus de 111 communes sont concernées. Selon une expertise de la société Ernst Basler und Partner AG, renoncer au dézonage pourrait entraîner des dommages économiques. Cf. NZZ du 9.1.2017, p. 11.

qui consulte d'autres services. Le SAJTEE et le centre de compétences résidences secondaires (CCR2) disposent de connaissances techniques particulières. Le Service du développement territorial fait ensuite parvenir au SAIC un rapport de synthèse, c'est-à-dire une prise de position pré-consolidée<sup>249</sup>. Après la clôture de la procédure de consultation, le SAIC soumet les règlements au Conseil d'Etat pour approbation. Il n'est toujours pas clair pour les organes consultés dans quelle mesure leur prise de position influence le processus d'approbation final. Ici, il s'avère que des processus standardisés pourraient apporter une plus-value. Les résultats du processus d'approbation devraient être communiqués clairement à toutes les parties impliquées. Ces résultats peuvent jouer un rôle important lors d'actions de surveillance ultérieures vis-à-vis des communes et pour les procédures de recours. C'est pourquoi une plate-forme d'information qui contient tous les éléments importants pour l'approbation de règlements de construction communaux ainsi que d'ultérieures décisions sur recours pertinentes devrait être mise sur pied.

## **7. Evaluation générale**

### **7.1. Responsabilité primaire des communes**

La responsabilité primaire pour les bâtiments construits illégalement à Verbier revient à la commune de Bagnes. C'est elle qui dispose de la compétence d'autorisation de construire dans la zone à bâtir. Elle a outrepassé le droit cantonal en vigueur de manière consciente et systématique. Selon l'expertise Rouiller, la commune de Bagnes savait déjà en 1999 que son règlement des constructions n'était pas compatible avec le droit cantonal en vigueur<sup>250</sup>. La commune a poursuivi sa pratique illégale, malgré les décisions judiciaires qui s'y opposaient et malgré le courrier envoyé le 10 juillet 2012 par le canton.

### **7.2 Responsabilité du canton**

#### **7.2.1 Décision d'approbation et décisions de justice administrative**

En 2002 (ainsi qu'en 2003, de manière implicite), le canton a approuvé une disposition réglementaire communale incorrecte, parce qu'il voulait respecter l'autonomie communale, comme il l'a expliqué ultérieurement dans sa réponse à l'interpellation Clivaz. En outre, le Conseil d'Etat a omis de tirer les conclusions correctes des décisions judiciaires de 2001 et 2002. En 2011, il a aussi pris une décision sur recours qui a été corrigée par la justice. Ces actes du Conseil d'Etat relèvent d'une mauvaise appréciation, et non pas d'un non-respect conscient de l'obligation de surveillance vis-à-vis de la commune de Bagnes. Il s'est avéré que les processus internes à l'administration n'étaient pas suffisamment standardisés. En outre, les ressources pour une surveillance renforcée des communes font défaut.

#### **7.2.2 Mesures de surveillance du canton en 2012**

Le 10 juillet 2012, après que le Tribunal fédéral a clarifié cette question, le canton a attiré l'attention de la commune de Bagnes sur la situation juridique dans un courrier officiel

---

<sup>249</sup>Rapport Chevrier, 9.

<sup>250</sup> Rouiller, 105, ch. 121.

sans équivoque. Il aurait été opportun de contrôler l'application de cette directive et de révoquer l'approbation de la disposition réglementaire illégale. Sur ce point, il faut prendre en compte que la commune de Bagnes aurait de toute façon dû ne plus appliquer cette disposition réglementaire, en se fondant sur la décision du Tribunal fédéral. Les organes cantonaux compétents ont également assumé leur fonction de conseil. Une intervention directe du Conseil d'Etat en qualité d'autorité n'a pas été portée au dossier.

### **7.2.3 Mesures de surveillance du canton en 2016**

Après que les médias ont donné des informations sur la pratique ayant cours à Verbier en matière d'autorisations de construire, c'est en premier lieu la commune de Bagnes qui aurait dû agir. Le conseil communal de Bagnes a chargé les experts Pierre-André Veuthey et Léonard Bender d'apporter des clarifications. L'expertise a été achevée le 12 février 2016 et transmise au Conseil d'Etat le 22 mars. Le 23 mars, celui-ci a reçu une délégation du conseil communal de Bagnes pour une discussion. Le 27 avril 2016, le Conseil d'Etat a fixé des délais à la commune de Bagnes pour qu'elle rétablisse une situation légale. Le courrier adressé doit être qualifié d'acte de surveillance clair et officiel. L'expertise Veuthey/Bender mandatée par la commune de Bagnes a examiné 15 autorisations de construire délivrées entre 2012 et 2015. Cette expertise a montré que la commune de Bagnes a enfreint de manière qualifiée le droit cantonal ainsi que son propre droit communal dans plusieurs cas, et qu'elle en est responsable en premier lieu. Sur mandat de la commune de Bagnes, l'expert Rouiller a effectué des clarifications supplémentaires et imputé, en août 2016, la responsabilité principale des fautes commises par la commune au Conseil d'Etat, sans mentionner des actes de surveillance importants effectués par le canton tels que le courrier du 10 juillet 2012, et sans associer ni consulter les organes compétents du canton. L'attribution de la responsabilité primaire au Conseil d'Etat s'est faite, selon l'avis défendu ici, a eu lieu à tort.

## **8. Résumé**

La responsabilité principale pour les erreurs commises incombe à la commune de Bagnes. Le canton porte également une part de responsabilité. Dans une première phase, le Conseil d'Etat a approuvé un règlement incorrect de la commune de Bagnes et a également omis de tirer les bonnes conséquences de décisions prises par la justice. Il s'agit là d'une mauvaise évaluation et non d'un non-respect conscient du devoir de surveillance à l'égard de la commune de Bagnes.

Dans une deuxième phase – à partir de l'année 2012 – l'administration cantonale a intensifié son activité de surveillance. La mise en œuvre de la directive correcte du 10 juillet 2012 n'a cependant pas été contrôlée. Le Conseil d'Etat n'a pas non plus pris de mesure formelle à la suite du reportage paru dans les médias en août 2015 sur la pratique de la commune de Bagnes en matière d'autorisations de construire à Verbier. Si l'on considère les choses du point de vue actuel, il aurait été opportun que la mise en œuvre de la directive du 10 juillet 2012 soit contrôlée et que le Conseil d'Etat devienne actif déjà après la conférence pour les médias d'août 2015, donc avant 2016. En avril 2016, le Conseil d'Etat a pris des mesures claires et adéquates envers la commune de Bagnes. La commune de Bagnes a été conseillée par le canton et impliquée dans la révision de la législation en matière de constructions.

Il s'est avéré qu'il existait encore un besoin d'optimisation lors des processus entre les organes de l'administration. La question se pose de savoir si l'administration cantonale

dispose des ressources au niveau du personnel et organisationnel pour exercer son activité future de surveillance des communes.

## **V. Propositions de réformes**

### **1. Principes de base**

Lorsque des erreurs sont commises, des voix réclamant des réformes se font à chaque fois entendre.

Dans ce cadre, il est important de conserver non seulement une perspective à court terme, mais également une perspective à long terme. L'Etat et les communes doivent être organisés selon des principes démocratiques ainsi que selon les principes d'un état de droit. Dans ce cadre sont également attribuées des responsabilités. Les organes à qui des tâches sont déléguées sont responsables de leur exécution. Ils doivent aussi assumer leurs responsabilités. L'action étatique doit être organisée de façon à ce que les responsables disposent de leur propre marge de manœuvre et qu'ils puissent également assumer leur responsabilité de manière effective. Il s'agit d'éviter la dissolution des responsabilités. Tous les responsables sont également soumis au contrôle. Les responsables disposant d'une légitimité démocratique peuvent faire l'objet d'une évaluation dans le cadre d'élections. Existe en outre la haute surveillance du parlement sur le gouvernement et l'administration. Le contrôle judiciaire joue également un rôle important. Les décisions prises par des organes étatiques et communaux peuvent en règle générale faire l'objet d'un examen de leur conformité par rapport au droit dans le cadre de procédures internes et externes.

Des tâches de contrôle sont également attribuées au pouvoir exécutif démocratiquement légitimé de l'Etat. Le Conseil d'Etat contrôle et surveille les unités administratives qui dépendent de lui. Les corporations de droit public – dont les communes font d'ailleurs partie - sont en outre également soumises à la surveillance du Conseil d'Etat<sup>251</sup>.

La surveillance ne peut pas tout accomplir. Le fait que l'action de l'Etat soit organisée de façon à ce que les organes responsables puissent accomplir leurs tâches de manière effective et efficiente conformément aux principes d'un état de droit et dans le sens de l'intérêt public revêt une importance capitale.

Le Dr. Hans Lauri, ancien directeur général des douanes, devenu ensuite conseiller d'Etat et conseiller aux Etats du canton de Berne, puis président d'importantes institutions publiques, a fait une fois la déclaration suivante: «La qualité n'est pas un élément qui peut être introduit à posteriori dans un système» (Traduction). Le système doit bien plutôt être conçu à la base de manière à ce que les principes d'un état de droit ainsi que les conditions de base garantissant la bonne qualité de l'action étatique soient respectés.

### **2. Trois possibilités d'action**

Si des réformes doivent être entreprises en se basant sur le cas de Verbier, il existe en principe trois possibilités d'action:

---

<sup>251</sup> Art. 144, al. 1, LCo

### **a. renforcement du rôle de l'État dans la procédure d'autorisation.**

Selon le droit en vigueur, c'est le conseil communal qui est compétent en matière de projets de construction à l'intérieur de la zone à bâtir<sup>252</sup>. Il serait envisageable de réattribuer cette compétence à une instance cantonale. Selon le décret sur les autorisations de construire<sup>253</sup> de 1992, c'est une instance cantonale qui accordait encore en principe les autorisations de construire. Une solution intermédiaire consisterait à ce qu'un organe de l'administration cantonale décentralisée devienne l'autorité ordinaire compétente en matière d'autorisations de construire. La création d'une compétence au niveau cantonal tiendrait compte du fait que l'octroi d'autorisations de construire nécessite des connaissances techniques étendues – il est notoire que les décisions concernant les autres autorisations nécessaires doivent aussi être notifiées en même temps aux parties. Une compétence au niveau cantonal se justifierait en outre par le fait que les communes peuvent être soumises à une forte pression économique dans le cadre de la procédure d'autorisation de construire.

La révision de la loi sur les constructions achevée en décembre 2016 pointe toutefois dans une autre direction. L'autonomie communale doit être renforcée. Les communes doivent rester compétentes en matière d'autorisations de construire dans la zone à bâtir<sup>254</sup>.

L'orientation politique choisie doit être respectée. Celle-ci constituera une importante condition-cadre pour les travaux à venir. Le nouveau droit prévoit toutefois que c'est la commission cantonale des constructions (CCC) qui décide lorsque la commune se trouve confrontée à un conflit d'intérêts. Dorénavant la CCC sera également compétente pour les autorisations de construire concernant les zones telles que les zones de moyens, dans lesquelles se trouvent des bâtiments protégés<sup>255</sup>.

### **b. Surveillance généralisée des communes**

Il serait envisageable de contrôler l'action des communes dans le domaine des procédures d'autorisation de construire de manière intensive et généralisée. Dans ce cadre, il serait possible de combiner des mesures préventives et répressives.

Une telle pratique serait toutefois en contradiction avec l'idée de base qu'un bon accomplissement des tâches étatiques implique en premier lieu un renforcement des autorités assumant la responsabilité primaire – à savoir ici les communes. «La qualité n'est pas un élément qui peut être introduit à posteriori dans un système».

Une surveillance généralisée ne serait également que difficilement conciliable avec le principe de base de l'autonomie communale ainsi qu'avec des principes fondamentaux de l'activité de surveillance, tels que le principe de subsidiarité et de proportionnalité<sup>256</sup>. A cela s'ajoute qu'une telle manière de procéder nécessiterait l'engagement d'importantes ressources supplémentaires.

### **c. Optimisation de l'activité au niveau des communes et du canton**

Une troisième option consisterait à optimiser l'activité au niveau des communes et du canton. Il s'agit d'optimiser aussi bien les structures que les processus. De manière générale, les communes doivent pouvoir mieux accomplir leurs tâches dans le domaine

<sup>252</sup> Art. 2 LC

<sup>253</sup> Décret sur les demandes d'autorisation de construire du 31 janvier 1992

<sup>254</sup> Art. 2, al. 1, de la nouvelle loi sur les constructions du 15 décembre 2016.

<sup>255</sup> Art. 2, al. 2, let. e, de la nouvelle loi sur les constructions du 15 décembre 2016.

<sup>256</sup> Kapitel II, Ziff. 2.4.1; Fritzsche/Bösch/Wipf, 461.

des constructions. Leur rôle doit être renforcé dans le domaine d'activité qui relève de leur responsabilité propre. Ce renforcement revêt un aspect technique et un aspect politique. Il s'agit de s'assurer que les documents de base en matière de projets de construction ainsi que les procédures d'examen en la matière soient de bonne qualité<sup>257</sup>. D'autre part, les autorités communales doivent avoir la volonté politique de respecter le droit en vigueur ainsi que l'intérêt public.

L'activité de surveillance du canton doit également être optimisée et intensifiée. Il faudrait examiner l'opportunité de créer de nouvelles bases légales. Des mesures au niveau de l'exécutif sont également indiquées. En font partie des mesures visant à assurer la qualité, telles que la clarification des compétences et des processus lors de l'adoption de règlements ainsi que dans le cadre de l'application de la législation sur les résidences secondaires. L'activité d'information du canton envers les communes pourrait en outre être renforcée. Il s'agit ici également d'exploiter systématiquement la jurisprudence ainsi que de transmettre aux communes les conclusions correspondantes.

Une optimisation de la surveillance exercée par le canton sur les communes ainsi que d'autres propositions de réforme sont présentées ci-après sous les chiffres 3 à 6.

### 3. Optimisation de la surveillance du canton

#### 3.1 Généralités

Dans différents cantons, il existe des organes de l'administration cantonale décentralisée tels que les préfets (BE, VD, FR), les conseils de district (ZH), dont la tâche est de surveiller les communes. Souvent ils complètent l'activité de surveillance de l'administration centrale. Dans le canton de Vaud, la tâche du préfet est de surveiller régulièrement l'administration des communes et de rendre rapport au département compétent. Le préfet vaudois peut prendre part avec voix consultative aux séances des exécutifs et des législatifs communaux<sup>258</sup>. Dans le canton de Zurich, la surveillance est organisée sur deux niveaux. Au niveau du district, les communes sont soumises à la surveillance du conseil de district<sup>259</sup>. Au niveau du canton, c'est la direction de la justice et des affaires intérieures qui constitue l'autorité générale de surveillance<sup>260</sup>. Le Conseil d'Etat exerce la haute surveillance<sup>261</sup>. Le canton du Valais charge certes également des préfets de surveiller l'administration des communes<sup>262</sup>. Il semble toutefois que dans la pratique, la surveillance sur les communes soit exercée dans d'importants domaines par le Conseil d'Etat ainsi que, sur mandat de celui-ci, par les départements compétents de l'administration centrale. Dans la réalité, la surveillance des communes n'est ni intensive ni généralisée. Cela correspond à l'idée de base de l'autonomie communale selon laquelle les communes doivent disposer d'une grande marge de manœuvre<sup>263</sup>. Il existe toutefois des exceptions. La surveillance des finances communales revêt une grande importance. Les communes font l'objet d'un accompagnement sous étroite surveillance. Elles doivent rendre au service des affaires intérieures et communales (SAIC) des rapports détaillés sur leur

<sup>257</sup> Art. 40 de la nouvelle loi sur les constructions du 15 décembre 2016.

<sup>258</sup> Art. 141 de la Loi sur les communes du canton de Vaud du 28.2.1956, RSV 175.11.

<sup>259</sup> § 141 de la loi sur les communes du canton de Zurich du 6 juin 1926, LS 131.1.

<sup>260</sup> § 148 de la loi sur les communes du canton de Zurich du 6 juin 1926, LS 131.1.

<sup>261</sup> § 149 de la loi sur les communes du canton de Zurich du jeudi 6 juin 1929, LS 131.1.

<sup>262</sup> Art. 3 let. b de la loi du 24 mai 1850 sur les attributions des préfets, RSV 172.16.

<sup>263</sup> Maurice Chevrier déclare ce qui suit: "La large autonomie dont bénéficient les communes valaisannes n'est pas sans conséquence sur la surveillance du canton sur celles-ci", Rapport Chevrier, 3.

situation financière<sup>264</sup>. L'inspection des finances joue également un rôle important. Dans tous les autres domaines, les communes ne sont pas contrôlées par le canton de manière intensive. En principe, la surveillance s'effectue bien plus après coup et en fonction des circonstances. Elle entre surtout en action lorsque des services cantonaux sont rendus attentifs à de possibles erreurs ou lorsque des recours sont déposés. Il a été mentionné qu'il ne ressortait pas de la législation sur les constructions que le canton devait effectuer des contrôles systématiques et complets. En dehors des cas de recours et d'éventuelles procédures de surveillance ponctuelles, de tels contrôles ne sont pas désirés<sup>265</sup>. Il existe sûrement des arguments qui prêchent contre une activité de contrôle exagérée. Le principe de l'autonomie communale implique que les communes disposent d'une liberté d'appréciation suffisamment grande dans le cadre de l'accomplissement de leurs tâches. La Constitution cantonale et la loi sur les communes prévoient d'autre part que le canton doit surveiller les communes. Le Conseil d'Etat doit veiller à ce que les communes se régissent et s'administrent «conformément à la Constitution et aux lois<sup>266</sup>». L'Etat doit également informer les communes ainsi que leur procurer des renseignements et des conseils<sup>267</sup>. Ces bases légales prônent une intensification mesurée de la surveillance. On renonce ici à soumettre à la discussion la possibilité pour le canton du Valais de revitaliser les organes de l'administration décentralisée pour surveiller les communes. On propose par contre d'intensifier la surveillance des communes par le Conseil d'Etat et l'administration centrale. Ce qui devrait surtout être intensifié, c'est le «processus de communication» entre l'Etat et les communes. La communication implique un comportement actif des deux parties. L'Etat devrait améliorer ses processus internes dans la perspective d'une intensification de l'activité de surveillance. Le canton devrait rendre des informations importantes facilement accessibles aux communes. Les communes ont quant à elles également des obligations. Elles doivent s'organiser de manière à pouvoir agir conformément au droit. Elles doivent de leur propre chef rendre le canton attentif à d'éventuels problèmes liés à l'application du droit. Le canton peut exiger des communes des informations ciblées. Les services cantonaux compétents peuvent également se rendre dans les communes, poser des questions et examiner si l'administration est régie comme il se doit<sup>268</sup>.

Selon l'opinion défendue dans un ouvrage standard de doctrine en matière de droit administratif, les moyens de surveillance informationnels du canton sont très étendus. En font partie:

- «- inspections périodiques et inopinées de l'administration communale (visites);
- obligation de la part des autorités communales de rendre des rapports;
- obligation de présentation pour certains objets (à titre d'information et sans que l'approbation soit une condition de validité);
- participation de représentants du canton à certaines séances des autorités communales<sup>269</sup>» (traduction).

<sup>264</sup> Cf. chapitre I, chiffre 2.1.3.

<sup>265</sup> Il s'agit là de l'impression générale qui ressort des auditions.

<sup>266</sup> Art. 144 LCo.

<sup>267</sup> Art. 144 LCo.

<sup>268</sup> Wichtermann, Kommentar zum Gemeindegesetz des Kantons Bern, Art. 87, N 9.

<sup>269</sup> Häfelin/Müller/Uhlmann, N 1953. Cf. également le catalogue chez Dubey/Zufferey, N° 71.

Lorsqu'il existe des signes d'irrégularités, il est recommandé de procéder à des vérifications formelles. De telles vérifications devraient être initiées par le Conseil d'Etat. Être bien informé constitue la condition préalable pour une éventuelle intervention de l'Etat auprès d'une commune. Dans le cadre de ces mesures, il convient d'observer les principes de la proportionnalité.

Une intensification de la surveillance du canton implique que les ressources nécessaires soient mises à disposition des services cantonaux compétents.

## **3.2 Nouvelles bases légales**

### **3.2.1 Principes**

Il n'est pas nécessaire de développer un programme législatif étendu en vue de l'intensification de la surveillance du canton sur les communes. Il est bien plus indiqué de mieux exploiter les dispositions qui se trouvent dans la loi sur les communes et les autres lois spéciales.

Dans deux domaines, il est toutefois recommandé d'examiner la création de nouvelles normes de droit législatif: dans le cadre de la réalisation d'enquêtes officielles et lors de la création d'une instance intermédiaire.

### **3.2.2 Enquêtes officielles**

Les règles concernant la surveillance du canton sur les communes sont décrites de manière relativement succincte<sup>270</sup>. Du point de vue des principes d'un état de droit, se pose la question de savoir si la procédure préalable susceptible de conduire aux mesures relativement radicales prévues par les articles 150 et 151 de la loi sur les communes ne devrait pas être réglée de manière formelle. L'éventuelle mise en route d'une enquête officielle peut être annoncée à une commune dont la pratique semble être problématique du point de vue légal. Une telle mesure a une fonction d'avertissement. Si la commune concernée ne prend aucune mesure corrective, l'enquête officielle sera alors mise en route. La condition préalable au recours à des mesures sévères en matière de droit de surveillance est que le fait incriminé ait fait l'objet d'une procédure d'enquête correcte, qu'il ait été donné à la commune concernée la possibilité de prendre position par rapport à ces faits et d'apporter des éléments à sa décharge<sup>271</sup>. C'est pourquoi il est proposé que les conditions préalables à la mise en route d'une enquête officielle fassent l'objet d'une réglementation législative. De telles bases juridiques existent aussi dans d'autres cantons - notamment dans les deux cantons bilingues de Berne et de Fribourg<sup>272</sup>. Pour le canton du Valais, les propositions sont les suivantes: dans le cadre d'une enquête officielle diligentée par le Conseil d'Etat, les vérifications permettant à celui-ci de décider de la nécessité de prendre des mesures selon les articles 150 et 151 de la loi sur les communes peuvent être effectuées.

<sup>270</sup> Art. 149 -152 LCo.

<sup>271</sup> Wichtermann, Kommentar zum Gemeindegesetz des Kantons Bern, Art. 88, N 2.

<sup>272</sup> Article 88 de la loi sur les communes du 16.03.1998 du canton de Berne, RSB 170.11; article 151a de la loi du 25.9.1908 sur les communes du canton de Fribourg, RSF 140.1. Dans le canton de Fribourg, l'enquête officielle n'est pas diligentée par le Conseil d'Etat, mais par le préfet de district ou par la direction (département) responsable des communes.

La loi sur les communes pourrait être complétée par une disposition prévoyant que le Conseil d'Etat puisse charger le service cantonal compétent de mener contre une commune une enquête en matière de droit de surveillance lorsque

- a. il existe un soupçon que l'administration régulière de la commune soit troublée ou sérieusement compromise par des actes illicites des organes communaux ou d'une autre manière et
- b. la commune ne règle pas le problème par elle-même<sup>273</sup>.

Les deux conditions doivent être remplies cumulativement. La présomption raisonnable de l'existence d'un trouble sérieux ou d'une mise en péril de l'administration régulière de la commune suffit pour l'ouverture d'une enquête<sup>274</sup>.

Cette procédure doit aller dans le sens des dispositions de la loi sur la procédure et la juridiction administratives (LPJA). La commune a qualité de partie et dispose du droit d'être entendue.

De la pratique bernoise peuvent être tirés les exemples suivants<sup>275</sup>:

- soupçon de négligence des tâches de police des constructions;
- organisation insuffisante de la police des constructions;
- négligence grossière dans le domaine des finances communales;
- violation répétée des devoirs de récusation au sein du conseil communal.

### 3.2.3 Service de médiation (Ombudsstelle)

Selon l'article 153 de la loi sur les communes, les personnes intéressées peuvent dénoncer à l'autorité de surveillance des activités ou des manquements dont les autorités communales se seraient rendues coupables. La personne agissant par cette voie a droit à une réponse. La dénonciation à l'autorité de surveillance ne constitue pas une voie de recours au sens formel, mais bien plutôt un moyen de droit informel. L'auteur de la dénonciation ne reçoit pas la qualité de partie. L'autorité de surveillance décide – sur la base de ses compétences en matière de surveillance et selon l'appréciation requise – de la manière de traiter et de régler des dénonciations qui lui sont adressées<sup>276</sup>. Dans la pratique, de telles plaintes ont peu de chance de succès, étant donné que les obstacles pour corriger le système en dehors d'une procédure de recours formelle sont relativement importants. Cela se vérifie également dans d'autres cantons. C'est pourquoi il est indiqué d'instituer des organes de médiation sous la forme d'autorités de surveillance externes à l'administration<sup>277</sup>. La création de telles instances nécessite une base légale au sens formel, dans lesquelles les compétences, la procédure et le choix des personnes responsables sont réglés. En règle générale, de telles instances peuvent examiner les faits d'office, interroger les personnes pouvant fournir des informations et prendre d'autres mesures d'enquête. Elles ne peuvent par contre pas édicter des directives juridiquement contraignantes, mais fonctionnent uniquement en tant qu'entités de médiation<sup>278</sup>. Elles peuvent proposer une solution acceptée par toutes les parties, donner aux recourants un conseil sur la suite de la procédure et adresser des recommandations écrites aux autorités. Les services de médiation peuvent contribuer à

<sup>273</sup> Cf. art. 88 de la loi sur les communes du canton de Berne 16.3.1998, RSB 170.11.

<sup>274</sup> Wichtermann, Kommentar zum Gemeindegesetz des Kantons Bern, Art. 88, Art. N 9.

<sup>275</sup> Wichtermann, Kommentar zum Gemeindegesetz des Kantons Bern, Art. 88, N 12.

<sup>276</sup> Jaag/Rüssli, N 2026.

<sup>277</sup> Chapitre I, chiffre. 2.8.

<sup>278</sup> Jaag/Rüssli, N 1808.

un règlement consensuel des conflits et ainsi renforcer la confiance des citoyennes et des citoyens dans l'action des organes étatiques et communaux. Il est recommandé d'examiner aussi en Valais la mise en place d'un service de médiation.

### **3.3 Réformes dans le domaine de compétences du Conseil d'Etat**

#### **3.3.1 Généralités**

Ci-après sont présentées des propositions d'optimisation de la surveillance des communes par le canton relevant du domaine de compétence de l'exécutif. Dans ce cadre, le rôle prédominant du Conseil d'Etat tel que défini dans la loi revêt une importance capitale<sup>279</sup>. Le Conseil d'Etat planifie et coordonne les activités du canton également dans le domaine de la surveillance des communes. Il doit légitimer politiquement les actions de surveillance du canton qui revêtent une certaine intensité. Le Conseil d'Etat devrait au moins décider du début et de la fin d'importantes actions de surveillance menées auprès des communes. Cela fait également partie des tâches du Conseil d'Etat de décider si la surveillance des communes exige la création d'un concept ou si des procédures optimisées et standardisées doivent être élaborées. Il décide en outre, sous réserve des directives légales en la matière, si les compétences de surveillance attribuées jusque-là aux différents départements doivent être redistribuées ou au contraire rassemblées. Ce qui est important, c'est que les tâches, compétences et responsabilités des services impliqués soient clairement définies.

Une responsabilité particulière en matière de surveillance des communes incombe au département des finances et des institutions et en particulier au service des affaires intérieures et communales (SAIC).

#### **3.3.2 Responsabilités du SAIC**

Le SAIC doit accomplir des tâches importantes dans le cadre de l'application de la loi sur les communes et d'autres textes normatifs<sup>280</sup>. Il conseille les communes dans différents domaines, notamment sur des questions concernant la gestion financière. La législation sur la surveillance financière demeure réservée. Le SAIC assume également d'importantes tâches dans le domaine des droits politiques, des fusions de communes et des expropriations. En référence à la surveillance générale sur les communes, le SAIC assume en particulier les compétences suivantes:

- Instruction des recours au Conseil d'Etat contre des actes communaux.

En 2015, le SAIC a préparé 661 projets de décisions du Conseil d'Etat concernant des recours. En font également partie des décisions sur recours en lien avec des autorisations de construire dans la zone à bâtir.

- Approbation de règlements communaux.

C'est le principe de la porte d'accès unique qui a cours pour l'approbation de règlements communaux provenant de tous les domaines politiques. En font également partie les règlements des zones et des constructions de communes. En 2015, le SAIC a préparé 149 projets de décisions du Conseil d'Etat concernant l'approbation de règlements

---

<sup>279</sup> Art. 145 LCo.

<sup>280</sup> Concernant l'ensemble du chiffre 3.3.2: Rapport Chevrier, 6s.

communaux. Lors de la préparation des décisions d'approbation du Conseil d'Etat, les services cantonaux concernés sont consultés.

- Dénonciations au Conseil d'Etat en tant qu'autorité de surveillance

Selon l'article 153 de la loi sur les communes, toute personne intéressée peut adresser au Conseil d'Etat une dénonciation à l'autorité de surveillance. Chaque année, de 2 ou 3 dénonciations à l'autorité de surveillance sont déposées. Le SAIC prépare les décisions du Conseil d'Etat correspondantes relevant de son domaine de compétence.

### **3.3.3 Autres acteurs importants**

D'autres acteurs importants sont actifs dans le domaine politique des constructions. Le département des transports, de l'équipement et de l'environnement (DTEE) est responsable de la législation sur les constructions. Il s'occupe des bâtiments publics, des infrastructures et de la police des constructions<sup>281</sup>. Le département de l'économie, de l'énergie et du territoire (DEET) s'occupe de l'aménagement du territoire, des registres fonciers, de la géomatique et des directives de droit public concernant la vente d'immeubles à des étrangers. Le Chancellerie d'Etat est responsable de l'instruction des recours au Conseil d'Etat contre des décisions de la commission cantonale des constructions (CCC).

## **4. Optimisations individuelles**

### **4.1 Concept de surveillance des communes**

L'article 145 de la loi sur les communes stipule que le canton surveille les communes. Cette règle est formulée de manière très générale. Elle doit être concrétisée. Cette concrétisation peut se faire dans la législation spéciale concernant les différents domaines politiques. Ainsi, la surveillance du canton sur les finances communales a par exemple été réglée de manière approfondie. Dans d'autres domaines, beaucoup de choses restent ouvertes. Partant d'une vision globale, la surveillance des communes devrait être intensifiée et systématisée. C'est pourquoi il est recommandé que le Conseil d'Etat – sur la base de l'article 145 de la loi sur les communes – édicte une ordonnance ou une directive concernant la surveillance des communes. Dans l'acte normatif en question, des questions fondamentales concernant la surveillance des communes devraient être clarifiées. Des critères pour un accompagnement plus intensif des communes devraient être définis. Les enseignements tirés de ce processus pourraient conduire à ce que certaines communes soient mises sur la liste des communes surveillées<sup>282</sup>.

Le Conseil d'Etat devrait édicter des directives claires pour des procédures standardisées et transparentes. Cela permettrait de faciliter la coordination interne à l'administration dans le domaine de la surveillance des communes.

D'importantes mesures cantonales de surveillance prises à l'encontre de communes dans le domaine des constructions et de la planification devraient être saisies dans une base de données. Feraient notamment l'objet de cette saisie l'approbation de règlements communaux, les décisions du Conseil d'Etat dans des procédures de recours, d'importantes décisions en matière d'application de la législation sur les résidences

<sup>281</sup> A ce propos et concernant ce qui suit cf. article 4 de l'ordonnance sur les attributions de la présidence et des départements du 1<sup>er</sup> mai 2009 (RS-Vs 172.010).

<sup>282</sup> Chapitre IV, chiffre 4.4.

secondaires, et d'importantes mesures ou directives en matière de police des constructions selon les articles 149-150 de la loi sur les communes. Le Conseil d'Etat devrait déterminer quel département serait chargé de la gestion de cette base de données<sup>283</sup>.

Les points suivants sont importants:

- Les arrêts du Tribunal cantonal et du Tribunal fédéral en matière de construction et de planification concernant le canton du Valais sont saisis dans la base de données.
- Les mesures et directives de l'administration cantonale importantes concernant la surveillance des communes sont saisies dans la base de données.
- Les documents mentionnés ici sont à la disposition de tous les services cantonaux qui s'occupent de la surveillance des communes. Ces services ont accès à la base de données.

#### **4.2 Règlements communaux: directives pour la procédure de consultation**

Dans le canton du Valais, les règlements communaux sont soumis à une procédure d'examen préalable avant d'être soumis au Conseil d'Etat pour approbation. Le SAIC est la porte d'entrée pour l'approbation des règlements communaux. Il examine le dossier afin de déterminer s'il est complet et récolte les prises de position des services administratifs concernés. Il existe une liste établissant quels services doivent être consultés pour quels règlements. Une procédure différente s'applique pour les règlements de construction et de planification. De tels règlements sont d'abord transmis au service du développement territorial, qui consulte d'autres services concernés et fait un rapport de synthèse sur la procédure de consultation. Sur la base de la procédure d'examen préalable, les autorités cantonales cherchent dans tous les cas à entrer une nouvelle fois en contact avec la commune concernée. Finalement, le projet de règlement mis au net est soumis au Conseil d'Etat pour approbation.

La procédure actuelle d'approbation des règlements communaux se caractérise par le système dit de la «porte d'entrée unique». Ce système présente l'avantage que tous les règlements sont soumis aux mêmes règles. Les règlements communaux doivent être déposés auprès du SAIC, qui coordonne la procédure et soumet les règlements au Conseil d'Etat pour approbation. Cette procédure présente différents avantages: la perspective sous laquelle se fait l'examen des règlements est homogène. Le SAIC a une vue d'ensemble sur les règlements provenant de tous les domaines politiques et peut ainsi veiller à une pratique homogène.

Il existerait la possibilité de soumettre les règlements communaux – en fonction du domaine politique qu'ils concernent – à un examen préalable de la part du département compétent en la matière et de lui laisser le soin de les soumettre au Conseil d'Etat. Une telle manière de procéder conduirait à une plus forte implication de la part des départements. Maurice Chevrier écrit à ce propos: "Il y a une certaine logique à ce que le département compétent, celui qui exerce la surveillance du canton sur la commune dans un domaine, conduise la procédure d'homologation des règlements communaux en cette matière. L'inconvénient est peut-être de permettre des pratiques différentes selon les départements"<sup>284</sup>.

---

<sup>283</sup> Des décisions du Conseil d'Etat sur recours dans des affaires communales peuvent déjà maintenant être consultées par les départements dans le système ECM : Rapport Chevrier, 11. Ce système n'est toutefois pas à disposition de tous les services.

<sup>284</sup> Rapport Chevrier, 12.

Il existerait en outre la possibilité de créer une «lex specialis» dans le domaine des constructions et de la planification. Une compétence particulière pour la préparation à l'approbation des règlements communaux relevant du domaine des constructions et de la planification pourrait être créée. Il a été relevé que les RCCZ doivent obligatoirement être soumises à un examen préalable et à une approbation de la part du canton. Les RCCZ ont une grande importance; l'obligation d'approbation du canton est en effet également exigée par le droit fédéral. Non seulement les règlements des constructions, mais aussi les plans d'affectation sont très importants. L'autorité cantonale doit approuver les plans d'affectation et leurs adaptations. L'approbation des plans d'affectation par l'autorité cantonale leur confère force obligatoire. L'autorité cantonale examine s'ils sont conformes aux plans directeurs cantonaux approuvés par le Conseil fédéral<sup>285</sup>. Il serait envisageable de confier au département des transports, de l'équipement et de l'environnement (DTEE) la compétence de l'examen préalable des directives et plans communaux en matière de constructions et de planification. Ce département est chargé des travaux législatifs dans le domaine des constructions et assume déjà actuellement d'importantes tâches de surveillance dans ce domaine. Si la compétence de l'examen préalable des règlements communaux en matière de constructions et de planification était également confiée au DTEE, cela pourrait favoriser une surveillance plus intensive et plus cohérente des communes par le canton. Il faut admettre que le département de l'économie, de l'énergie et du territoire joue lui aussi un rôle important. Il conviendrait d'intégrer les connaissances techniques du service du développement territorial ainsi que celles d'autres services concernés.

En examinant les choses de manière globale, force est toutefois de constater qu'il existe également des doutes sérieux quant à l'opportunité de créer une «lex specialis» dans le domaine des constructions et de la planification. Avec une argumentation semblable, on pourrait prôner des solutions particulières dans d'autres domaines techniques, par exemple en matière de règlements sur les déchets et les eaux usées, de règlements de police ou de règlements concernant des activités touristiques.

Dans le cadre des consultations, il a été démontré qu'il existait des raisons prépondérantes afin que la procédure actuelle pour l'approbation des règlements communaux soit maintenue. Cette procédure devrait toutefois être réglée de manière plus approfondie et plus transparente. Le Conseil d'Etat devrait édicter une ordonnance ou un règlement à cet effet. L'acte normatif en question devrait définir les principes et les différentes étapes de la procédure. Les différents services devraient en particulier être incités à prendre position par rapport à la conformité des règlements avec le droit supérieur dans leur domaine particulier. Ce qui est important dans ce cadre, c'est le principe de la transparence. Le département qui instruit le dossier soumet au Conseil d'Etat lors de la demande d'approbation d'un règlement communal toutes les prises de position internes à l'administration. Des renseignements concernant la mise au net des différences sont fournis dans un document explicatif. Ces documents sont saisis dans la base de données<sup>286</sup>.

---

<sup>285</sup> Art. 26 de la loi fédérale du 22 juin 1979 sur l'aménagement du territoire, RS 700; Moor/Poltier, p. 528s.

<sup>286</sup> Chapitre V, chiffre 4.1.

### 4.3 Surveillance en matière de résidences secondaires

Le Conseil d'Etat exerce la surveillance sur les autorités communales et cantonales compétentes pour l'exécution de la loi sur les résidences secondaires. C'est à chaque fois le département compétent qui accomplit cette tâche en son nom<sup>287</sup>. Il est recommandé que le Conseil d'Etat établisse ce qui suit:

- Le département de l'économie, de l'énergie et du territoire s'assure que le centre de compétences pour les résidences secondaires (CCR2) puisse continuer à accomplir sa tâche. Il s'agit d'une «organisation virtuelle» avec une pure fonction de conseil.
- Le département des transports, de l'équipement et de l'environnement est chargé de l'instruction opérationnelle de mesures de surveillance dans le domaine des résidences secondaires. Le fait qu'un bien-fonds soit utilisé comme résidence principale, respectivement comme résidence secondaire, est étroitement lié à l'autorisation de construire et il convient de s'en assurer par d'éventuelles mesures de police des constructions. Le département ne peut assumer la nouvelle compétence que si les ressources nécessaires lui sont attribuées.

### 4.4 Monitoring

Le Conseil d'Etat met en place un monitoring pour les communes qui ont particulièrement besoin d'être encadrées, accompagnées et contrôlées. Il définit pour chaque commune concernée par cette décision quelles mesures particulières doivent être prises. Il détermine quel département assume le rôle principal en la matière et le charge de lui rendre chaque année un rapport.

### 4.5 Information systématique des communes

Le département compétent devrait s'assurer que les communes soient systématiquement informées des importantes décisions du Conseil d'Etat, de l'administration cantonale et des tribunaux. Une base de données séparée pourrait être créée à cet effet.

Dans le canton de Berne, l'administration cantonale a mis en place, sous le nom d'«Information systématique des communes bernoises (ISCB)», un système d'information étendu pour le niveau communal. Des informations isolées, de même que des directives, des aide-mémoire, des commentaires, des avis ou des recommandations sont centralisés et mis à disposition des communes. Ces documents sont continuellement mis à jour et des personnes privées comme des associations peuvent s'abonner pour les obtenir. Ils sont livrés sous forme de feuillets mobiles. Ils peuvent également être recherchés dans la base de données ISCB et téléchargés<sup>288</sup>.

Il faudrait examiner si un système analogue ne pourrait pas être créé en Valais – certes limité à des domaines particulièrement complexes comme celui des constructions et de la planification.

## 5. Ressources supplémentaires

Une intensification de la surveillance des communes par le canton implique la mise à disposition de ressources supplémentaires. La mise en place de procédures plus standardisées et plus transparentes, le développement du monitoring, l'élargissement de l'activité d'information et le renforcement de la surveillance dans le domaine des

<sup>287</sup> Art. 2 du décret sur les constructions du 16 décembre 2015.

<sup>288</sup> <[www.jgk.be.ch](http://www.jgk.be.ch)> Information systématique des communes bernoises, consulté le 15.1.2017.

résidences secondaires génèrent des coûts. Cela concerne aussi bien le domaine technique que celui du personnel. La création de postes supplémentaires semble être inévitable. Dans certains domaines, le transfert de ressources entre les différents services devrait également être envisageable. Il est recommandé que les services compétents dans ces domaines effectuent une analyse concernant les ressources supplémentaires nécessaires. Cette analyse doit servir de base de décision pour le Conseil d'Etat en vue de l'intensification de la surveillance des communes.

## **6. Renforcement du rôle des communes**

### **6.1 Obligations des communes**

Les communes doivent s'organiser afin de pouvoir agir de manière conforme au droit. Les organes compétents doivent être en mesure de reconnaître et de corriger des erreurs commises au niveau communal. Les communes doivent par elles-mêmes rendre attentif le canton à d'éventuels problèmes concernant des questions de droit et d'organisation. Le canton peut exiger des communes des informations et des rapports. Les services cantonaux compétents peuvent se rendre dans les communes, poser des questions et contrôler si l'administration est régie comme il se doit.

### **6.2 Législation sur les constructions**

Les communes doivent bien assumer leurs rôles en tant qu'autorités en matière d'autorisations de construire et de police des constructions. La nouvelle loi sur les constructions renforce l'autonomie communale. Cela implique aussi une responsabilité supplémentaire. Les articles 52 et suivants de la nouvelle loi sur les constructions du 15 décembre 2016 contiennent des directives détaillées sur la manière d'agir que les communes, en tant qu'autorités en matière de police des constructions, doivent observer. Dans ce cadre, l'application de l'article 40 de cette même loi, en vertu duquel les plans de construction doivent être établis par des personnes particulièrement qualifiées, est également importante. Les autorités communales doivent aussi disposer de personnel techniquement qualifié pour examiner les demandes d'autorisation de construire.

### **6.3 Coopération technique des communes**

Il se peut que certaines communes aient de la peine à assumer leur importante responsabilité en tant qu'autorité compétente en matière d'autorisation de construire et de police des constructions avec les seuls moyens dont elles disposent. C'est pourquoi il convient d'encourager la coopération technique des communes dans le domaine des autorisations de construire.

Dans le canton de Berne, la loi sur les constructions a déjà été complétée en 1994 par la disposition suivante:

<sup>1</sup> Les communes veillent à acquérir les connaissances techniques nécessaires en matière de droit de la construction.

<sup>2</sup> Si elles ne disposent pas de leurs propres spécialistes, elles font examiner les demandes de permis de construire par l'inspection régionale des constructions, par les spécialistes d'autres communes ou par des experts privés.

<sup>3</sup> Le canton encourage la formation et le perfectionnement des personnes chargées des tâches découlant de la présente loi<sup>289</sup>.

Sont considérées comme experts des personnes qui disposent de connaissances particulières dans le domaine des procédures d'autorisation de construire et dans la coordination des procédures d'autorisation. Il peut s'agir d'employés communaux qui ont suivi une formation particulière.

Il est recommandé qu'en Valais aussi, une attention particulière soit accordée à la coopération technique des communes dans le domaine de la construction. La révision totale de la loi sur les constructions a été achevée le 15 décembre 2016. C'est pourquoi des formes volontaires de coopération entre les communes sont particulièrement encouragées.

Il convient de relever dans ce contexte qu'il existe déjà à l'heure actuelle des offres de formation et de formation continue pour les communes valaisannes. On peut citer l'exemple suivant: sur mandat de la Fédération des Communes Valaisannes (FCV) et de l'association de la Région du Haut-Valais, la RW Oberwallis AG (RWO AG) propose son soutien avec une offre de formation et de formation continue. Des modules dans les domaines de la construction, de l'aménagement du territoire et de la législation sur les résidences secondaires font également partie de l'offre de formation<sup>290</sup>.

## **7. Crédibilité de l'action gouvernementale**

Le World Economic Forum a publié le 28 septembre 2016 le «Global Competitiveness Report 2016-2017»<sup>291</sup>. Pour la huitième fois consécutive, la Suisse a été désignée comme le pays le plus compétitif du monde. Non seulement le contexte macroéconomique, mais également le système financier, l'efficacité du marché des biens, le marché du travail, l'infrastructure, le système de formation et la capacité d'innovation des pays examinés ont été évalués. Le premier pilier du schéma d'évaluation du WEF s'appelle «institutions». Il est question ici de la protection juridique, de l'efficacité du cadre juridique, de l'activité non corrompue des autorités, de l'indépendance des tribunaux, des finances publiques et de la confiance de la population dans la politique. Il s'agit là de facteurs essentiels qui sont très importants pour assurer durablement l'attractivité de tous les cantons suisses. Toutes les autorités ont ici une part de responsabilité. Cette responsabilité doit également être rappelée aux communes. Les autorités à tous les niveaux ont l'obligation de respecter le droit et les principes d'un état de droit. Qui ignore ceci et se met au-dessus des lois en poursuivant des intérêts mercantiles à court terme finira par causer des dommages au canton et aux communes. C'est pourquoi il convient de combattre une dégradation de l'éthique juridique.

Claude Rouiller a formulé cela avec toute la clarté nécessaire:

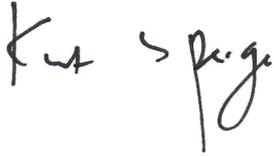
"Last but not least, le comportement du Conseil communal de Bagnes dans l'affaire dite "des constructions illicites de Verbier" a pu avoir pour conséquence une dégradation de l'éthique juridique; c'est ce que paraissent révéler certains des constats opérés par les experts précédents et consignés par eux dans des rapports ponctuels; les services communaux compétents et la "commission des architectes" semblent en effet avoir bel et bien fermé les yeux sur les actes de constructeurs qui, non contents de profiter de la violation généralisée d'une norme du droit cantonal, en auraient profité

<sup>289</sup> Art. 33a de la loi sur les constructions du canton de Berne du 9.6.1985, RSB 721.0.

<sup>290</sup> <[www.rw-oberwallis.ch/Projekte/Weiterbildung für Gemeinden 2017](http://www.rw-oberwallis.ch/Projekte/Weiterbildung_für_Gemeinden_2017)>, consulté le 10. 2.2017.

<sup>291</sup> <[www.weforum.org > Reports](http://www.weforum.org/Reports)>, consulté le 15.1.2017.

pour aller même au-delà des possibilités offertes par le règlement communal entaché d'illégalité<sup>292</sup>».

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Kurt Nuspliger'. The letters are cursive and somewhat stylized.

Prof. Dr. Kurt Nuspliger

---

<sup>292</sup> Rouiller, 106, N 122.

## **Annexe I: Matériel, rapports et ouvrages de référence**

### **Matériel et rapports**

Rapport du Service administratif et juridique du Département des transports, de l'équipement et de l'environnement du 27 juillet 2016 (rapport Zumstein, XX)

Rapport de l'Office juridique du Service des registres fonciers et de la géomatique, département de l'économie, de l'énergie et du territoire du 3 août 2016 (rapport Gruber XX).

Rapports du service administratif et juridique du département de l'économie, de l'énergie et du territoire du 13 mai 2016 et du 11 août 2016 (rapport Zurwerra, XX).

Rapport du Service des affaires intérieures et communales du Département des finances et des institutions, du 30 août 2016 (rapport Chevrier, XX).

Rapport du service des registres fonciers et de la géomatique du 6 février 2017 (rapport Biondo, XX)

### **Bibliographie**

Alig Jonas, Das Zweitwohnungsgesetz, in: ZBl 2016, 227 ff.

Arn Daniel/Friederich Ueli/Friedli Peter/Müller Markus/Müller Stefan/Wichtermann Jürg, Kommentar zum Gemeindegesetz des Kantons Bern, Bern 1999 (auteur, commentaire de l'art. XX LC/BE, N YY).

Aubert Jean-François/ Mahon Pascal (Hrsg.), Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zurich 2003 (Auer/Mahon, commentaire de l'art. XX BV, N YY).

Auer Andreas, Staatsrecht der Schweizerischen Kantone, Bern 2016 (Auer, Staatsrecht, N YY).

Auer Andreas/Malinverni Michel/Hottelier Michel, Droit constitutionnel suisse, Volume I, Troisième édition, Berne 2013 (Auer/Malinverni/Hottelier, N XX):

Biaggini Giovanni, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Kommentar, Zürich 2007 (Biaggini, commentaire de l'art. XX BV, N YY).

Biaggini Giovanni/Gächter Thomas/Kiener Regina (Hrsg.), Staatsrecht, 2. Auflage, Zürich/St. Gallen 2015 (auteurs, dans: Staatsrecht, § XX N YY).

Biaggini Giovanni, Rechtsgutachten vom 31. Oktober 2016 zur Frage der Gültigkeit der kantonalen Volksinitiative "Keine Steuergelder für die Berner Reithalle (Biaggini, Rechtsgutachten, XX).

- Buser Denise, Kantonales Staatsrecht, 2. Auflage, Basel 2011 (Buser, XX).
- de Courten, Paul, La commune politique valaisanne, Diss. Fribourg, Sion 1927 (de Courten, XX).
- Dubey Jacques/Zufferey Jean-Baptiste, Droit administratif général, Bâle 2014 (Dubey/Zufferey, N XX).
- Ehrenzeller Bernhard/Schindler Benjamin/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 3. Auflage, Zürich/St. Gallen 2014 (auteurs, commentaire saint-gallois de l'art. XX Cst., Rz. YY).
- Fraefel Willy, Die Aufsicht des Kantons über die Gemeinden nach basellandschaftlichem Recht, Diss. Basel 1977 (Fraefel, XX).
- Fritzsche Christoph/Bösch Peter/Wipf Thomas, Zürcher Planungs- und Baurecht, 5. Auflage, Zürich 2011 (Fritzsche/Bösch/Wipf, XX).
- Graf Martin/Theler Cornelia/von Wyss Moritz (Hrsg.), Parlamentsrecht und Parlamentspraxis der Schweizerischen Bundesversammlung, Basel 2014 (auteurs, dans: Parlamentsrecht, Art. XX, N YY).
- Häner Isabelle/Lienhard Andreas/Tschannen Pierre/Uhlmann Felix/Vogel Stefan, Ausgewählte Gebiete des Bundesverwaltungsrechts, 8. Aufl., Basel 2014 (auteurs, Bundesverwaltungsrecht, XX).
- Hangartner Yvo/Kley Andreas, Die demokratischen Rechte in Bund und Kantonen der schweizerischen Eidgenossenschaft, Zürich 2000.
- Häfelin Ulrich/Haller Walter/Keller Helen, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 8. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012.
- Häfelin Ulrich/Müller Georg/Uhlmann Felix, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Auflage, Zürich/St. Gallen 2016 ( Häfelin/Müller/Uhlmann, N XX).
- Jaag Tobias/Rüssli Markus, Staats- und Verwaltungsrecht des Kantons Zürich, 4. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2012 (Jaag/Rüssli, N XX).
- Kölz Alfred/Häner Isabelle/Bertschi Martin, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, Zürich/Basel/Genf 2013, N XX).
- Meyer Kilian, Gemeindeautonomie im Wandel, Diss. St. Gallen, Norderstedt 2011 (Meyer, XX).
- Meyer Lorenz, Gutachten vom 29. Februar 2016 betreffend Finanzaufsicht im Kanton Basel-Stadt (Meyer, Gutachten Finanzaufsicht, XX).
- Moor Pierre/Flückiger Alexandre/Martenet Vincent, Droit administratif, Volume I, Troisième édition, Berne 2012 ( Moor/Flückiger/Martenet, XX). Moor/Flückiger/Martenet, 511s.)
- Moor Pierre/Poltier Etienne, Droit administratif, Volume II, Troisième édition, Berne 2011 (Moor/Poltier, XX).
- Müller Georg/Vogel Stefan, Oberaufsicht der Bundesversammlung über verselbständigte Träger von Bundesaufgaben, dans: ZBl 111/2010 649ff (Müller/Vogel, XX).
- Müller Markus/Feller Reto,(Hrsg.), Bernisches Verwaltungsrecht, 2. Auflage, Bern 2013 (auteurs, dans: Müller/Feller, XX, N YY).

Nuspliger Kurt/Mäder Jana, Bernisches Staatsrecht und Grundzüge des Verfassungsrechts der Kantone, 4. Aufl., Bern 2012 ( Nuspliger/Mäder, XX).

Rhinow René/Schefer Markus, Schweizerisches Verfassungsrecht, 2. Aufl., Basel 2009 (Rhinow/Schefer, XX).

Rouiller Claude, Rapport établi à la demande du Conseil communal de Bagnes (Canton du Valais) sur certaines conséquences d'une pratique, jugée illégale, en matière de police de constructions (affaire dite des "constructions illicites de Verbier") mars-août 2016, (Rouiller, XX).

Saladin Peter, Verantwortung als Staatsprinzip, Bern/Stuttgart 1984 (Saladin, XX).

Schorr Paul, Die Aufsicht des Staates über die Gemeinden, Diss. Basel 1945 (Schorr, XX).

Sobotich Viviane, Staatshaftung aus Kontrolltätigkeit im Baurecht, Diss. Zürich 2000 (Sobotich, XX).

Daniel Thürer/Jean-François Aubert/Jörg Paul Müller (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001 (auteurs, dans: Verfassungsrecht der Schweiz, § XX, N YY).

Tschannen Pierre, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 4. Auflage, Bern 2016 (Tschannen, Staatsrecht, § XX, N YY).

Tschannen Pierre/Zimmerli Ulrich/Müller Markus, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Auflage, Bern 2014 ( Tschannen/Zimmerli/Müller, § XX, N YY).

Tschentscher Axel/Lienhard Andreas, Öffentliches Recht, Zürich/St. Gallen 2011 (Tschentscher/Lienhard, N XX).

Vatter Adrian, Das politische System der Schweiz, Baden-Baden 2014 (Vatter, XX).

Veuthey Pierre-André/Bender Léonard, Commune de Bagnes, Expertise visant au contrôle de la conformité des procédures dans le secteur de la construction, du 12 février 2016, (Veuthey/Bender, XX).

Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar zur Bundesverfassung, Basel 2015 (BSK, Auteurs, Art. XX, N YY).

Wolf Stephan/Lienhard Andreas (Hrsg.), Schweizerische Zweitwohnungsgesetzgebung - insbesondere praktische Umsetzungsfragen und Rechtsvergleich mit den Grundverkehrsbeschränkungen in Tirol, Bern 2014 (Wolf/Lienhard, XX).

Zaugg Aldo/Ludwig Peter, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern vom 9. Juni 1985, Band I (Art. 1-52): 4. Auflage, Bern 2013; Band II (Art. 53-155): 3. Auflage, Bern 2010 (Zaugg/Ludwig, Band I/II, Kommentar zu Art. XX BauG, N YY).

Zufferey Jean-Baptiste, Rapport d'expertise relatif au contrôle des constructions réalisées en Valais en dehors des zones à bâtir, Université de Fribourg, avril 2000 (Zufferey, XX).

**Annexe II: Actes normatifs**

Cst. féd.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du mercredi 28 avril 1999 (RS 101) .
Loi sur l'aménagement du territoire	Loi fédérale du 22 juin 1979 sur l'aménagement du territoire, LAT, RS 700.
LFAIE (Lex Koller)	Loi fédérale du 16 décembre 1983 sur l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger (LFAIE, RS 211.412.41).
Loi sur les résidences secondaires (LRS)	Loi fédérale sur les résidences secondaires du 20 mars 2015 (RS 702.1)
Ordonnance sur les résidences secondaires (ORS)	Ordonnance sur les résidences secondaires du 4 décembre 2015 (VS ; 702.1)]
Loi sur les constructions (LC)	Loi sur les constructions du 7 février 1996 (RS-VS 705.1).
Ordonnance sur les constructions (OC)	Ordonnance sur les constructions du 2 octobre 1996 (RS-VS 705.100).
Loi sur les Communes (LCo)	Loi sur les communes du 5 février 2004 (RS-VS 175.1).
Loi réglant l'application de la LFAIE	Loi cantonale réglant l'application de la loi fédérale sur l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger (RS-VS 211.4)
Règlement sur l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger	Règlement du 21 novembre 2012 sur l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger, (RS VS 211.410).
Loi sur la gestion et le contrôle administratifs et financiers du canton	Loi sur la gestion et le contrôle administratifs et financiers du 24 juin 1980 (RS-VS 611.1)
Ordonnance concernant la gestion financière	Ordonnance sur la gestion financière des communes du 16 juin 2004 (RS-VS 611.102)
Loi sur l'organisation des Conseils et les rapports entre les pouvoirs du 28 mars 1996 (LOCRP)	loi sur l'organisation des Conseils et les rapports entre les pouvoirs du vendredi 28 mars 1997 (RS-VS 171.1) ;
Loi sur la procédure et la	La loi cantonale sur le procédure et la juridiction

juridiction administratives  
(LPJA)

administratives du 6 octobre 1976 (RS-VS 172.6) .

Décret sur les résidences  
secondaires

Décret d'exécution de la loi fédérale sur les résidences  
secondaires du 16 décembre 2015 (RS-VS 702.101).