

# VS\_GERICHTE A1 19 48 vom 12. Dezember 2019

VS Kantonsgericht, 2019-12-12, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vs\\_gerichte\\_A1\\_19\\_48](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vs_gerichte_A1_19_48)

FR: VS\_GERICHTE A1 19 48 du 12 décembre 2019

IT: VS\_GERICHTE A1 19 48 del 12 dicembre 2019

## Regeste

A1 19 48 ARRÊT DU 12 DÉCEMBRE 2019 Tribunal cantonal du Valais Cour de droit public Composition : Christophe Joris, président ; Jean-Bernard Fournier, juge ; Frédéric Fellay, juge suppléant, en la cause X \_\_\_\_\_ SA, recourante, représentée par Maître M \_\_\_\_\_ contre CONSEIL D'ÉTAT DU VALAIS, 1951 Sion, autorité attaquée (mise sous protection immédiate et compensation du patrimoine archéologique détruit) recours de droit administratif contre la décision du 16 janvier 2019

## Erwägungen

### E. 6

octobre 1976 sur la procédure et la juridiction administratives – LPJA ; RS/VS 172.6). Possède cette qualité quiconque est atteint par la décision et a un intérêt digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée (art. 80 al. 1 let. a et 44 al. 1 let. a LPJA). La notion d'intérêt digne de protection suppose que le recourant possède un intérêt actuel, ceci non seulement au moment du dépôt du recours, mais également lors du prononcé de la décision sur recours (ATF 128 II 34 consid. 1b). Cette exigence vise à garantir que le Tribunal se prononce sur des questions concrètes et non pas simplement théoriques. Aussi l'intérêt actuel requis fera-t-il défaut lorsque la décision attaquée a été exécutée ou est devenue sans objet (ATF 120 Ia 165 consid. 1a). En l'occurrence, la décision du DMTE confirmée par le Conseil d'Etat règle deux éléments : premièrement, elle ordonne la mise sous protection immédiate de la parcelle n° xxx ; deuxièmement, elle astreint la recourante à réparer le dommage résultant de la destruction du patrimoine archéologique par le biais d'une compensation (financière). La première de ces mesures revêt un caractère provisoire (Eloi Jeannerat/Pierre Moor in : Heinz Aemisegger et al. [édit.], Commentaire pratique LAT : Planifier l'affectation, Genève/Zurich/Bâle 2016, n° 97 ad art. 17 LAT). Sa durée est d'ailleurs limitée à deux ans par l'article 9 alinéa 6 LcPN. Ayant été décidée le 8 septembre 2017, elle a cessé de sortir ses effets. En conséquence, la recourante, qui affirme d'ailleurs avoir achevé la construction de l'immeuble (mémoire, allégué 104), ne dispose manifestement pas d'un intérêt actuel et pratique à discuter ce volet de l'affaire. Son recours doit être jugé irrecevable sur ce point, sous réserve d'un cas de nullité. 1.3 En tant qu'il conteste l'obligation de compenser financièrement le patrimoine archéologique détruit, toujours d'actualité, le recours, régulièrement formé au surplus, est recevable (art. 72, 78 let. a, 80 al. 1 let. b et c, 46 et 48 LPJA). 1.4 La recourante a émis des observations le 27 novembre 2019 sans avoir été interpellée par la Cour de céans. Cette écriture est donc irrecevable et n'entre pas non plus dans les prévisions de l'article 23 alinéa 2 LPJA. Partant, il n'en sera pas tenu compte.

- 9 - 2. Le Conseil d'Etat a déposé son dossier, comprenant celui du DMTE, du SBMA et de la commune de C \_\_\_\_\_ relatif à l'autorisation de construire. Les requêtes corres-

pondantes de la recourante sont donc satisfaites. Il n'y a pour le reste pas lieu d'interroger les parties, celles-ci ayant eu tout loisir de s'exprimer par écrit (art. 80 al. 1 let. d, 56 al. 1 et 17 al. 2 LPJA). 3.1 En substance, la recourante reproche d'abord au SBMA et au DMTE d'avoir rendu des décisions du ressort de l'autorité compétente en matière d'autorisation de construire, soit, en l'espèce, le conseil municipal de C \_\_\_\_\_. A suivre la recourante, ces décisions cantonales seraient donc nulles, à tout le moins annulables. 3.2 La première question relative à la validité formelle d'une décision est celle de la compétence de l'autorité qui l'a rendue. La législation fixe la compétence en raison du lieu et de la matière, ainsi que la compétence fonctionnelle de l'autorité (art. 7 al. 1 LPJA). Ces règles sont impératives (Benoît Bovay, op. cit., p. 122). L'autorité que la loi désigne comme compétente n'est en principe pas autorisée à déléguer son pouvoir de décision à une autre instance, que ce soit de manière générale ou dans un cas particulier, sauf si la loi l'y autorise expressément (ibidem). Il résulte de ces règles qu'une décision ne saurait être valable si elle a été rendue par une autorité qui n'était pas habilitée par l'ordre juridique à la prononcer (Thierry Tanquerel, Manuel de droit administratif, 2e éd. 2018, n° 880). Les conséquences de l'incompétence de l'autorité d'une décision varient suivant les circonstances : nullité ou simple annulabilité (ibidem). Selon la jurisprudence, la nullité absolue ne frappe que les décisions affectées des vices les plus graves, manifestes ou particulièrement reconnaissables, et pour autant que la constatation de la nullité ne mette pas sérieusement en danger la sécurité du droit (ATF 139 II 243 consid. 11.2). Hormis les cas de nullité expressément prévus par la loi, la nullité ne doit être admise qu'exceptionnellement, lorsque les circonstances sont telles que le système d'annulabilité n'offre manifestement pas la protection nécessaire. L'incompétence qualifiée de l'autorité qui a rendu la décision peut constituer un motif de nullité (ATF 137 I 273 consid. 3.1). 3.3 En l'occurrence, il convient de déterminer successivement quelle est l'autorité compétente pour prononcer la suspension des travaux (contraires à la LcPN), décider la mise sous protection immédiate de la parcelle concernée et ordonner la compensation du patrimoine archéologique détruit. 3.3.1 La recourante est très clairement dans l'erreur lorsqu'elle prétend que la décision du SBMA ayant ordonné la suspension des travaux est « illégale et nulle ». En effet,

- 10 - l'article 33 alinéa 1 LcPN habilite expressément le service compétent en la matière à ordonner la suspension des travaux contraires à la LcPN. Certes, l'autorité compétente en matière d'autorisation de construire, qui exerce simultanément la police des constructions (art. 50 al. 1 de la loi du 8 février 1996 sur les constructions – aLC [RO/VS 1996 p. 82 ss] ; art. 54 et 56 de la loi sur les constructions du 15 décembre 2016 – LC [RS/VS 705.1]) peut, elle aussi, prononcer un ordre d'arrêt des travaux : la législation en matière de construction l'y autorise « lorsqu'un projet est exécuté sans autorisation de construire ou contrairement à l'autorisation délivrée, ou que, lors de l'exécution d'un projet autorisé des dispositions sont violées (cf. art. 51 al. 1 aLC et 56 al. 1 LC) ». Il s'agit cependant d'une compétence générale alors que l'intervention du service cantonal fondée sur l'article 33 alinéa 1 LcPN vise les situations d'atteintes potentielles à la LcPN par des travaux subordonnés ou non à autorisation (cf. art. 33 al. 2 et 3 LcPN a contrario). Sur ce point, la compétence des services cantonaux spécialisés se superpose à celle de l'autorité de police des constructions dans le but évident de renforcer la protection de la LcPN. 3.3.2 La mise sous protection immédiate des objets menacés est, comme on l'a vu (consid. 1.2), une mesure provisionnelle fondée sur la LcPN, à l'exclusion de la législation en matière de construction. L'article 9 alinéa 6 LcPN habilite le département compétent ou le conseil municipal à rendre une telle décision. Ainsi que le relève à bon escient le DMTE dans sa détermination du 8 mars 2019, le point

de savoir laquelle de ces deux autorités est compétente ne dépend pas de l'existence ou non d'une procédure d'autorisation de construire. Si tel était le cas, la loi aurait dû également mentionner la Commission cantonale des constructions (CCC), qui est notamment compétente pour tout projet hors zone à bâtir (art. 2 aLC ; art. 2 LC). La compétence est fonction de la valeur de l'objet considéré, ainsi qu'il en ressort des alinéas 1 à 3 de l'article 9. Par la force des choses, la valeur des vestiges découverts lors de travaux de terrassement ne peut qu'être difficilement déterminée sur le moment. Dans ces conditions, la compétence du département pour prononcer une mise sous protection en cas d'urgence doit être reconnue. Cette solution se justifie d'autant plus que les fouilles relèvent de la compétence et de la responsabilité du canton en vertu de l'article 20 alinéa 1 LcPN. Cela étant, le grief d'incompétence du DMTE pour ordonner la mise sous protection au sens de l'article 9 alinéa 6 LcPN s'avère également infondé. 3.3.3 Il reste à vérifier la compétence du DMTE pour astreindre la recourante à une mesure de compensation.

- 11 - 3.3.3.1 La base légale cantonale (art. 5 al. 1 de la Constitution fédérale du 18 avril 1999 – Cst. ; RS 101) prévoyant cette mesure se trouve au chapitre 7 de la loi, qui renferme les dispositions d'« Exécution et protection juridique », et, plus précisément, à l'article 33 LcPN régissant les « Mesures d'exécution et [d'] exécution par substitution ». Les alinéas 2 à 4 de cette norme prévoient ce qui suit : « 2 L'autorité compétente pour l'octroi de l'autorisation de construire peut ordonner le rétablissement des lieux, donner des instructions de comportement avec indication des sanctions encourues et exiger les mesures de sécurité nécessaires. Demeure expressément réservée la compétence du service compétent en la matière pour ordonner la remise en état des lieux dans les cas de travaux non soumis à autorisation de construire. 3 En cas d'inexécution d'un ordre de rétablissement des lieux, l'autorité compétente ordonne ou prend, à l'échéance du délai imparti, les mesures nécessaires aux frais du défaillant. L'autorité peut exiger que ce dernier fasse l'avance des frais prévisibles. Le défaillant peut en outre être tenu de fournir une compensation appropriée lorsque le dommage ne peut être réparé. 4 Lorsqu'une autorité n'exécute pas ses tâches, le département ordonne ou prend les mesures nécessaires aux frais de la défaillante. » L'obligation de fournir une compensation est une modalité de réparation du dommage et revêt un caractère subsidiaire à la remise en état des lieux (cf. s'agissant du droit fédéral : Karl-Ludwig Fahrländer in : Commentaire LPN, 2e éd. 2019, nos 17 ss ad art. 24e LPN ; Thierry Largey, Le cadre juridique des atteintes licites et illicites à la nature et au paysage in : RDAF 2014 I p. 578). En effet, à teneur de la loi, cette obligation entre en ligne de compte « lorsque le dommage ne peut pas être réparé » (art. 33 al. 3 3e phrase LcPN). D'un point de vue systématique, l'autorité que la LcPN désigne compétente pour ordonner la remise en état des lieux l'est donc également pour ordonner une mesure compensatoire à la réparation. Or, le législateur cantonal a très clairement déterminé quelle est cette autorité: il s'agit de l'autorité compétente pour l'octroi de l'autorisation de construire (art. 33 al. 2 1re phrase LcPN), partant le conseil municipal ou la CCC (art. 2 aLC ; art. 2 LC). L'article 33 alinéa 2 2e phrase LcPN réserve « la compétence du service compétent en la matière pour ordonner la remise en état des lieux dans les cas de travaux non soumis à autorisation de construire ». En l'espèce, les travaux portant atteinte au patrimoine archéologique sont incontestablement soumis à autorisation de construire et ont, d'ailleurs, fait l'objet d'une procédure d'autorisation de construire. Partant, contrairement à ce que retient le Conseil d'Etat, l'autorité compétente selon la LcPN pour prononcer une remise en état des lieux, respectivement une mesure compensatoire, est le conseil municipal de C \_\_\_\_\_.

- 12 - 3.3.3.2 Le Conseil d'Etat a jugé que le DMTE était compétent eu égard à l'article 20 LcPN (cf. consid. 3.2 in fine de la décision attaquée). Il s'est référé au message relatif à la nouvelle entrée en vigueur le 1er janvier 2012 (BSGC, session de mai 2011, p. 1344), duquel il ressort que « la modification proposée doit renforcer la prise de responsabilité du canton par rapport à la situation actuelle [et que] les fouilles et recherches archéologiques sont des tâches importantes de l'Etat qui fournissent des connaissances essentielles sur l'histoire et le développement de l'humanité, et mettent aussi en évidence l'occupation humaine de certaines régions à diverses époques ». L'article 20 LcPN régit la question des « fouilles, [de] la prospection et [d]es recherches archéologiques ainsi que [de] la publication des résultats de ces recherches » en précisant qu'il s'agit de tâches qui « sont de la compétence et de la responsabilité du canton », qui « prend toutes les mesures nécessaires à l'accomplissement de ces tâches » (art. 20 al. 1 LcPN). Toujours est-il que l'article 20 LcPN relève du chapitre 4 de la loi, qui réglemente les mesures de protection sans aucunement traiter du rétablissement des lieux et de la réparation du dommage à la faveur d'une mesure compensatoire. Ces questions sont exclusivement et expressément régies par l'article 33 LcPN, norme qui a été totalement révisée dans le cadre de la nouvelle susmentionnée. Cela étant, si le législateur a, certes, souhaité renforcer « la prise de responsabilité du canton » en matière de fouilles, il n'en demeure pas moins qu'il a simultanément désigné quelles étaient les autorités compétentes pour ordonner les mesures d'exécution introduites à l'article 33 LcPN, règle qu'ignore le Conseil d'Etat pour en créer une autre. Le Conseil d'Etat soutient, à cet effet, que les communes ne disposeraient pas des connaissances et des ressources nécessaires pour traiter du domaine archéologique, de sorte qu'il serait logique que celui-ci soit dévolu à un service étatique. En instituant le DMTE, l'autorité précédente entreprend en réalité de remédier à une solution légale qu'elle considère insatisfaisante. Ce procédé relève, juridiquement, du comblement d'une lacune improprement dite (p. ex. Pierre Moor/Alexandre Flückiger/Vincent Martenet, Droit administratif, vol. I, 3e éd. 2012, p. 151). Or, de jurisprudence constante (ATF 142 IV 389 consid. 4.3.1, 138 II 1 consid. 4.2 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C\_482/2018 du 12 décembre 2018 consid. 2.2), seule l'existence d'une lacune proprement dite appelle l'intervention du juge, tandis que, selon la conception traditionnelle qui découle notamment du principe de la séparation des pouvoirs, il lui est en principe interdit, sous réserve d'exceptions que personne n'invoque en l'espèce, de corriger les silences qualifiés et les lacunes improprement dites. Ces dernières relèvent de considérations de politique législative qui sortent du champ de compétence du pouvoir judiciaire (arrêt du Tribunal fédéral 8C\_502/2014 du 25 mars 2015 consid. 2.3). Le raisonnement du Conseil

- 13 - d'Etat est donc inadmissible. Pour le reste, il convient de relever qu'en zone à bâtir, le conseil municipal est seul compétent pour délivrer les autorisations de construire, y compris dans des zones archéologiques, moyennant consultation des services cantonaux spécialisés (cf. art. 29 ss LcPN, en particulier art. 31 al. 1 let. b LcPN). Aussi, que les autorités compétentes en matière d'autorisation de construire soient légalement habilitées à ordonner, dans le cadre de la LcPN, le rétablissement des lieux et prononcer les autres mesures visées par les articles 33 alinéa 2 et 3, ne saurait être vu comme un système manifestement inconséquent appelant une intervention correctrice du juge (ou de l'autorité administrative de recours). Le fait que l'article 20 alinéa 2 LcPN attribue à l'Etat la propriété des objets archéologiques mobiliers ainsi que les dossiers de fouilles n'est finalement pas un motif justifiant de s'écarter des compétences définies à l'article 33 alinéa 2 et 3 LcPN. En le soutenant, le Conseil d'Etat perd de vue que l'autorité qui prononce une mesure de

compensation (à la réparation) n'agit pas en qualité de propriétaire lésé mais applique une norme de responsabilité de droit public s'inscrivant dans une relation de droit public entre le perturbateur et la collectivité publique compétente désignée par le droit cantonal (Thierry Largey, op. cit., p. 578). 3.3.3.3 Le Conseil d'Etat n'a aucunement cherché à asseoir la compétence du DMTE sur l'article 33 alinéa 4 LcPN, qui est pourtant la seule disposition susceptible d'habiliter le DMTE à porter, en lieu et place du conseil municipal de C \_\_\_\_\_ normalement compétent, les différentes décisions visées par les articles 33 alinéa 2 et 3 LcPN. Le législateur cantonal a en effet prévu que, « lorsqu'une autorité n'exécute pas ses tâches, le département ordonne ou prend les mesures nécessaires aux frais de la défaillante ». Le DMTE avait, devant l'instance précédente, argué de l'applicabilité de cette disposition au motif que la commune de C \_\_\_\_\_ avait indûment autorisé le début anticipé des travaux. Ce raisonnement est irrelevante dans la mesure où le conseil municipal avait, néanmoins, expressément obligé la recourante à aviser préalablement le SBMA du début des travaux, reprenant la charge que ce service avait lui-même demandé d'intégrer au permis de bâtir. En outre, une intervention du département se justifie, aux termes de l'article 33 alinéa 4 LcPN, lorsque l'autorité n'exécute pas « ses tâches ». Or, dans le contexte de l'article 33 LcPN, ces tâches consistent à ordonner le rétablissement des lieux respectivement une mesure compensatoire de réparation. En pareille hypothèse, le « département ordonne ou prend [alors] les mesures nécessaires aux frais de la défaillante », par quoi il faut entendre « l'autorité défaillante ».

- 14 - La compétence du DMTE pour prescrire à la recourante de réparer le dommage par le biais d'une mesure de compensation dépend exclusivement du point de savoir si la commune de C \_\_\_\_\_ a, en l'occurrence, concrètement failli à l'exécution de ses tâches. Or, le Conseil d'Etat n'a pas examiné ni tranché cette problématique affectant la validité même de la décision à l'origine du litige. Il a laissé la commune de C \_\_\_\_\_ à l'écart de la procédure sans lui donner l'occasion de s'expliquer ou de présenter son point de vue quant à la défaillance que lui impute le DMTE. Directement mise en cause, cette question l'intéresse en premier chef, ce d'autant qu'il en va de la question de savoir si, en fin de compte, c'est elle, plutôt que le DMTE, qui avait la compétence d'agir. Dans le contexte de l'article 33 alinéa 4 LcPN, il convient à tout le moins d'entendre la commune de C \_\_\_\_\_ à titre de mesure d'instruction. Cela étant, eu égard à sa mission de contrôle (art. 72 LPJA), il n'appartient pas au Tribunal, dernière instance cantonale de recours, de remédier à une instruction lacunaire et de trancher une question juridique décisive inabordable. 4.1 En conséquence, la décision attaquée doit être annulée et l'affaire renvoyée au Conseil d'Etat afin que celui-ci se prononce, la commune de C \_\_\_\_\_ entendue et l'instruction complétée dans toute la mesure nécessaire, sur le point de savoir si le DMTE pouvait valablement fonder sa compétence sur l'article 33 alinéa 4 LcPN (art. 80 al. 1 let. e et 60 al. 1 LPJA). Cette issue équivaut à une admission du recours. 4.2 L'arrêt est rendu sans frais (art. 89 al. 4 LPJA). L'Etat du Valais versera des dépens à la recourante qui a gain de cause et qui a pris une conclusion dans ce sens (art. 91 al. 1 LPJA). Ces dépens seront arrêtés au montant de 2500 fr. (TVA et débours compris) ceci eu égard, notamment, au travail effectué par le mandataire des recourants, qui a consisté principalement en la rédaction d'un mémoire de 37 pages et de deux déterminations complémentaires de 13 et 2 pages (art. 4, 27, 29 al. 2, 39 de la loi 11 février 2009 fixant le tarif des frais et dépens devant les autorités judiciaires ou administratives – LTar ; RS/VS 173.8).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.