

DÉCISION DE LA DIRECTION DES TRAVAUX PUBLICS, DES TRANSPORTS ET DE L'ÉNERGIE

OJ n° 110/2018/39

Berne, le 16 juillet 2018

en la cause liée entre

Monsieur **A.** _____
recourant

et

Madame **B.** _____
intimée



et

Préfecture du Jura bernois, rue de la Préfecture 2, 2608 Courtelary

Municipalité de Cortébert, rue du Collège 3, 2607 Cortébert

en ce qui concerne la décision de la Préfecture du Jura bernois du 13 février 2018
(PC n° 57/2017 ; clôture en treillis)

I. Faits

1. L'intimée est copropriétaire de la parcelle no C. _____ à Cortébert qui se trouve en zone d'habitation (H2). Le 5 avril 2017, l'intimée a déposé une demande de permis de construire datée du 28 mars 2017 pour la mise en place, sur la parcelle no C. _____, d'une clôture en treillis galvanisé d'une hauteur de 1.10 m et d'une longueur de 36 m. Cette installation doit remplacer un mur en maçonnerie d'une hauteur comprise entre 1.5 m (côté Ouest) et 1.9 m (côté Est), qui avait été démoli dans le cadre du plan d'aménagement des

eaux (PAE) du ruisseau "Les Queues". La commune a transmis le dossier à la Préfecture du Jura Bernois le 6 avril 2017.

2. Le 6 juin 2017, le recourant a formé opposition au projet. Au motif que cette construction projetée gêne la visibilité du trafic, l'Office des ponts et chaussées (OPC), Ille arrondissement d'ingénieur en chef, Service pour le Jura bernois, a demandé que sur les trois premiers mètres depuis le bord de la route cantonale, la barrière ait une hauteur maximale de 60 cm.¹ Par courrier du 2 août 2017, l'intimée a déposé une modification de la demande de permis de construire. Selon le nouveau plan du 21 juin 2017, la hauteur de la clôture est de 60 m sur les trois premiers mètres depuis le bord de la route cantonale.

Le 13 février 2018, la Préfecture a octroyé le permis de construire sous conditions et charges.

3. Le 14 mars 2018, le recourant a interjeté recours auprès de la TTE². En substance, il conclut à l'annulation de la décision attaquée. Il est d'avis que la pose d'une clôture en treillis galvanisé ne correspond pas au PAE et que le mur en béton démoli doit être reconstruit. Selon lui, à défaut d'un mur, une clôture opaque d'une hauteur minimale de 180 cm devrait séparer les deux fonds.

4. L'Office juridique, qui conduit les procédures de recours pour la TTE³, a requis le dossier et dirigé l'échange des mémoires. Il a prié l'OPC de lui faire parvenir le dossier concernant l'approbation du PAE du ruisseau "Les Queues" et de l'informer de l'état de cette procédure. L'Office juridique a remis une copie du courrier de l'OPC aux participants à la procédure et les a informés comme suit :

L'appréciation du dossier à ce stade laisserait penser que le mur en béton ait été démoli et la reconstruction du mur ne soit pas nécessaire du point de vue de la protection contre les crues. Vu le plan d'aménagement des eaux, il semblerait que l'intimée aurait droit à ce que la commune reconstruise le mur. Si l'intimée préfère une

¹ Dossier de la Préfecture, p. 13

² Direction des travaux publics, des transports et de l'énergie

³ Article 7 de l'ordonnance du 18 octobre 1995 sur l'organisation et les tâches de la Direction des travaux publics, des transports et de l'énergie (ordonnance d'organisation TTE, OO TTE ; RSB 152.221.191)

clôture en treillis galvanisé, il faudrait considérer que celle-ci se trouverait dans l'espace réservé aux eaux et ne bénéficierait pas de la garantie des droits acquis (art. 3 de la loi du 9 juin 1985 sur les constructions, LC, RSB 721.0). Dans cet espace, seules les installations dont l'implantation est imposée par leur destination et qui servent des intérêts publics, tels que les chemins pour piétons et de randonnée pédestre, les centrales en rivières et les ponts peuvent être construites (art. 41c al. 1 de l'ordonnance sur la protection des eaux du 28 octobre 1998, OEaux, RS 814.201). Par conséquent, il apparaît qu'une clôture en treillis galvanisé nécessiterait une dérogation selon l'art. 41c al. 1 let. a OEaux. Une telle dérogation peut être octroyée pour des installations conformes à l'affectation de la zone dans les zones densément bâties, si aucun intérêt prépondérant ne s'y oppose. Au cas présent, il se pose surtout la question si la zone est densément bâtie. Il revient à l'Office des affaires communales et de l'organisation du territoire de décider si une zone est densément bâtie.

L'OPC, l'Ile arrondissement d'ingénieur en chef, la commune et l'intimée ont pris position à ce sujet et l'intimée a demandé une dérogation selon l'art. 41c al. 1 let. a OEaux. Les parties à la procédure ont reçu ces documents et ils avaient la possibilité de se prononcer sur le résultat de l'administration des preuves dans le cadre d'observations finales. Les faits et arguments de la cause sont abordés, en tant que de besoin, dans les considérants ci-après.

II. Considérants

1. Recevabilité

Conformément à l'art. 40 al. 1 LC⁴, les décisions en matière de construction peuvent être attaquées par voie de recours administratif auprès de la TTE dans les 30 jours qui suivent leur notification. Le recourant, en tant que propriétaire de la parcelle voisine, a la qualité pour recourir. Les autres conditions de forme sont également remplies. Il y a donc lieu d'entrer en matière sur le recours.

2. Le plan d'aménagement des eaux

a) A Cortébert, le ruisseau "Les Queues" était sous couverture ou canalisé sur une grande partie de son cours. Pour résoudre les problèmes d'inondations, la commune a

⁴ Loi du 9 juin 1985 sur les constructions (LC, RSB 721.0)

édicte un PAE qui a été adopté par l'assemblée communale et dont la réalisation a été autorisée de manière anticipée le 19 avril 2016. Sur la parcelle no D._____ du recourant, en bordure de la parcelle no C._____ de l'intimée, le ruisseau "Les Queues" a ainsi été remis à ciel ouvert. Sur la parcelle no C._____ à la limite avec la parcelle no D._____ se trouvait un mur en béton. Lors des travaux de remise à ciel ouvert, le mur a été démoli à cause de son mauvais état. Lorsqu'il s'est agi de le reconstruire, l'intimée a demandé de lui substituer une clôture en treillis. Le recourant s'est opposé à ce remplacement du mur par une clôture en invoquant qu'il ne bénéficiera plus de l'intimité qu'il avait et qu'il subira les nuisances liées à la route cantonale. Selon l'OPC, Ille arrondissement d'ingénieur en chef, "il a alors été décidé de procéder à ce remplacement par le biais d'une procédure d'octroi du permis de construire, de manière à ce que le recourant ait la possibilité d'être entendu."⁵

b) Le recourant est d'avis que la pose d'une clôture en treillis galvanisé ne correspond pas au plan PAE et que le mur en béton démoli doit être reconstruit. Selon lui, à défaut d'un mur, une clôture opaque d'une hauteur minimale de 1.80 m devrait séparer les deux fonds.

Pour l'ancien mur en béton le PAE prévoit :

Si nécessaire :

Démolition et reconstruction du mur en béton existant

Longueur = 35,00 m

Hauteur = 1,50 m⁶

Selon l'OPC, Ille arrondissement d'ingénieur en chef, la remise à ciel ouvert du ruisseau "Les Queues" a été réalisée selon le PAE, de manière à ce que sa section transversale offre une capacité hydraulique suffisante pour une crue dont la récurrence est de 100 ans (crue centennale), avec une marge de sécurité. Il confirme qu'il ne devrait plus y avoir de danger d'inondation dans le secteur des parcelles C._____ et D._____ et que le mur ne participe en rien à la protection contre les crues du ruisseau "Les Queues" mais constitue uniquement une séparation entre les parcelles du recourant et de l'intimée.⁷

⁵ Cf. la prise de position de l'OPC, Ille arrondissement d'ingénieur en chef, du 5 décembre 2018 (recte: 5 juin 2018)

⁶ Cf. Dossier de la Préfecture, p. 52

⁷ Cf. la prise de position de l'OPC, Ille arrondissement d'ingénieur en chef, du 5 décembre 2018 (recte: 5 juin 2018)

c) Le PAE a été exécuté préalablement à l'approbation selon l'art. 25 LAE⁸ sur la base d'une autorisation anticipée.⁹ Même si le texte du PAE n'est pas toute à fait clair, il ressort de la prise de position de l'OPC, Ille arrondissement d'ingénieur en chef, que la reconstruction du mur démolé n'est pas nécessaire du point de vue de la protection contre les crues. Le PAE prévoit la reconstruction du mur si la démolition est nécessaire, mais la reconstruction n'est pas impérative et l'intimée peut y renoncer. De plus, rien ne permet de penser que – dans le cadre du PAE – on aurait promis au recourant que le mur serait remplacé par un autre mur ou une clôture opaque d'une hauteur de 1.80 m pour lui garantir l'intimité qu'il avait auparavant. Par conséquent, le PAE n'empêche pas la réalisation d'une clôture en treillis galvanisé au lieu du mur en maçonnerie démolé dans le cadre du PAE. Au vu de ce qui précède, le recours du 14 mars 2018 est rejeté.

3. Annulation d'office

a) Selon l'art 40 al. 3 LC, la TTE examine librement le projet de construction et peut, après avoir entendu les parties, modifier ou annuler d'office la décision attaquée si celle-ci est entachée de vices importants.¹⁰

b) La clôture projetée se trouverait incontestablement dans l'espace réservé aux eaux. Dans cet espace, seules les installations dont l'implantation est imposée par leur destination et qui servent des intérêts publics, tels que les chemins pour piétons et de randonnée pédestre, les centrales en rivières et les ponts peuvent être construites (art. 41c al. 1 OEaux¹¹). Une clôture qui constitue uniquement une séparation entre les parcelles du recourant et de l'intimée ne correspond pas aux exigences de cette disposition et ne justifie pas l'octroi du permis de construire.

Il en va de même en ce qui concerne le principe de la garantie de la situation acquise : Selon l'art. 41 al. 1 phrase 1 OEaux, les installations situées dans l'espace réservé aux eaux bénéficient en principe de la garantie de la situation acquise si elles ont été mises en place légalement et peuvent être utilisées conformément à leur destination. Le Tribunal

⁸ Loi sur l'entretien et sur l'aménagement des eaux (LAE, RSB 751.11)

⁹ Cf. courrier de l'OPC du 8 mai 2018

¹⁰ Cf. Zaugg/Ludwig, Kommentar zum bernischen BauG, 4^e éd., vol. I, Berne 2013, art. 40-41 n. 11

¹¹ Ordonnance sur la protection des eaux du 28 octobre 1998 (OEaux, RS 814.201)

administratif du canton de Berne a décidé que cette disposition n'autorise que l'entretien et des rénovations simples, mais pas la transformation ou l'agrandissement.¹² Par conséquent, une clôture en treillis galvanisé en remplacement du mur en maçonnerie ne bénéficie pas de la garantie des droits acquis selon l'art. 41 al. 1 phrase 1 OEaux.

Dans les zones à bâtir, les cantons possèdent, dans le cadre de la garantie de la propriété, une marge de manœuvre pour régler ces questions.¹³ Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, la garantie des droits acquis dans la zone à bâtir est en premier lieu réglée par le droit cantonal.¹⁴ Avant la révision du 17 mars 2014, la loi sur l'entretien et sur l'aménagement des eaux¹⁵ contenait une garantie des droits acquis plus généreuse. Cette disposition a été supprimée et le nouvel art. 11 let. 1 LC prévoit que l'affectation de l'espace réservé aux eaux est régie par le droit fédéral. Il se pose la question de savoir si l'art. 11 let. 1 LC renvoie à l'art. 41 al. 1 phrase 1 OEaux ou si la règle cantonale de la garantie des droits acquis selon l'art. 3 al. 2 LC est applicable.¹⁶ Même si on appliquait l'art. 3 LC, le résultat resterait le même : Selon l'al. 1 de cette disposition, les bâtiments et installations autorisés sous l'empire de l'ancienne loi ne sont pas affectés par de nouveaux plans et prescriptions. Ces bâtiments et installations peuvent être entretenus, rénovés, transformés ou agrandis pour autant que ces travaux n'accentuent pas leur non-conformité aux prescriptions nouvelles (art. 3 al. 2 LC). Par contre, une transformation qui ressemble à une construction nouvelle ou la démolition et reconstruction ne tombent pas sous le régime des droits acquis selon l'art. 3 al. 2 LC, qui protège l'investissement financier effectué.¹⁷

c) Au vu de ce qui précède, la clôture en treillis galvanisé projetée n'est pas une installation dont l'implantation est imposée par sa destination et qui sert des intérêts publics. Elle ne bénéficie non plus de la garantie des droits acquis. Par conséquent, la clôture en treillis nécessite une dérogation non seulement selon l'art. 48 de la loi cantonale sur l'entretien et sur l'aménagement des eaux¹⁸, mais aussi une dérogation à la législation

¹² JTA n° 2013/134 du 16 décembre 2014, consid. 7.5.1 et JTA n° 2012/463 du 7 juillet 2014, consid. 8.4

¹³ Rapport explicatif de la modification de l'OEaux du 20 avril 2011, p. 15; Christoph Fritzsche, in: Kommentar zum Gewässerschutzgesetz und zum Wasserbaugesetz, Zürich/Basel/Genf 2016, art. 36a n. 142

¹⁴ ATF 1C_332/2017 du 23 février 2018 consid. 3.2.2

¹⁵ Loi sur l'entretien et sur l'aménagement des eaux du 14.02.1989 (Loi sur l'aménagement des eaux, LAE, RS 751.11)

¹⁶ Cf. Zaugg/Ludwig, Kommentar zum bernischen BauG, 4^e éd., vol. I, Berne 2013, art. 11 n. 11

¹⁷ JAB 1991 p. 252 consid. 6; JAB 2004 p. 419 consid. 4.7; JAB 2001 p. 125, consid. 3 et Zaugg/Ludwig, Kommentar zum bernischen BauG, 4^e éd., vol. I, Berne 2013, art. 3 n. 3a s.

¹⁸ Cf. Dossier de la Préfecture, p. 27 ss.

fédérale en matière de protection des eaux (art. 41c al. 1 let. a OEaux). Selon l'art. 41c al. 1 let. a OEaux, les autorités peuvent autoriser des installations conformes à l'affectation de la zone dans les zones densément bâties si aucun intérêt prépondérant ne s'y oppose. Ce n'est qu'au cours de la procédure devant la TTE que l'intimée a demandé cette dérogation. Il incombait à l'autorité d'octroi de permis d'impartir à l'intimée un délai de trois mois pour déposer une demande de dérogation (art. 18 al. 2 DPC¹⁹). La publication aurait dû mentionner cette demande de dérogation (art. 35 al. 1 LC). En définitive, l'autorité d'octroi de permis n'a pas examiné si la dérogation peut être délivrée. La décision attaquée est donc entachée d'un vice important au sens de l'art. 40 al. 3 LC.

d) Le dossier n'est matériellement pas prêt à être tranché. Au cas présent, il se pose surtout la question de savoir si la zone est densément bâtie. Il revient à l'Office des affaires communales et de l'organisation du territoire de décider si une zone est densément bâtie (art. 5b al. 3 LAE). De plus, une publication de la demande de dérogation selon l'art. 41c al. 1 let. a OEaux est nécessaire. Il n'incombe pas à la TTE d'assumer ces tâches à titre de première instance. Le contraire reviendrait à supprimer une instance dans le déroulement de la procédure. Par conséquent, l'affaire est renvoyée à la Préfecture pour reprise et poursuite de la procédure dans le sens de ce qui précède. La décision du 13 février 2018 est annulée.

4. Frais

Les frais de la procédure de recours sont mis à la charge de la partie qui succombe, à moins que le comportement d'une partie au cours de la procédure permette une répartition différente ou qu'il soit justifié par des circonstances particulières de ne pas percevoir de frais (art. 108 al. 1 LPJA). Selon la pratique de la TTE, les frais de la procédure sont fixés à 800 francs. Le recourant succombe dans le sens que le recours est rejeté et l'intimée succombe dans le sens que la décision de la commune est annulée. Par conséquent, les frais de la procédure sont mis à la charge du recourant à raison de 400 francs et de l'intimée à raison de 400 francs. Une facture séparée leur sera notifiée dès l'entrée en force de la présente décision. Il n'est pas alloué de dépens (art. 104 al. 1 LPJA).

¹⁹Décret du 22 mars 1994 concernant la procédure d'octroi du permis de construire (DPC, RSB 725.1)

III. Décision

1. Le recours est rejeté. La décision du 13 février 2018 de la Préfecture du Jura bernois est annulée d'office et l'affaire renvoyée à la Préfecture pour la poursuite de la procédure dans le sens des considérants.
2. Les frais de procédure sont fixés à 800 francs. Ils sont mis à la charge du recourant à raison de 400 francs et de l'intimée à raison de 400 francs. Une facture séparée leur sera notifiée dès l'entrée en force de la présente décision.
3. Il n'est pas alloué de dépens.

IV. Notification

- Monsieur A. _____, par courrier recommandé
- Madame B. _____, par courrier recommandé
- Préfecture du Jura bernois, par courrier recommandé
- Municipalité de Cortébert, par courrier recommandé

**Direction des travaux publics,
des transports et de l'énergie**

Le directeur

Christoph Neuhaus
Président du Conseil-exécutif