

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

OJ n° 120/2015/43

Berne, le 14 février 2017

en la cause liée entre

Monsieur **A.** _____
recourant

représenté par Me **B.** _____

et



Commune mixte de Saules, agissant par son Conseil communal, 2732 Saules BE

représentée par Me **C.** _____

Office des affaires communales et de l'organisation du territoire (OACOT), Unité francophone, Hauptstrasse 2, case postale, 2560 Nidau

en ce qui concerne la décision de la commune mixte de Saules du 4 juin 2015 (excavation et construction de locaux en sous-sol)

I. Faits

1. Le 9 mai 2014, l'autorité de police des constructions a procédé au contrôle des fosses d'eaux usées dans le secteur **F.** _____. Sur la parcelle n° **D.** _____ propriété du recourant, l'autorité a constaté que le sous-sol du bâtiment n° **E.** _____ avait été excavé pour y aménager des locaux d'habitation et des installations sanitaires. La parcelle en question est sise hors de la zone à bâtir.

2. Par décision du 4 juin 2015, la commune a prononcé le rétablissement de l'état conforme à la loi.

3. Par écriture du 3 juillet 2015, le recourant a interjeté recours auprès de la TTE¹ contre la décision du 4 juin 2015. Il conclut à l'annulation de celle-ci. Il fait valoir que les travaux d'excavation effectués ne nécessitaient pas de permis de construire, dès lors qu'ils ne dépasseraient pas 1,20 m de profondeur dans le sol. Il invoque également la péremption du rétablissement: le délai légal de cinq ans serait échu puisque les travaux auraient débuté en automne 2007 et que les autorités communales en auraient eu connaissance dès le printemps 2008. Le recourant reproche en outre à la commune d'avoir insuffisamment motivé la décision attaquée. Finalement, il invoque des manquements de l'autorité dans une autre affaire de police des constructions concernant une voisine, qui seraient à son avis constitutifs d'une inégalité de traitement

4. Par prise de position du 8 octobre 2015, la commune conclut au rejet du recours. A son avis, l'assujettissement au permis est donné, du fait que le recourant a augmenté la surface habitable de son chalet. La commune conteste l'application du délai de péremption à la construction litigieuse, dès lors qu'elle est située hors de la zone à bâtir. A supposer que la motivation de la décision soit considérée comme insuffisante, elle considère la violation du droit d'être entendu comme réparée, dès lors que le recourant a pu faire valoir ses griefs dans son recours.

5. Par prise de position du 16 novembre 2015, l'OACOT a conclu au rejet du recours. Il expose qu'en 2006 et 2007, il avait rendu attentif le recourant que les possibilités d'extension de son bâtiment étaient épuisées.

¹ Direction des travaux publics, des transports et de l'énergie

6. L'Office juridique (OJ), qui conduit les procédures de recours pour le compte de la TTE², a fait produire les dossiers de demandes de permis de construire relatifs à la parcelle n° D._____.

II. Considérants

1. Recevabilité

Conformément à l'art. 49 al. 1 LC³, les décisions en matière de police des constructions peuvent être attaquées par voie de recours administratif auprès de la TTE. Le recourant en tant que destinataire de la décision attaquée 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. Droit d'être entendu

a) Le recourant reproche à la commune d'avoir insuffisamment motivé la décision attaquée quant à ses griefs relatifs à l'assujettissement au permis d'une part, et à la péremption du rétablissement d'autre part.

b) Selon l'art. 52 al. 1 let. b LPJA⁴, la décision doit notamment contenir les faits, les règles juridiques et les motifs sur lesquels elle s'appuie. L'obligation de motiver est constitutionnellement garantie et elle résulte du droit d'être entendu. La motivation doit permettre tant à la partie qu'à l'autorité de recours de se rendre compte de la portée de la décision. L'administré doit pouvoir se déterminer en connaissance de cause sur l'opportunité d'un recours. Pour l'autorité qui décide, la motivation fait office d'autocontrôle, elle lui permet de vérifier le bien-fondé de son argumentation. L'autorité qui décide peut certes se limiter aux éléments déterminants, mais elle devra indiquer à tout le moins brièvement les considérations qui ont emporté sa décision. On admet que l'obligation de motiver est satisfaite par un

² art. 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, OO TTE, RSB 152.221.191

³ loi du 9 juin 1985 sur les constructions, LC, RSB 721.0

⁴ loi du 23 mai 1989 sur la procédure et la juridiction administratives, LPJA, RSB 155,21

renvoi, dans la décision en question, à une décision antérieure, à un échange de correspondances ou d'autres documents séparés, pour autant que ces écritures soient claires et compréhensibles. Plus une affaire est complexe et/ou litigieuse, plus la motivation devra être précise et nuancée.⁵

c) La décision attaquée contient les éléments suivants:

"Il a été constaté qu'il avait été procédé à une excavation du sous-sol sous le bâtiment précité pour y aménager des locaux d'habitation avec installations sanitaires. L'ampleur de ces travaux n'était quasiment pas visible de l'extérieur. (...) Constatant que plusieurs courriers ont été échangés à ce sujet, ayant tous pour but que M. A. _____ prenne conscience de la situation, vu que son bâtiment est en zone "reste du territoire", donc soumis à la LAT (permis assorti de dérogation)."

Cette motivation est brève mais suffisante. Il en résulte clairement que, de l'avis de la commune, l'aménagement de locaux d'habitation et d'installations sanitaires est soumis au régime du permis de construire en particulier du fait de leur emplacement hors de la zone à bâtir. De plus, la commune avait détaillé sa position dans ses courriers du 8 janvier 2015 et du 14 mars 2015 adressés au représentant du recourant.⁶ Il en va de même s'agissant du délai de péremption. Dans la décision attaquée, la commune relève que l'ampleur des travaux n'était quasiment pas visible de l'extérieur. Dans le courrier du 14 mars 2015, elle avait considéré comme infondé le reproche de ne pas être intervenue dès le début des travaux, au motif que pour intervenir, les autorités doivent pouvoir se baser sur quelque chose de concret. Elle avait précisé ceci:

"Le fait que selon M. A. _____, les travaux entrepris étaient connus des autorités est faux. C'est en 2014, lors du contrôle des installations d'eaux usées, que l'ampleur des travaux a été découverte, bien que M. A. _____ ait jusque là tenté, volontairement ou non, de tout cacher (p. ex. saut-de-loup camouflé, accès masqué, etc.). (...) Prétendre que les travaux étaient visibles de longue date relève de la pure fantaisie, une certaine quantité de chaille devant un bâtiment n'indique pas que quelque chose d'important a été fait, et ce

⁵ Pierre Moor / Etienne Poltier, Droit administratif vol. II, 3^e éd., 2011, p. 348 ss; Benoît Bovay, Procédure administrative, 2015, 2^e éd., p. 362 ss; Thomas Merkli / Arthur Aeschlimann / Ruth Herzog, Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern, 1997, art. 52 n. 5 ss

⁶ dossier communal, pces n^{os} 10 et 12 selon bordereau du 25 février 2016

d'autant plus que depuis de nombreuses années, M. A. _____ procède à divers travaux aux alentours de son bâtiment, p. ex. travaux de drainage, etc. Il a même été prétendu que cette chaille avait une autre provenance et qu'elle avait été déposée vers son bâtiment à titre transitoire, avant d'être évacuée ailleurs."

En définitive, la motivation, étayée par des courriers dont le recourant avait eu connaissance au cours de la procédure de première instance, est très largement suffisante. Il n'y a pas de violation du droit d'être entendu. Le recours est rejeté sur ce point. La question de savoir si la motivation est correcte sur le plan matériel ne relève pas du droit d'être entendu mais de l'examen de l'affaire au fond.

3. Assujettissement au permis de construire

a) Le recourant prétend en substance que l'art. 6 al. 1 let. i DPC⁷, qui exempte du permis les modifications de terrain ne dépassant pas une hauteur de 1,20 m, est applicable par analogie aux excavations ne dépassant pas 1,20 m de profondeur dans le sol. Il aurait obtenu cette information auprès des autorités cantonales.

b) Le recourant n'établit aucunement quelles autorités lui auraient donné les informations au sujet de la modification de terrain, quoi qu'il en soit celles-ci ne sont pas pertinentes en l'espèce. Comme l'expose le recourant, les excavations entreprises en 2007 ont servi à l'aménagement de deux chambres et d'un WC, dont une destinée au fils du recourant, né le 1^{er} octobre 1999.⁸ Ce sont ces affectations qui sont déterminantes pour la question de l'assujettissement au permis, et non pas les étapes de construction intermédiaires. Les travaux exécutés par le recourant ne répondent pas à la qualification de modification de terrain, selon aucunes prescriptions actuelles ou précédemment en vigueur. Ils consistent en une extension de la surface habitable d'un bâtiment sis hors de la zone à bâtir.

c) Dans la zone à bâtir ou hors de celle-ci, aucune construction ou installation ne peut être créée ou transformée sans autorisation de l'autorité compétente (art. 22 al. 1 LAT⁹). Cette règle constitue un minimum de droit fédéral et elle est de rang supérieur. Le droit

⁷ décret du 22 mars 1994 concernant la procédure d'octroi du permis de construire, DPC, RSB 725.1

⁸ dossier communal, pce n° 9 selon bordereau du 25 février 2016

⁹ loi fédérale du 22 juin 1979 sur l'aménagement du territoire, LAT, RS 700

cantonal peut exclusivement poser des conditions plus sévères. Sont soumis à l'octroi d'un permis de construire toutes les constructions, toutes les installations et tous les aménagements (projets de construction) qui sont créés artificiellement, destinés à durer, fixés au sol et susceptibles d'avoir une incidence sur l'affectation de celui-ci, telle qu'une modification sensible de l'espace extérieur, une sollicitation importante des équipements techniques ou une atteinte à l'environnement (art. 1a al. 1 LC). En 2007, cette règle résultant de la jurisprudence du Tribunal fédéral était déjà applicable¹⁰, même si sa codification dans la loi cantonale sur les constructions est postérieure.

En l'espèce, l'installation a une incidence sur l'affectation du sol, dans le sens où elle touche à la séparation des zones constructibles et des zones interdites à la construction. A cela s'ajoute que l'installation, par la création de toilettes, est susceptible de porter atteinte à l'environnement, ce d'autant plus que la parcelle est située en zone de protection des eaux souterraines S3. L'assujettissement au permis de construire, lequel doit intégrer une autorisation en matière de protection des eaux (art. 25 ss OPE¹¹), est donc donné. Le recours est rejeté sur ce point.

4. Illicéité matérielle

a) Si un maître d'ouvrage exécute un projet de construction sans permis ou en outrepassant celui-ci ou s'il omet d'observer des prescriptions en réalisant un projet autorisé, l'autorité de la police des constructions impartit au propriétaire du terrain ou au titulaire du droit de superficie un délai approprié pour rétablir l'état conforme à la loi sous commination d'exécution par substitution (art. 46 al. 2 LC).

En règle générale, dans le cas de constructions et d'installations effectuées sans autorisation, le prononcé de mesures tendant à leur suppression est justifié. Toutefois, l'autorité de recours examine sommairement si l'installation est matériellement illicite, et ce même en l'absence de demande de permis ultérieure. En effet, il serait contraire au principe de la

¹⁰ cf. p. ex. ATF 119 Ib 222, consid. 3

¹¹ ordonnance cantonale du 24 mars 1999 sur la protection des eaux, OPE, RSB 821.1

proportionnalité de faire supprimer, uniquement pour un motif formel (soit l'absence de permis), une installation qui en soi pourrait être autorisée.¹²

L'autorisation de construire est délivrée à condition que la construction ou l'installation soit conforme à l'affectation de la zone (art. 22 al. 2 let. a LAT). Les constructions destinées au logement ne sont conformes à l'affectation de la zone agricole que si celui-ci est indispensable à une entreprise agricole (art. 34 al. 3 OAT¹³). Ce n'est pas le cas en l'espèce. Hors de la zone à bâtir, les exceptions sont régies par le droit fédéral (art. 24 ss LAT). Aux termes de l'art. 24c LAT, hors de la zone à bâtir, les constructions et installations qui peuvent être utilisées conformément à leur destination mais qui ne sont plus conformes à l'affectation de la zone bénéficient en principe de la garantie de la situation acquise (al. 1). L'autorité compétente peut autoriser la rénovation de telles constructions et installations, leur transformation partielle, leur agrandissement mesuré ou leur reconstruction, pour autant que les bâtiments aient été érigés ou transformés légalement (al. 2). En vertu de l'art. 41 al. 1 OAT, l'art. 24c LAT est applicable aux constructions et installations qui ont été érigées ou transformées légalement avant l'attribution du bien-fonds à un territoire non constructible au sens du droit fédéral (constructions et installations érigées selon l'ancien droit). Selon l'art. 42 OAT, une transformation est considérée comme partielle et un agrandissement est considéré comme mesuré lorsque l'identité de la construction ou de l'installation et de ses abords est respectée pour l'essentiel (al. 1). Le moment déterminant pour l'appréciation du respect de l'identité est l'état de la construction ou de l'installation au moment de l'attribution du bien-fonds à un territoire non constructible (art. 42 al. 2 OAT). La question de savoir si l'identité de la construction ou de l'installation est respectée pour l'essentiel est à examiner en fonction de l'ensemble des circonstances. Les règles suivantes doivent en tout cas être respectées: a) à l'intérieur du volume bâti existant, la surface brute de plancher imputable ne peut pas être agrandie de plus de 60 %, la pose d'une isolation extérieure étant considérée comme un agrandissement à l'intérieur du volume bâti existant (art. 42 al. 3 let. a OAT); b) un agrandissement peut être réalisé à l'extérieur du volume bâti existant si les conditions de l'art. 24c al. 4 LAT sont remplies¹⁴; l'agrandissement total ne peut alors excéder ni 30 % ni 100 m², qu'il s'agisse de la surface brute de

¹² JTA (jugement du Tribunal administratif) 100.2009.20 du 1^{er} mai 2009, consid. 3.1; JAB 2000 p. 416, consid. 3a et jurisprudence citée; Aldo Zaugg / Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4^e éd., tome I, Berne 2013, art. 46 n. 15a

¹³ ordonnance fédérale du 28 juin 2000 sur l'aménagement du territoire, OAT, RS 700.1

¹⁴ usage d'habitation répondant aux normes usuelles, assainissement énergétique ou meilleure intégration dans le paysage

plancher imputable ou de la surface totale (somme de la surface brute de plancher imputable et des surfaces brutes annexes); les agrandissements effectués à l'intérieur du volume bâti existant ne comptent que pour moitié (art. 42 al. 3 let. b OAT).

La surface de référence pour calculer l'agrandissement possible au regard des art. 24c al. 2 LAT et 42 al. 3 OAT est celle qui était déjà consacrée à un usage non conforme le 1^{er} juillet 1972. Cette date correspond à l'entrée en vigueur de la première loi fédérale sur la protection des eaux, qui a institué le principe de la séparation stricte des territoires constructibles et non constructibles. Il est admissible de procéder à l'agrandissement en question en plusieurs étapes, échelonnées dans le temps. Mais on ne peut tirer parti qu'une seule fois de l'agrandissement maximum autorisé. Toutes les modifications touchant un même objet sont donc considérées comme formant un tout et sont comparées au chiffre de l'agrandissement maximal autorisé.¹⁵

b) Le bâtiment n° E. _____ sis sur la parcelle n° D. _____ de la commune de Saules était initialement un chalet de vacances. Il a été construit en vertu d'un permis de construire délivré le 18 août 1958. Il comptait une surface brute au plancher de 34 m². Le recourant a acquis le bien-fonds en 1983.

Selon permis délivré par la préfecture le 19 janvier 1984 (n° de dossier communal 195), le chalet a fait l'objet d'un premier agrandissement de 7,96 m² (2,95 m x 2,70 m). S'y ajoutait une place couverte attenante, ouverte sur un côté (6,78 m², à savoir 2,95 m x 2,30 m). L'ancienne Direction des travaux publics du canton de Berne avait accordé la dérogation pour transformation partielle.

Le 9 novembre 1990, la préfecture a octroyé au recourant un nouveau permis pour la construction d'une fosse septique de 12 m³, d'une cheminée extérieure (barbecue) et pour la pose d'une paroi amovible en bois avec vitrage (n° communal 238). L'ancien Office cantonal de l'aménagement du territoire avait accordé la dérogation pour transformation partielle concernant le projet de cheminée barbecue. La paroi amovible était destinée à fermer la place couverte autorisée précédemment.¹⁶

¹⁵ DETEC, Département de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication, Explications relatives à l'ordonnance sur l'aménagement du territoire et recommandations pour la mise en oeuvre, 2001, partie V: "Autorisation au sens de l'art.24c LAT", p. 42 et 45 s.

¹⁶ lettre du recourant à la commune, datée du 13 octobre 1989, sous n° de dossier communal 238

Le 23 décembre 1991 (n° communal 246), la commune a délivré au recourant un petit permis pour la construction d'un réduit souterrain (8,60 m x 3,70 m x 2m, soit une surface de 31,82 m²). Celui-ci correspondait partiellement à l'emplacement des citernes d'eau potable, supprimées à la suite du raccordement du chalet au réseau, mais a nécessité des creusages supplémentaires¹⁷. La commune n'a pas soumis le projet à une autorité cantonale en vue de l'octroi de la dérogation pour transformation partielle. La commune a assorti sa décision d'une charge selon laquelle le réduit ne pourra en aucun cas être transformé en garage ou en un local avec une autre destination.

Le 30 septembre 1993, la commune a délivré au recourant un petit permis pour l'agrandissement du bûcher existant par un avant-toit (2,65 m x 2,20 m) sur deux piliers en bois (n° communal 255). Elle n'a pas soumis le projet à une autorité cantonale en vue de l'octroi de la dérogation pour transformation partielle. Ce bûcher, une construction en dur¹⁸ (env. 2 m x 2,20 m), est censé se trouver dans l'angle nord est de la parcelle n° D._____, toutefois il ne figure pas sur les plans officiels (cf. plan de situation en annexe).

En 1997, le recourant a déposé une demande de permis pour l'agrandissement du chalet de vacances (n° communal 284). Le projet comprenait l'extension du chalet sur le côté nord (7,65 m²), la construction d'un étage supplémentaire pour l'aménagement de deux chambres et d'un réduit (36,60 m²) ainsi que la construction d'un balcon (14,25 m²) couvert et ouvert sur trois côtés. La préfecture, sur la base d'une prise de position de l'OACOT, a refusé l'octroi de la dérogation pour transformation partielle. Ces instances ont considéré qu'à la suite des deux agrandissements autorisés en 1984 et en 1990, la surface brute au plancher du chalet avait déjà atteint l'augmentation maximale possible (25 % à l'époque) au titre de la transformation partielle. Se fondant sur le refus de la dérogation, la commune a rejeté la demande de permis par décision du 11 novembre 1999.

Le 22 janvier 2001, la commune a octroyé au recourant, sur la base de sa demande du 15 décembre 2000, un petit permis de construire pour la modification de l'évacuation de fumée, à savoir la pose d'un tuyau en acier inox, en raison du remplacement d'un vieux poêle à bois par un poêle de type suédois (n° communal 319). La commune n'a pas soumis le projet à une autorité cantonale en vue de l'octroi d'une dérogation pour transformation partielle, notamment quant à savoir si la modification respectait l'identité de la construction.

¹⁷ lettre du recourant à la commune, datée du 30 septembre 1993, sous n° de dossier communal 255

¹⁸ cf. photos p. 62 et 63 du dossier préfectoral PC n° 90/2012

En 2006, le recourant a déposé une nouvelle demande de permis pour l'agrandissement de son chalet (n° communal 350). Le projet comprenait l'extension du chalet sur le côté nord (2,64 m²), la construction d'un étage supplémentaire pour l'aménagement d'une chambre (12,82 m²) et d'une terrasse couverte et ouverte sur un seul côté (17,70 m²), ainsi que la construction d'un balcon (12,35 m²) couvert et ouvert sur trois côtés. L'OACOT a refusé l'octroi de la dérogation pour construction hors de la zone à bâtir, au motif que l'agrandissement projeté est démesuré. Il a considéré qu'en raison des permis précédemment octroyés, y compris celui pour un réduit de quelque 32 m², l'agrandissement maximal de surface, désormais fixé à 30 % en vertu de la législation fédérale, était déjà largement atteint. Se fondant sur la décision négative de l'OACOT, la commune a rejeté la demande de permis par décision du 6 juillet 2007.

Le 10 avril 2012, le recourant a encore déposé une demande de permis pour le rehaussement de la toiture, d'au maximum 1,50 m (n° communal 377). Cette modification est destinée à augmenter à 25° l'inclinaison actuelle, décrite par le recourant comme trop faible et source d'infiltrations à l'intérieur du bâtiment. La procédure est pendante auprès de la préfecture (PC n° 90/2012), qui l'a suspendue en raison de la présente procédure de rétablissement de l'état conforme à la loi.

c) Le recourant a créé un étage supplémentaire en dessous du bâtiment, précédemment non excavé. Selon les jurisprudences fédérale¹⁹ et cantonale²⁰, un agrandissement en sous-sol est considéré comme réalisé à l'extérieur du volume bâti. Par conséquent, les possibilités d'extension de la surface limitées à 30 % et 100 m² au maximum s'y appliquent également. En l'occurrence, l'extension maximale possible pour le chalet, d'une surface initiale de 34 m², est de 10,20 m², qu'il s'agisse de la surface brute de plancher imputable ou de surfaces brutes annexes. Cette limite est atteinte et même dépassée au plus tard depuis le permis de 1990, où la totalité des agrandissements autorisés se montait déjà à 14,74 m² (7,96 m² + 6,78 m²). L'ancien Office cantonal de l'aménagement du territoire n'aurait pas dû accorder la dérogation pour l'entier du deuxième agrandissement, ce d'autant plus qu'à l'époque, la limite était fixée à 25%. Sur la base des pièces à disposition, on ignore les raisons pour lesquelles cet office n'a octroyé la dérogation que pour la cheminée barbecue, et non pour les autres objets projetés simultanément, dont en particulier la fer-

¹⁹ arrêt du Tribunal fédéral 1C_559/2010 du 18 mai 2011, consid. 3.1 et 3.3. Cet arrêt concerne même l'abaissement de 80 cm d'une cave déjà existante.

²⁰ JTA 2016/93 du 12 décembre 2016, consid. 4.3

meture par une paroi amovible de la place couverte et ouverte sur un seul côté. Toutefois, étant donné que la procédure alors en vigueur a été apparemment suivie correctement, il y a lieu pour des raisons de sécurité du droit de protéger l'autorisation du 9 novembre 1990, pour ce qui est d'un agrandissement de 6,78 m², et ce malgré les vices matériels dont elle est entachée.

Par contre, il résulte de ce qui précède que l'excavation opérée par le recourant et objet de la présente procédure ne pourrait en aucun cas être autorisée. De ce fait, la TTE modifie d'office la décision attaquée, dans le sens où la mention à l'alinéa 2 lettre b de l'art. 46 LC (demande de permis ultérieure) est supprimée. Etant donné que la construction est matériellement illicite, il y aura lieu d'examiner la question du rétablissement de l'état conforme à la loi (consid. 6 ci-dessous).

5. Péremption

a) Si un maître d'ouvrage exécute un projet de construction sans permis ou en outrepassant celui-ci ou s'il omet d'observer des prescriptions en réalisant un projet autorisé, l'autorité de la police des constructions impartit au propriétaire du terrain ou au titulaire du droit de superficie un délai approprié pour rétablir l'état conforme à la loi sous combinaison d'exécution par substitution (art. 46 al. 2 LC). Le recourant fait valoir que le délai pour statuer le rétablissement de l'état conforme est périmé.

Cinq ans après le jour où l'état non conforme à la loi était reconnaissable²¹, le rétablissement de l'état conforme ne peut être exigé que si des intérêts publics impérieux le commandent (art. 46 al. 3 LC). La non-conformité est considérée comme reconnaissable à partir du moment où les autorités compétentes pouvaient et devaient l'identifier comme telle en faisant preuve de l'attention que l'on peut raisonnablement attendre d'elles. La bonne ou mauvaise foi de l'obligé n'a pas d'influence sur le point de départ de ce délai.²² Ce délai de cinq ans n'est pas applicable si le rétablissement de l'état conforme vise une situation qui tombe sous le coup du droit fédéral. C'est notamment le cas lorsque la construction litigieuse est sise hors de la zone à bâtir. Au surplus, un intérêt impérieux au sens de l'art. 46

²¹ Le texte de loi officiel ("a été connu") résulte d'une erreur de traduction et n'est pas pertinent, cf. Zaugg / Ludwig, art. 46 n. 11 let. a

²² Zaugg / Ludwig, art. 46 n. 11 let. a

al. 3 LC est donné lorsque la situation illicite n'est pas supportable du point de vue du bien public. Si la construction ou l'installation porte préjudice à l'environnement, au site ou au paysage, la jurisprudence applique un délai de péremption de 30 ans. Dans l'hypothèse où des biens de police au sens strict sont touchés (mise en danger de la vie, de la santé ou de la sécurité des personnes), il n'existe pas de limite temporelle pour exiger le rétablissement.²³

b) En l'espèce, la construction est sise hors de la zone à bâtir. Le délai de cinq ans ne s'applique pas. La question de savoir si les autorités communales auraient dû réagir plus tôt n'est pas décisive en l'espèce. L'intérêt supérieur de la séparation des zones constructibles et des zones interdites à la construction l'emporte largement. Le recours est rejeté sur ce point également.

6. Rétablissement

a) Le recourant a excavé le sous-sol de son chalet et y a aménagé deux chambres et une toilette. L'accès s'effectue d'une part par une trappe ouverte dans le sol d'un des locaux du rez-de-chaussée. D'autre part, le sous-sol communique avec le réduit souterrain autorisé par la commune en 1991, servant aujourd'hui de garage. L'aération s'effectue au moyen de fenêtres construites dans des sauts-de-loup.²⁴

b) La décision de rétablissement de l'état conforme à la loi prononcée sur la base de l'art. 46 al. 2 LC doit servir l'intérêt public et prendre en compte les principes de la proportionnalité et de la confiance (art. 47 al. 6 DPC). L'autorité compétente pour prononcer le rétablissement examine ces questions d'office. L'intérêt au respect du droit des constructions et au maintien de l'ordre public est en règle générale donné, sauf dans des cas exceptionnels où le rétablissement n'aurait pas d'utilité concrète, ou alors si d'autres intérêts publics l'emportent. Celui qui veut construire ou occuper le sol par une installation ou une affectation aux effets comparables à une construction doit savoir qu'en règle générale un permis est nécessaire. Autrement dit, l'assujettissement général au permis de construire est présumé connu et il appartient au maître d'ouvrage désireux de réaliser un projet de se

²³ Zaugg / Ludwig, art. 46 n. 11 let. b à d

²⁴ dossier communal, pces 10 et 12 selon bordereau du 25 février 2016; dossier préfectoral de permis de construire PC n° 90/2012, p. 137

renseigner auprès des autorités compétentes²⁵. Entre le manque de diligence dans la récolte d'informations et la violation consciente de dispositions ou de décisions, l'absence de bonne foi peut être d'intensité variable. Pour répondre au principe de proportionnalité, la mesure de rétablissement doit non seulement être apte à atteindre le but visé (règle d'aptitude) mais encore faut-il que le moyen choisi soit celui qui porte l'atteinte la moins grave aux intérêts privés (règle de nécessité). Finalement, il faut que la gravité des effets de la mesure sur la situation de l'administré soit en rapport raisonnable avec le résultat escompté du point de vue de l'intérêt public (règle d'exigibilité, ou proportionnalité au sens étroit). Le maître d'ouvrage qui n'est pas de bonne foi a également droit à ce que le principe de proportionnalité soit pris en considération. Toutefois, pour la sauvegarde de l'égalité de traitement et de l'ordre légal, l'autorité mettra davantage de poids sur l'intérêt au rétablissement que sur les inconvénients causés au maître de l'ouvrage. Par ailleurs, l'autorité tiendra compte des coûts de remise en état à charge de l'administré en fonction de l'intensité de la mauvaise foi de celui-ci. En règle générale, l'intérêt purement financier de l'administré n'a que peu d'importance. En définitive, l'autorité pourra renoncer au rétablissement en cas de violation insignifiante, à condition que la mauvaise foi soit légère et l'intérêt public au rétablissement négligeable.²⁶

c) En l'espèce, le rétablissement de l'état conforme répond à l'évidence la protection d'un intérêt public important. La séparation des zones constructibles et non constructibles compte au nombre des exigences majeures de l'aménagement du territoire qui doivent être impérativement respectées.²⁷

d) Le recourant n'est pas de bonne foi au sens du droit de la police des constructions; son comportement relève même de la mauvaise foi qualifiée. Il a dû se rendre à l'évidence, à l'occasion des refus de ses demandes de permis en 1999 et 2007, que la création de nouveaux espaces habitables était interdite par la loi. De plus, la commune relève que, lors du contrôle des installations des eaux usées en 2014, les sauts-de-loup et les accès au niveau souterrain étaient camouflés. Elle ajoute que le recourant indique, dans sa demande de permis pour le rehaussement du toit déposée en 2012 et actuellement pendante, que sa maison ne compte que deux pièces, soit celles du rez-de-chaussée

²⁵ JTA (jugement du Tribunal administratif) 100.2007.1242 du 7 août 2009, consid. 5.2.1

²⁶ Zaugg / Ludwig, art. 46 n. 9 ss

²⁷ Piermarco Zen-Ruffinen / Christine Guy-Ecabert, Aménagement du territoire, construction, expropriation, 2001, n. 594, 597, 601, 605 et 614, ainsi que jurisprudence citée

existant.²⁸ Ce faisant, le recourant omet sciemment de mentionner les pièces supplémentaires créées (ou en cours de construction alors) au sous-sol. D'ailleurs, il a lui-même précisé qu'il a décidé d'aménager le sous-sol à la suite du refus du permis en 2007 pour la construction d'un deuxième étage.²⁹ Ces éléments montrent que le recourant connaissait l'illicéité de cet étage souterrain, mais qu'il a voulu par tous les moyens mener à bien son intention d'agrandir encore son chalet.

e) La suppression de l'étage souterrain respecte le principe de la proportionnalité. Cette mesure est apte à libérer la zone agricole de cette construction qui ne peut faire l'objet d'aucune dérogation. Il n'y a pas de mesure moins incisive que l'empêchement physique d'utiliser cet étage à des fins d'habitation ou comme locaux annexes. Une simple interdiction d'utilisation ne suffit pas, car elle impliquerait de la part de l'autorité de police des constructions une activité de contrôle démesurée et difficilement exécutable.³⁰ A cet égard, il y a lieu de préciser la mesure prononcée par la commune de la façon suivante:

Les installations sanitaires devront être démontées. La commune devra contrôler l'exécution de cette étape. Puis les fenêtres devront être bétonnées et les sauts-de-loup remplis de matériaux minéraux propres. Enfin, toutes les ouvertures d'accès à l'étage souterrain devront être murées (trappe communiquant avec le rez-de-chaussée, porte de liaison avec le réduit servant aujourd'hui de garage, etc.).

Ces mesures sont également conformes au principe de la proportionnalité sous l'angle de l'exigibilité. Il faut d'abord rappeler que l'importance de l'intérêt public touché est considérable en l'occurrence. Il en va de même de l'étendue de l'illicéité. Par ailleurs, le coût des mesures n'est pas excessif. L'investissement du recourant sera certes perdu, mais ce risque lui incombait puisqu'il connaissait l'illicéité de la construction. Au demeurant, il a pu profiter suffisamment longtemps de la situation illégale. Son intérêt au maintien de la construction ne fait pas le poids par rapport à l'intérêt public. Le recours est rejeté sur ce point également. Par contre, à ce stade on peut renoncer à exiger du recourant qu'il remplisse à nouveau le sous-sol de matériaux minéraux. Cette mesure reste réservée en cas d'éventuelle nouvelle violation de la loi.

²⁸ dossier communal, pce 12 selon bordereau du 25 février 2016

²⁹ dossier communal, pce 9 selon bordereau du 25 février 2016. Contrairement à ce que le recourant prétend, il n'y a pas eu d'opposition à son projet déposé en 2006 (cf. de dossier communal n° 350, décision du 6 juillet 2007)

³⁰ Zaugg / Ludwig, art. 46 n. 10

f) Dans la décision attaquée, la commune a omis de fixer le délai d'exécution. Le rétablissement doit s'effectuer en deux étapes. Le démontage des installations sanitaires devra être exécuté d'ici fin mars 2017. Ce délai se justifie également compte tenu de ce que la construction est située en zone de protection des eaux souterraines S3. Puis, suite au contrôle de l'autorité, le murage de toutes les ouvertures (y compris le remplissage des sauts-de-loup) devra être achevé d'ici fin mai 2017.

La TTE complète en outre d'office la décision attaquée par la mention de l'exécution par substitution (art. 47 LC).

7. Egalité de traitement

a) Le recourant se plaint que la commune n'aurait pas encore satisfait à ses obligations de police des constructions concernant une procédure qui touche des parcelles voisines, sur lesquelles a été créé un chemin de desserte impliquant la démolition d'une portion de mur de pierres sèches.³¹ Dès lors, il estime mal venu de la part de la commune d'exiger le rétablissement le concernant. Tout en relevant qu'il n'existe pas de droit à l'égalité dans l'illégalité, le recourant reproche néanmoins à la commune d'opérer à son détriment une inégalité de traitement incompréhensible.

b) L'autorité commet une inégalité de traitement interdite par l'art. 8 Cst.³² lorsqu'elle traite de façon différente deux situations qui sont tellement semblables qu'elles requièrent un traitement identique (distinction insoutenable) ou lorsqu'elle traite de façon identique deux situations qui sont tellement différentes qu'elles requièrent un traitement différent (assimilation insoutenable). Dans une large mesure, l'égalité de traitement est déjà assurée lorsque la loi – qui est générale et abstraite et elle-même égale – est appliquée de façon correcte dans toutes les circonstances.³³

La règle est de ne pas faire profiter le tiers désavantagé de bénéfices illégaux accordés à d'autres: sinon, l'autorité pourrait par sa propre volonté se délier de l'obligation d'appliquer la loi et le juge serait obligé de confirmer cette pratique au nom de l'art. 8 Cst. Cependant,

³¹ cf. aussi OJ n° 110/2012/120

³² Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Cst., RS 101

³³ Andreas Auer / Giorgio Malinverni / Michel Hottelier, Droit constitutionnel suisse II, 3^e éd., 2013, n. 1065 ss

le tiers désavantagé a droit au traitement égal et illégal si l'autorité se refuse à réintégrer une ligne de conduite régulière.³⁴ Le recourant n'établit pas dans quelle mesure l'autorité de police des constructions aurait manqué à ses obligations de sorte qu'il soit désavantagé. Sur ce point, le recours est insuffisamment motivé, il doit donc être déclaré irrecevable. Le recourant reproche à la commune de ne pas l'avoir informé du stade ou de l'issue de la procédure de rétablissement de l'état conforme concernant sa voisine. L'autorité de police des constructions n'a ni l'obligation ni le droit d'informer spontanément des tiers qui ne sont pas parties à la procédure. Il est loisible au recourant de déposer une dénonciation que la commune traitera conformément à l'art. 46 al. 2 let. a LC. Si la commune a déjà rendu une décision de rétablissement dans la procédure relative aux parcelles voisines, le recourant en sera informé à cette occasion. Le dénonçant qui n'a pas qualité de partie ou ne veut pas exercer les droits correspondants peut seulement demander des informations sur la liquidation de sa dénonciation.³⁵ Il va de soi que toutes les procédures de rétablissement de l'état conforme à la loi, et particulièrement hors de la zone à bâtir, doivent être menées à bien.

8. Autres procédures

a) La commune a octroyé en 1991 au recourant un petit permis pour la construction d'un réduit souterrain d'une surface de 31,82 m². Celui-ci correspondait partiellement à l'emplacement de citernes d'eau potable supprimées, mais a nécessité des creusages supplémentaires³⁶. La construction est partiellement enterrée, une partie non négligeable (dont l'accès) en est visible de l'extérieur.³⁷ La commune n'avait pas soumis le projet à une autorité cantonale en vue de l'octroi de la dérogation pour transformation partielle. Or à l'époque déjà, l'autorisation ou l'approbation d'une autorité cantonale était requise pour toute dérogation hors de la zone à bâtir (art. 25 al. 2 LAT dans sa teneur originelle entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1980). En 1985 déjà³⁸, le Tribunal fédéral (TF) était d'avis que les administrés devaient connaître cette règle et, indépendamment de l'attitude de la commune, se comporter en conséquence. Par conséquent, il a jugé que l'autorisation de cons-

³⁴ Pierre Moor, Droit administratif, volume I, 1994, p. 314 s.

³⁵ Zaugg / Ludwig, art. 46 n. 2a; Moor / Poltier, p. 282

³⁶ lettre du recourant à la commune, datée du 30 septembre 1993, sous n° de dossier communal 255

³⁷ cf. photo p. 148 du dossier préfectoral PC n° 90/2012

³⁸ ATF 111 Ib 213, consid. 5a et 6a

truire hors de la zone à bâtir délivrée par la seule commune ne peut pas déployer d'effet et n'acquiert aucune validité, vu l'importance de la règle de l'art. 25 al. 2 LAT. Le TF a qualifié cette autorisation de nulle, puisqu'après coup non plus, l'autorité (cantonale) compétente n'a pu considérer le projet comme conforme au droit.³⁹ La pratique bernoise avait repris cette jurisprudence et précisait que les communes ne sont jamais compétentes en matière de dérogation au titre de la construction hors de la zone à bâtir. Elle ajoutait que les communes devaient transmettre les demandes correspondantes au préfet, qui statuait lui-même sur la dérogation ou envoyait le dossier à l'Office cantonal de l'aménagement du territoire d'alors.⁴⁰

Le principe est que n'importe quelle autorité peut constater la nullité d'une décision en tout temps et d'office, elle n'a pas à attendre qu'un administré en soulève le grief⁴¹ En l'espèce, le permis pour la construction du réduit a été délivré par la seule commune sans autorisation ou approbation de l'autorité cantonale alors compétente. La limite de l'agrandissement possible était déjà atteinte, voire dépassée, en 1990 (cf. consid. 4c ci-dessus). La pratique bernoise en vigueur à l'époque prévoyait déjà que plusieurs agrandissements échelonnés dans le temps s'additionnaient et ne devaient pas dépasser la limite prescrite, le point de référence étant la surface existante au 1^{er} juillet 1972.⁴² De plus, selon cette pratique, il n'était pas autorisé de construire des annexes et des garages aux maisons de vacances.⁴³ Aujourd'hui, les surfaces brutes annexes sont comprises dans la limite de 30 % fixée à l'art. 42 al. 3 let. b OAT. Au vu des éléments qui précèdent, il est donc avéré que le réduit était matériellement illicite à l'époque et qu'il ne peut pas non plus être légalisé après coup sur la base de la législation actuellement en vigueur. Suivant la jurisprudence du TF, la nullité est constatée même si la construction était totalement achevée⁴⁴, la bonne foi de l'administré n'étant en fin de compte admise que très restrictivement, ce d'autant plus lorsqu'il dispose de connaissances techniques⁴⁵ comme en l'espèce le recourant, ingénieur ETS. Dans certaines circonstances, l'écoulement du temps peut exceptionnellement faire échec

³⁹ ATF 111 Ib 213, consid. 5b

⁴⁰ Direction des travaux publics du canton de Berne, La construction hors de la zone à bâtir - La pratique de l'Office de l'aménagement du territoire fondée sur les législations fédérale et cantonale, juin 1989, p. 90

⁴¹ Moor / Poltier, p. 364 ss

⁴² La construction hors de la zone à bâtir, p. 62

⁴³ La construction hors de la zone à bâtir, p. 75 s.

⁴⁴ ATF 111 Ib 213, consid. 2, 6a et 6b; en l'occurrence une villa de deux étages et une écurie de quatre box.

⁴⁵ ATF 111 Ib 213, consid. 6a

aux conséquences de la nullité.⁴⁶ Par conséquent, la commune devra examiner si la nullité du permis qu'elle a octroyé le 23 décembre 1991 doit être constatée. Dans l'affirmative, après avoir accordé au recourant le droit d'être entendu, la commune devra dans la même décision statuer sur la question du rétablissement de l'état conforme à la loi s'agissant du réduit/garage, en application du principe de la proportionnalité.

b) Sur la base des plans produits dans les dossiers n^{os} 284, 350 et 377, on constate que les dimensions de la place couverte autorisée en 1984, assortie d'une paroi amovible autorisée en 1990, ne correspondent pas à celles de ces permis. Au lieu de mesurer 2,30 m x 2,95 m, elle mesure 3,35 m x 3,10 m, soit une surface supplémentaire de 3,60 m². De plus, une partie de la façade ouest a été déplacée, de telle sorte qu'il en résulte une augmentation supplémentaire de surface d'environ 1,58 m². A cet égard, la commune devra également entreprendre une procédure de rétablissement de l'état conforme à la loi en application des art. 46 LC et art. 47 al. 6 DPC.

c) La commune devra aussi clarifier la situation légale du bûcher (cf. consid. 4b ci-dessus). Celui-ci ne figure pas sur les plans officiels. On ignore notamment quand il a été construit et s'il est au bénéfice d'un permis de construire. A cela s'ajoute que l'agrandissement de cette construction a été autorisé 1993 par la seule commune et qu'il dépasse largement les limites applicables aussi bien à ce moment là qu'aujourd'hui. Dans cette mesure, la commune devra également examiner la question de la nullité de l'autorisation de 1993 et du rétablissement de l'état conforme à la loi selon les mêmes principes que ceux exposés au considérant 7a ci-dessus.

d) La commune a relevé que depuis de nombreuses années, le recourant procède à divers travaux aux alentours de son bâtiment, notamment des travaux de drainage. Hors de la zone à bâtir, les modifications de terrain sont également soumises au régime de l'autorisation de construire aux conditions de l'art. 1a al. 1 LC. L'art. 6 al. 1 let. i DPC n'est applicable à ce titre que dans la mesure où il serait plus sévère que l'art. 1a al. 1 LC comme émanation du droit fédéral (cf. consid. 3c ci-dessus). Le cas échéant, la commune devra entreprendre une procédure de rétablissement de l'état conforme à la loi au sujet de ces aménagements extérieurs. A cette occasion, elle devra en particulier examiner s'ils obéissent à la condition du respect de l'identité au sens de l'art. 42 OAT.

⁴⁶ ATF 132 II 21, consid. 3.3

9. Frais et dépens

a) Les frais de procédure sont perçus sous la forme d'un émolument forfaitaire. Un émolument supplémentaire peut être perçu pour les enquêtes particulières, les expertises ou d'autres mesures d'instruction (art. 103 al. 1 LPJA). Un émolument forfaitaire de 200 à 4'000 fr. est perçu pour les décisions sur recours dans des affaires de justice administrative (art. 19 al. 1 en relation avec art. 4 al. 2 et 3 OEmo⁴⁷).

Selon la pratique de la TTE, les frais de la procédure sont fixés à 1'600 fr. 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). Le recourant, qui succombe, assume les frais de procédure.

b) La partie qui succombe doit payer les dépens de la partie adverse, à moins que le comportement de cette dernière au cours de la procédure ou des circonstances particulières justifient une autre répartition ou la compensation des dépens, ou encore qu'ils ne doivent être mis à la charge de la collectivité (art. 108 al. 3 LPJA). Le recourant, qui succombe, n'a pas droit à des dépens. Bien qu'ayant fait appel aux services d'un avocat, la commune n'a pas non plus droit à des dépens (art. 104 al. 3 LPJA).

III. Décision

1. Le recours du 3 juillet 2015 est rejeté dans la mesure où il est recevable.
2. La décision du 4 juin 2015 est confirmée. Elle est modifiée et complétée d'office comme il suit:

"Décide:

Le rétablissement de l'état conforme à la loi est ordonné de la façon suivante:

- a) 1^{ère} étape: Les installations sanitaires devront être démontées d'ici au 31 mars 2017. La commune devra être informée de l'exécution de cette étape de sorte à pouvoir la contrô-

⁴⁷ ordonnance du 22 février 1995 fixant les émoluments de l'administration cantonale, OEmo, RSB 154.21

ler avant que le recourant ou ses ayants droit n'entreprennent les mesures de la 2^e étape.

b) 2^e étape: Les fenêtres devront être bétonnées et les sauts-de-loup remplis de matériaux minéraux propres. Toutes les ouvertures d'accès à l'étage souterrain devront être murées (trappe communiquant avec le rez-de-chaussée, porte de liaison avec le réduit servant aujourd'hui de garage, etc.). Toutes ces mesures devront être achevées d'ici au 31 mai 2017.

c) Si les mesures décrites sous a) et b) ne sont pas mises en application dans le délai imparti ou le sont en violation des prescriptions et/ou des modalités statuées dans la présente décision, l'autorité de la police des constructions les fait exécuter par des tiers aux frais de l'obligé."

3. Les frais de procédure par 1'600 fr. sont mis à la charge du recourant.
La facture lui sera notifiée dès l'entrée en force de la présente décision.
4. Il n'est pas alloué de dépens.

IV. Notification

- Maître B._____, par courrier recommandé
- Maître C._____, par courrier A
- Office des affaires communales et de l'organisation du territoire (OACOT), Unité francophone, par courrier A
- Préfecture du Jura bernois, pour information
- Ministère public régional du Jura bernois-Seeland, 2740 Moutier

DIRECTION DES TRAVAUX PUBLICS,
DES TRANSPORTS ET DE L'ÉNERGIE
La directrice

Barbara Egger-Jenzer
Conseillère d'Etat