

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

OJ n° 120/2017/47

Berne, le 16 août 2018

en la cause liée entre

Monsieur A. _____
recourant

et

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

Municipalité de Cortébert, rue du Collège 3, 2607 Cortébert

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 Préfecture du Jura bernois du 25 juillet 2017 (PC n°. 132/2014; réparation d'un drainage, changement du tuyau (ciment par PVC) sur environ 20 m, suppression de buissons, replantation de nouveaux buissons)

I. Faits

1. Le 1^{er} avril 2014, le garde-pêche cantonal a constaté que des travaux avaient été entrepris sur le ruisseau G. _____ (est) à Cortébert. Il a décrit les travaux comme suit: "Sur une trentaine de mètres, la totalité du ruisseau a été détruit, végétation comprise". Il a prié la commune d'intervenir immédiatement pour faire cesser ces travaux. Le tronçon concerné par ceux-ci est situé sur la parcelle n° B. _____, propriété du recourant et sise hors de la zone à bâtir.

2. Par décision du 14 mai 2014, la commune a statué ce qui suit:

1. M. A. _____ doit:

- a) arrêter immédiatement tous les aménagements situés dans la zone riveraine de 10 mètres dudit ruisseau;
- b) rétablir l'état antérieur du ruisseau et des haies le bordant.

Pour ce faire, M. A. _____ doit, soit

- établir lui-même un projet complet de remise en état qui devra être avalisé par l'Office des ponts et chaussées et par l'Inspection de la pêche avant travaux ou
- donner mandat à une entreprise pour établir un projet complet de remise en état qui devra être avalisé par l'Office des ponts et chaussées et par l'Inspection de la pêche avant travaux.

Le projet complet est à remettre à l'administration municipale de Cortébert avant le 31 juillet 2014.

- 2. (exécution par substitution)
- 3. (décision de rétablissement suspendue en cas de dépôt d'une demande de permis)
- 4. (indication des suites pénales)
- 5. (frais)
- 6. (voie de droit)

3. Le 14 juin 2014, le recourant a déposé une demande de permis de construire pour la réparation d'un drainage, le changement du tuyau (ciment par PVC) sur environ 20 m, la suppression de buissons et la replantation de nouveaux buissons. La Préfecture du Jura bernois, autorité compétente en l'espèce pour connaître de la demande de permis, a prié le recourant de compléter sa demande par la production des plans, des formulaires manquants et des demandes de dérogation motivées. La préfecture a informé le recourant que sa demande serait considérée comme retirée s'il ne s'exécutait pas dans le délai imparti. Le recourant n'a pas donné suite.

4. Considérant que, "au vu des travaux effectués, le rétablissement à l'état antérieur ne semble pas possible et qu'il y a lieu d'exiger des compensations", la préfecture a prié le Service de la promotion de la nature (SPN), l'Office des ponts et chaussées (OPC) et l'Inspection de la pêche (IP) de lui indiquer quelles étaient les compensations qui pourraient être exigées. Ces services ont jugé que la remise à ciel ouvert du ruisseau G. _____ et la replantation d'une végétation riveraine avec des arbustes indigènes était

possible. Le recourant a eu l'occasion de s'exprimer à ce sujet, la commune ne s'est pas prononcée. Le SPN, l'OPC et l'IP ont pris position encore une fois sur l'ensemble de la procédure auprès de la préfecture.

5. Par décision du 25 juillet 2017, la préfecture a statué ce qui suit (chiffre 3):

Il est pris acte du retrait de la demande de permis de construire. Partant, la présente affaire est déclarée liquidée et elle est rayée du rôle.

La décision communale datée du 14 mai 2014 doit être appliquée concernant le rétablissement à l'état conforme à la loi. La commune veillera néanmoins à fixer au requérant un nouveau délai pour la remise à l'état antérieur du ruisseau et des haies le bordant.

La préfecture a exposé être d'abord partie à tort de l'idée que la commune n'avait pas statué au sujet du rétablissement de l'état conforme à la loi. Se ravisant, elle a considéré que la décision communale du 14 mai 2014, suspendue par le dépôt de la demande de permis, devenait de nouveau applicable au cas d'espèce, par l'effet du retrait de la demande.

6. Par écriture du 10 août 2017, le recourant a interjeté recours auprès de la Direction des travaux publics, des transports et de l'énergie (TTE) contre cette décision. Il conclut à l'annulation de celle-ci. Il fait valoir qu'en tant que propriétaire privé de la parcelle concernée, il est en droit d'entretenir le drainage qui la traverse. Le recourant conteste la qualité de cours d'eau au motif d'un débit très faible et de la provenance de l'eau, de sources privées. Il expose qu'en amont du tronçon présentement litigieux, le cours d'eau s'écoule déjà sous terre sur une longueur de 40 m par un tuyau en plastique. S'agissant du tronçon litigieux, le recourant explique en substance que le cours d'eau passait également déjà sous terre, par un tuyau en ciment, sur une longueur de 4 m correspondant à un chemin d'accès vers les parcelles situées à l'est du ruisseau. Au nord du chemin, le recourant mentionne la présence, avant travaux, de deux ou trois noisetiers (ainsi que d'un abreuvoir à bétail, apparemment alimenté par le cours d'eau au sortir du tuyau plastique). Pour ce qui est du sud du chemin, il dit que l'eau coulait au niveau du sol sur une longueur d'environ 10 m à travers des ronces, des chardons et des orties. Il conteste devoir "renaturer" un champ exploité à titre agricole. Le recourant prétend qu'il existe un projet selon lequel toute l'eau du ruisseau sera déviée pour l'alimentation de bâtiments, si bien qu'il ne coulera plus du tout d'eau dans le tuyau litigieux. Le recourant se déclare disposé à replanter des buissons plus

en aval sur sa parcelle, le long de la rivière H._____. Il insiste finalement sur la nécessité d'accéder à ses parcelles à l'est du ruisseau, chose qui serait rendue impossible par l'exigence de reconstituer, selon ses termes, "un ravin de 10 m de large".

7. Par prise de position du 8 septembre 2017, l'OACOT a renoncé à se prononcer, au motif qu'il n'était pas impliqué dans le projet.

8. Par prise de position du 11 septembre 2017, la préfecture conclut au rejet du recours. Elle renvoie essentiellement aux considérants de la décision attaquée. Pour le surplus, elle relève que l'autorité d'octroi du permis de construire n'a pas à délivrer des permis de construire non conformes au motif que la remise à l'état initial aurait des conséquences fâcheuses pour le recourant. La préfecture ajoute qu'elle n'a pas eu la possibilité d'examiner le bien-fondé de la demande de permis en question, étant donné que le recourant n'a pas produit les compléments requis.

9. Par prise de position du 12 septembre 2017, la commune conclut au rejet du recours. Elle déclare se rallier à la décision attaquée et aux avis des offices compétents.

II. Considérants

1. Recevabilité

Conformément à l'art. 49 al. 1 LC¹, 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.

¹ loi du 9 juin 1985 sur les constructions, LC, RSB 721.0

2. Assujettissement au permis

a) Le recourant est d'avis que les travaux qu'il a effectués sur la parcelle n° B. _____ ne sont pas assujettis au régime du permis de construire. Il fait valoir qu'il a seulement procédé à l'entretien d'un drainage (existant) et non à la mise sous terre d'un cours d'eau. En outre, il estime en substance que la végétation touchée est de peu d'importance.

b) 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 LAT²). Cette règle constitue un minimum de droit fédéral, de rang supérieur. Par construction ou installation, il faut entendre tous les aménagements 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 et art. 7 al. 1 DPC³). Les constructions mobiles nécessitent également une autorisation de construire au sens de l'art. 22 al. 1 LAT, si elles sont utilisées de façon fixe pour un laps de temps qui ne peut pas être qualifié d'insignifiant. Par ailleurs, l'assujettissement à l'autorisation de construire dépend également de la destination de l'installation en question. Si selon le cours général des choses, celle-ci peut avoir des effets notables sur l'espace, alors un contrôle préalable s'impose du point de vue de l'intérêt public ou du voisinage.⁴ Autrement dit, l'élément déterminant pour l'assujettissement à l'autorisation est moins l'installation comme telle que l'utilisation organisée qui en sera faite.⁵

Les projets de construction sont toujours soumis à l'octroi d'un permis de construire s'ils concernent notamment un objet naturel protégé et qu'ils touchent l'intérêt correspondant (art. 7 al. 2 DPC). S'agissant des conduites souterraines, le droit bernois de la construction ne soustrait au régime du permis que celles qui servent au raccordement des maisons (art. 6 al. 1 let. q DPC).

² loi fédérale du 22 juin 1979 sur l'aménagement du territoire, LAT, RS 700

³ décret du 22 mars 1994 concernant la procédure d'octroi du permis de construire, DPC, RSB 725.1

⁴ ATF 1C_529/2012 du 29 janvier 2013, consid. 5.1.1; JTA n° 22152 du 21 avril 2005 en la cause B., consid. 3, 3.1 et 3.2

⁵ Ruch, Commentaire LAT, art. 22 n. 28

c) Dans la définition mentionnée ci-dessus, la référence à la création artificielle de l'aménagement a pour but d'exclure les modifications naturelles de terrain comme les grottes, les dunes ou les éboulis.⁶

Quant au critère de la durabilité de l'aménagement, il exclut les installations provisoires, soit celles qui, en raison de leur mode de réalisation, ne se prêtent pas à une utilisation durable et qui peuvent être enlevées, à l'échéance prévue, sans frais excessifs. Leur existence doit être limitée dans le temps de manière certaine et non pas dépendre de circonstances imprévisibles. Ces cas sont rares.⁷

Le critère de la fixation au sol doit être nuancé. Le Tribunal fédéral a notamment jugé qu'était soumise à une autorisation de construire l'utilisation d'une prairie, par un club de parapentistes, en tant que piste d'atterrissage, signalée par quelques fanions et un mât pour une manche à air.⁸ Ainsi, selon les circonstances, même une simple utilisation du sol peut être assujettie au régime du permis, si elle produit des effets sur l'organisation du territoire semblables à ceux d'une installation physique.⁹

Finalement, à propos de l'incidence sur l'affectation du sol, la modification sensible de l'espace extérieur signifie que la construction ou l'installation est visible ou au moins forme un contraste frappant avec le site. Quant à l'atteinte à l'environnement, elle s'entend au sens large: protection des eaux, de la forêt, de la faune, de la nature et du paysage.¹⁰

d) Les cartes disponibles sur le géoportail du canton de Berne démontrent clairement l'existence du ruisseau G._____ (est). Sur la carte du réseau hydrographique, il porte le n° I._____. Il est constitué de quatre tronçons alternativement sous terre et à ciel ouvert. Sur la parcelle n° B._____, qu'il traverse avant de se jeter dans la H._____, il est selon cette carte pour ainsi dire entièrement à découvert sur une longueur de 60,92 m. Le tronçon précédant en amont est enterré et long de 29,91 m, il est également sis sur une parcelle dont le recorant est propriétaire (n° E._____). Selon la carte relative à

⁶ Piermarco Zen-Ruffinen / Christine Guy-Ecabert, Aménagement du territoire, construction, expropriation, 2001, n. 491

⁷ Zen-Ruffinen / Guy-Ecabert, n. 491 et jurisprudence citée

⁸ ATF 119 Ib 222, consid. 3b

⁹ JTA n° 22152 du 21 avril 2005 en la cause B., consid. 3.2

¹⁰ Zen-Ruffinen / Guy-Ecabert, n. 491

l'écomorphologie des cours d'eau, le tronçon situé sur la parcelle n° B._____ est désigné comme peu modifié. Finalement, l'existence du ruisseau est également attestée au niveau communal, puisqu'il figure sur le plan des zones de protection¹¹ comme objet protégé devant être maintenu dans son état naturel (art. 39 RC¹²).

La documentation photographique¹³ produite par le garde-pêche cantonal, et reflétant l'état pendant travaux début avril 2014, montre indubitablement que le ruisseau a été mis sous conduite à l'endroit concerné. La conduite en PVC se trouve dans une tranchée qui a été creusée au moyen d'une pelle-rétro. Les branches coupées des buissons étaient déposées à proximité de la tranchée. En comparant d'une part l'orthophoto disponible sur le géoportail du canton de Berne et, d'autre part, les vues extraites de Geo Jura bernois, datées de 2011 et 2008, on voit à l'évidence que des buissons et de la végétation ont été enlevés. Les vues de 2011 et 2008 montrent aussi que la portion de ruisseau concernée était traversée par un chemin venant de l'ouest et menant sur la berge est. Sur l'orthophoto, la trace de la fouille effectuée en 2014 est nettement visible et peut être évaluée à une longueur d'environ 30 m. Le boisement existant en 2011 et 2008 et enlevé en 2014 était important sur le tiers aval de cette fouille, étant absolument comparable à celui qui borde aujourd'hui encore la suite du ruisseau en direction de la H._____. Pour les deux tiers amont, le boisement qui apparaît sur les vues de 2011 et 2008 était par contre plus modeste en volume et densité.

En résumé, il est établi que le recourant a mis sous terre une portion de ruisseau proprement dit sur une longueur d'environ 30 m (étant précisé que celle-ci était traversée en un point par un chemin agricole). Il est établi également que le recourant a enlevé la végétation rivulaire correspondant à cette portion.

e) La mise sous tuyau et l'arrachage de la végétation ont été opérés de la main du recourant, ils sont donc créés artificiellement au sens de la première condition énoncée à l'art. 1a al. 1 LC.

La mise sous tuyau est destinée à durer. Le recourant parle d'un projet d'utilisation de l'eau qui aurait pour effet la suppression du ruisseau. Ce projet n'est prouvé par aucunes don-

¹¹ du 29 juin 1987

¹² règlement de construction de la commune de Cortébert du 29 juin 1987

¹³ dossier préfectoral, p. 5 et 6

nées concrètes; de plus, le recourant a exposé en première instance qu'en raison de la disparition de l'eau, il n'était à son avis plus nécessaire d'enlever le tuyau.¹⁴ L'enlèvement des buissons est également durable: dans son recours, le recourant exprime son intention de ne pas en replanter à l'endroit concerné mais ailleurs; même dans sa demande de permis, le recourant ne prévoyait la replantation que du tiers aval. La deuxième condition de l'art. 1a al. 1 LC est donc également remplie.

Il en va de même de la troisième condition. En effet, l'aménagement litigieux est en lien direct avec l'occupation du sol: le tuyau se trouve à l'intérieur de celui-ci et sa pose a impliqué une modification de la composition du sol par l'enlèvement des buissons.

L'aménagement litigieux constitue par ailleurs une modification sensible de l'espace extérieur: un tronçon de ruisseau de 30 m environ ainsi que la végétation rivulaire ont été supprimés.

A cela s'ajoute que l'aménagement litigieux est également constitutif d'une atteinte à l'environnement pour des raisons de protection des eaux et de protection de la nature. Le ruisseau G._____ figure sur le plan des zones de protection comme objet protégé dont le lit et les berges doivent être maintenus dans leur état naturel (art. 39 RC). L'endiguement et la correction des cours d'eau, de même que leur couverture ou leur mise sous terre constituent des atteintes nuisibles aux eaux; toutes ces interventions sont en principe interdites, sauf exceptions admises restrictivement (art. 37 et art. 38 LEaux¹⁵; art. 48 al. 1, 3 et 4 LAE¹⁶ et art. 39a let. f OAE¹⁷). En outre, les rives, les ruisseaux et leur végétation doivent être tout particulièrement protégées, celle-ci ne devant pas être essartée ni recouverte ou détruite d'une autre manière (art. 18 al. 1 et 1^{bis} et art. 21 LPN¹⁸; art. 20 LCPN¹⁹). Ici aussi, les conditions requises pour l'octroi d'une dérogation sont très strictes (art. 22 al. 2 LPN; art. 13 al. 3 OCPN²⁰).

¹⁴ dossier préfectoral, p. 34

¹⁵ loi fédérale du 24 janvier 1991 sur la protection des eaux, LEaux, RS 814.20

¹⁶ loi du 14 février 1989 sur l'entretien et sur l'aménagement des eaux, LAE, RSB 751.11

¹⁷ ordonnance du 15 novembre 1989 sur l'aménagement des eaux, OAE, RSB 751.111.1

¹⁸ loi fédérale du 1^{er} juillet 1966 sur la protection de la nature et du paysage, LPN, RS 451

¹⁹ loi cantonale du 15 septembre 1992 sur la protection de la nature, LCPN, RSB 426.11

²⁰ ordonnance cantonale du 10 novembre 1993 sur la protection de la nature, OCPN, RSB 426.111

Il résulte de ce qui précède que l'intervention litigieuse est susceptible à plusieurs égards d'avoir une incidence sur l'affectation du sol, d'une part parce qu'elle modifie sensiblement l'espace extérieur, d'autre part parce qu'elle constitue une atteinte à l'environnement. La quatrième condition de l'art. 1a al. 1 LC est donc également remplie. L'aménagement est assujéti à l'octroi d'un permis de construire.

f) Les arguments du recourant ne permettent pas de remettre en cause ce résultat. Sauf motifs d'exemption prescrits par la loi, les projets et aménagements sont tous soumis au régime du permis de construire, qu'ils soient sis sur des biens-fonds privés ou non. Comme déjà expliqué en première instance par l'IP et l'OPC, l'importance du débit n'est pas déterminante pour la qualification de cours d'eau.²¹ Les prescriptions susmentionnées sont applicables à toutes les eaux courantes qui ont creusé un lit (art. 3 LAE). Au demeurant, le garde-pêche cantonal a établi, documentation photographique à l'appui, que même après une période de sécheresse à fin août 2016, le ruisseau avait encore un certain débit, permettant de conclure à l'existence d'un débit quasi permanent.²²

Le recourant qualifie le tuyau posé de drainage. Même en le considérant comme tel, cette installation n'est pas soustraite à l'octroi d'un permis, car il ne s'agit pas d'une conduite servant au raccordement des maisons (art. 6 al. 1 let. q DPC). Au demeurant, le recourant se contredit car il prétend d'une part qu'il n'a fait que réparer un drainage existant, tout en se plaignant d'autre part que, sur une partie du tronçon, l'eau du ruisseau coulait au niveau du sol à travers la végétation.

Bien que le recourant n'ait pas donné suite aux demandes de compléments requis à juste titre par la préfecture, il a tout de même dans un premier temps admis l'assujettissement, puisqu'il a déposé une demande de permis ultérieure. Contester ensuite l'assujettissement au permis de construire est contradictoire, voire contraire au principe de la bonne foi.

Au vu de l'ensemble de ce qui précède, l'assujettissement au permis de construire est avéré. Le recours sur ce point est infondé.

²¹ dossier préfectoral, p. 41 et 43

²² dossier préfectoral, p. 36 et 41

3. Illicéité matérielle

a) Si un maître d'ouvrage exécute un projet de construction sans permis, l'autorité de 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). La décision de rétablissement de l'état antérieur est suspendue lorsque l'obligé dépose dans les 30 jours à compter de la notification une demande de permis de construire; l'autorité peut prolonger ce délai pour de justes motifs (art. 46 al. 2 let. b LC). La demande de permis ultérieure doit répondre aux mêmes exigences de forme (art. 10 ss DPC) qu'une demande ordinaire. L'art. 18 DPC prévoit un régime dans l'hypothèse où la demande présente des vices formels et/ou matériels. Dans le cas normal, c'est-à-dire lorsque la procédure d'octroi du permis précède l'exécution de la construction, ce régime donne des instruments à l'autorité d'octroi du permis de construire dans l'intérêt de l'économie de la procédure. Toutefois, dans la procédure d'octroi ultérieur, ces instruments n'ont qu'une portée très limitée. En effet, étant donné que la construction ou l'installation existe déjà, la non entrée en matière ou la radiation du rôle ne permettent de clore l'affaire que formellement. Il n'en demeure pas moins que le sort de la construction ou de l'installation doit être tranché matériellement.²³

Si l'obligé ne dépose pas de permis dans les 30 jours, l'autorité de recours examine sommairement si l'installation est matériellement illicite. En effet, il serait contraire au principe de la proportionnalité de faire supprimer, uniquement pour un motif formel (soit l'absence de permis), une installation qui en soi pourrait être autorisée. L'examen n'est que sommaire, car si le maître de l'ouvrage avait voulu un examen approfondi, il aurait dû déposer une demande de permis dans le délai légal de 30 jours à compter de la notification de la décision de rétablissement, conformément à l'art. 46 al. 2 let. b LC (éventuellement dans le délai plus long fixé par l'autorité de police des constructions). Dans cette mesure, un devoir de collaboration incombe au maître de l'ouvrage, puisque l'autorité de police des constructions ne peut pas déposer une demande à sa place. Néanmoins, l'institution de l'examen sommaire, en tant qu'application du principe de la proportionnalité, s'applique également en cas de non entrée en matière sur la demande de permis, quelle que soit le motif d'invalidité de celle-ci.²⁴

²³ décision de l'OJ n° 110/1997/79 du 15 septembre 1997, consid. 3

²⁴ Aldo Zaugg / Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4^e éd., tome I, Berne 2013, art. 46 n. 15a

b) En l'espèce, la demande de permis déposée par le recourant présentait de graves lacunes formelles. A juste titre, la préfecture lui a donné l'occasion de la compléter conformément à l'art. 18 DPC. Etant donné que le recourant n'a pas donné suite, la préfecture n'était alors pas dispensée de statuer sur le sort juridique des aménagements litigieux à tout le moins au moyen d'un examen sommaire et ce en vue de trancher ensuite la question du rétablissement de l'état conforme à la loi (cf. consid. 4b ci-dessous).

Compte tenu du dépôt du recours, il incombe à ce stade à la TTE d'examiner sommairement si et dans quelle mesure l'aménagement pourrait être autorisé. L'examen sommaire ne se justifie que pour déterminer si une demande serait irrecevable ou d'emblée vouée à l'échec.²⁵

c) Même à supposer que l'aménagement en cause puisse être considéré comme conforme à la zone agricole, il faut vérifier dans quelle mesure l'accès litigieux est nécessaire à l'exploitation agricole et n'est pas contraire à un intérêt prépondérant (art. 16a al. 1 LAT et art. 34 al. 4 OAT²⁶). En vertu du principe de la nécessité, les constructions et installations doivent être, selon des critères objectifs, indispensables à l'exploitation agricole²⁷. Il s'agit de démontrer, dans le cadre de la procédure d'autorisation de construire, que leur emplacement, leurs dimensions et leur conception répondent à un besoin objectivement fondé²⁸. Les représentations subjectives et souhaits des particuliers ne sont pas pris en compte, pas plus que les motifs d'opportunité et de confort personnel²⁹. Les intérêts prépondérants se mesurent à l'aune des buts et principes énoncés aux art. 1 à 3 LAT, notamment la conservation des sites naturels (art. 1 al. 2 let. a LAT et art. 3 al. 2 let. d LAT).³⁰

d) Selon l'art. 38 al. 1 LEaux, les cours d'eau ne doivent ni être couverts ni mis sous terre. Aux termes de l'art. 38 al. 2 LEaux, l'autorité peut autoriser des exceptions notamment pour les passages sous des chemins agricoles (let. c), pour les petits fossés de drainage à débit non permanent (let. d) ou pour la réfection de tronçons couverts ou mis sous

²⁵ Zaugg / Ludwig, art. 46 n. 15a

²⁶ ordonnance fédérale du 28 juin 2000 sur l'aménagement du territoire, OAT, RS 700.1

²⁷ Ruch/Muggli, Commentaire pratique LAT, art. 16a n. 48 et 55; Office fédéral du développement territorial ARE, Explications relatives à l'OAT et recommandations pour la mise en oeuvre (2000/2001), p. 31

²⁸ Muggli, Commentaire pratique LAT, art. 24 n. 7; Zen-Ruffinen / Guy-Ecabert, n. 536

²⁹ décisions de la TTE n°s OJ 110/2012/138 du 22.2.2013, consid. 2d, et 110/2007/19 du 9.6.2011, consid. 4a

³⁰ Ruch/Muggli, Commentaire pratique LAT, art. 16a n. 56

terre, dans la mesure où un écoulement à l'air libre ne peut pas être rétabli ou causerait d'importants préjudices à l'agriculture (let. e) – les autres cas de figure n'étant d'emblée pas applicables en l'espèce. Le droit cantonal exige en sus qu'une telle dérogation ne peut être accordée que s'il existe un motif important et qu'aucun intérêt prépondérant ne s'y oppose (art. 48 al. 4 LAE).

La portion de ruisseau mise sous terre par le recourant était traversée en un point par un chemin agricole; à cet endroit précis, le ruisseau passait, aux dires du recourant, par une conduite en ciment. Dans cette mesure, une exception au sens de l'art. 38 al. 2 let. c et e LEaux pourrait éventuellement entrer en considération, à condition toutefois qu'il existe un motif important. Le recourant fait valoir en substance que cet accès lui est nécessaire pour rejoindre ses parcelles situées à l'est du ruisseau, dès lors que celles qui sont situées plus au sud appartiennent à un autre propriétaire. Cet argument est à l'évidence infondé. Entre la parcelle n° B. _____ et celles appartenant à cet autre propriétaire (n°s C. _____ et D. _____), les parcelles n°s E. _____ et F. _____ sont propriété du recourant. Dans ce secteur, le ruisseau est déjà enterré sur une longueur de presque 30 m (cf. consid. 2d ci-dessus). Par conséquent, l'accès entre l'ouest et l'est du ruisseau est assuré. Une dérogation à ce titre aurait été d'emblée vouée à l'échec. Il en va de même d'une exception pour petit fossé de drainage à débit non permanent (zeitweise Wasserführung; art. 38 al. 2 let. d LEaux). L'installation litigieuse ne correspond pas à cette définition, puisque le garde-pêche cantonal a établi de façon convaincante l'existence d'un débit quasi permanent (cf. consid. 2f ci-dessus). L'interruption éventuelle du débit pour cause de sécheresse exceptionnelle ne remet pas en cause la qualité de débit permanent. Il est avéré que les fluctuations du débit naturel sont plus fortes en montagne que sur le Plateau et plus marquées pour les ruisseaux que pour les rivières. Par analogie, selon le système de l'art. 4 let h et i LEaux, les cours d'eau à débit permanent peuvent tout de même, sur une période de mesure de dix ans, être à sec pendant 17 jours en moyenne par année.³¹ Le recourant n'avance aucun élément permettant de douter du caractère permanent du ruisseau G. _____ (est) et ne fait valoir aucun autre motif. Une autorisation pour la mise sous terre du ruisseau aurait de toute façon dû être refusée.

e) L'autorité cantonale compétente peut autoriser la suppression de la végétation existant sur des rives dans le cas de projets qui ne peuvent être réalisés ailleurs et qui ne con-

³¹ Message du Conseil fédéral du 29 avril 1987 concernant l'initiative populaire «pour la sauvegarde de nos eaux» et la révision de la loi fédérale sur la protection des eaux, FF 1987 II 1081, spéc. 1127 ss

treviennent pas à la législation en matière de police des eaux et de protection des eaux (art. 22 al. 2 LPN). Le droit cantonal prescrit en outre qu'une telle dérogation ne peut être accordée que si, après pesée des intérêts privés et publics, la conservation de la végétation ne peut plus être exigée de la part du requérant ou de la requérante; de plus, l'octroi de la dérogation contraint le requérant ou la requérante à pourvoir à la compensation écologique (art. 13 al. 1 à 3 OCPN).

Il appert selon la vue google actuelle que la surface autrefois occupée par le ruisseau et ses rives est aujourd'hui cultivée sous forme de prairie. L'exploitation mécanique est facilitée, le recourant n'a plus besoin de contourner les berges boisées. De plus, il a gagné une surface agricole d'environ 300 m². Le recourant n'établit pas dans quelle mesure ces éléments seraient objectivement indispensables à son exploitation. Aucun élément au dossier ne permet non plus d'en arriver à cette conclusion. Il appert au contraire que les aménagements effectués constituent un souhait d'optimisation de la part du recourant. Un tel souhait ne correspond ni à la notion de nécessité au sens de la législation en matière d'aménagement du territoire, ni à un intérêt privé d'une importance telle qu'il l'emporterait sur le maintien de la végétation rivulaire dans l'intérêt de la protection de la nature. La dérogation pour la suppression de la végétation aurait donc également dû être refusée. Les interventions et aménagements effectués par le recourant n'auraient pas pu se voir octroyer un permis de construire.

4. Mesures de rétablissement de l'état conforme à la loi, compétence et principe

a) Selon l'art. 46 LC (titre: "Rétablissement de l'état conforme à la loi"), si un maître d'ouvrage exécute un projet de construction sans permis, l'autorité de 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. Au surplus, l'art. 46 al. 2 LC prescrit les règles suivantes s'agissant de la procédure de rétablissement:

a. (...);

b. la décision de rétablissement est suspendue lorsque l'obligé dépose dans les 30 jours à compter de la notification une demande de permis de construire. L'autorité peut prolonger ce délai pour de justes motifs. (...);

c. lors d'une procédure d'octroi du permis au sens de la lettre b ci-dessus, il convient d'examiner si le projet de construction peut être autorisé du moins partiellement;

d. la validité de la décision de rétablissement est fonction de l'étendue du permis de construire;

e. en cas de refus du permis de construire, l'autorité décide simultanément si et dans quelle mesure l'état conforme à la loi doit être rétabli; elle fixe au besoin un nouveau délai.

b) L'art. 46 al. 2 let. b LC dit que la décision de rétablissement "est suspendue lorsque l'obligé dépose dans les 30 jours à compter de la notification une demande de permis". Selon la pratique constante de la TTE, il faut comprendre cette disposition dans le sens où la décision de rétablissement initiale devient caduque par l'effet de la loi en cas de dépôt d'une demande de permis de construire dans les 30 jours, c'est-à-dire dans le délai de recours.³² Cette pratique est critiquée en doctrine. D'après celle-ci, en cas de non entrée en matière ou de retrait de la demande de permis, la décision de rétablissement entre en force de chose décidée faute d'avoir fait l'objet d'un recours.³³ La TTE maintient sa pratique notwithstanding cette opinion divergente. En effet, le but et l'esprit de l'art. 46 al. 2 let. b LC veulent, pour des raisons d'économie de la procédure, une coordination entre la procédure d'octroi du permis ultérieur et la procédure de rétablissement de l'état conforme.³⁴ Autrement dit, cette disposition vise à éviter deux procédures consécutives et tend au contraire à ce qu'il soit statué dans une seule et même procédure à la fois au sujet de la demande de permis et au sujet du rétablissement. En cas de dépôt d'une demande de permis ultérieure, l'autorité d'octroi du permis de construire³⁵ doit dans tous les cas statuer une nouvelle fois sur le rétablissement. La loi prévoit expressément cette coordination en cas d'admission partielle, respectivement en cas de refus du permis de construire, entièrement ou partiellement (art. 46 al. 2 let. c à e LC). Elle ne contient pas de règle en cas de non entrée en matière ou de retrait de la demande de permis ultérieur. Compte tenu du but et de l'esprit de la loi, ces cas doivent suivre le même régime que celui qui est applicable au refus du permis. Même si l'autorité d'octroi du permis n'entre pas en matière ou raye du rôle, elle

³² décisions de la TTE OJ n° 120/2015/51 du 23 septembre 2015, consid. 3b; OJ n° 120/2009/7 du 5 mai 2009, consid. 2b (autorité de première instance: préfecture); OJ n° 120/2006/44 du 9 février 2007, consid. 3a (en français); OJ n° 120/2004/45 du 23 février 2005, consid. 2c (en français); Rolf Zürcher, Verfahren zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands; nachträgliches Baubewilligungsverfahren, in Bulletin du GAC 6/1990 p. 18 ss y compris référence à JAB 1990 p. 396

³³ Zaugg / Ludwig, art. 46 n. 16

³⁴ JAB 1994 p. 241, consid. 2a

³⁵ cf. art. 46 al. 2 let. e LC, texte allemand: "Im Falle des Bauabschlags entscheidet die Baubewilligungsbehörde zugleich darüber, ob und inwieweit der rechtmässige Zustand wiederherzustellen ist".

doit néanmoins clore la procédure d'octroi du permis au moyen d'une décision susceptible de recours. Dans celle-ci, elle devra statuer une nouvelle fois le rétablissement. De cette manière, la coordination voulue par le législateur (la procédure d'octroi du permis ultérieur et la procédure de rétablissement sont réunies sous la compétence d'une seule autorité) est assurée.

c) Il faut ici préciser ce qui suit. En règle générale, la commune exerce la police des constructions, et ce sous la surveillance de la préfecture, notamment en faisant rétablir l'état conforme à la loi (art. 45 LC). Mais, comme vu dans le considérant précédent, en cas de dépôt d'une demande de permis de construire ultérieur et à supposer que la procédure aboutisse à l'absence de permis (en tout ou en partie), les mesures de rétablissement de l'état conforme à la loi doivent être réexaminées ("si et dans quelle mesure") par l'autorité compétente en matière d'octroi du permis et prononcées une nouvelle fois dans la même décision qui statue sur le sort de la demande de permis ("simultanément"). Par contre, l'autorité communale de police des constructions reste responsable de l'exécution, notamment de l'exécution par substitution, l'art. 45 al. 1 et al. 2 let. b LC et l'art. 47 LC constituant une réglementation spéciale par rapport à l'art. 115 LPJA.

Si l'autorité d'octroi du permis est la même que l'autorité de police des constructions au sens strict, elle reprendra dans la plupart des cas (en tout ou en partie) le contenu de sa décision initiale de rétablissement. Dans l'hypothèse où l'autorité d'octroi du permis n'est pas la même que l'auteur de la décision initiale de rétablissement (notamment préfecture respectivement commune, mais également deux services différents au sein de communes importantes), il ne lui est pas non plus interdit de s'inspirer de tout ou partie du contenu de la décision initiale de police des constructions, à supposer que les mesures de rétablissement qui y sont prononcées répondent aux conditions légales (précision, proportionnalité, cf. consid. 5b ci-dessous).

En l'espèce, la préfecture a statué, dans sa décision rayant du rôle la procédure relative à la demande de permis ultérieur, que la décision communale du 14 mai 2014 doit être appliquée concernant le rétablissement de l'état conforme à la loi et que la commune veillera à fixer un nouveau délai pour la remise à l'état antérieur du ruisseau et de la végétation le bordant. Or, au vu des considérants qui précèdent, il n'est pas prévu, selon la loi, que l'autorité d'octroi du permis renvoie purement et simplement à la décision initiale de rétablissement ou renvoie l'autorité de police des constructions à statuer elle-même sur cer-

tains points, et ce indépendamment de la raison de l'absence de permis (refus, retrait, non entrée en matière). Une telle manière de faire est contraire au principe de l'économie de la procédure, elle reviendrait à prolonger inutilement celle-ci. En effet, elle aboutirait à ménager au recourant une première possibilité de recours contre la décision de la préfecture (occasion qu'il a saisie par la présente procédure), puis encore une deuxième contre la nouvelle décision que prendrait la commune à tout le moins pour fixer le nouveau délai. De plus, du fait que la décision de la commune ne prononce aucune mesure concrète (cf. aussi consid. 5b ci-dessous), cette manière de faire empêcherait en l'occurrence l'application efficace du droit matériel.³⁶

d) Etant donné le résultat négatif de l'examen sommaire quant à savoir si les aménagements et interventions litigieux auraient pu voir octroyer un permis de construire, la préfecture a constaté à juste titre le principe d'un rétablissement à l'état conforme à la loi. Par conséquent, il y a seulement lieu de modifier d'office le deuxième paragraphe du chiffre 3 de la décision attaquée, dans le sens où la préfecture ordonne elle-même le rétablissement de l'état conforme à la loi s'agissant de la remise à ciel ouvert et la revégétalisation. Ce chiffre devra être complété par le prononcé de mesures de rétablissement de l'état conforme à la loi concrètes et précises (cf. consid. 5 ci-dessous). Dans la décision attaquée, la préfecture a renoncé à percevoir des frais de procédure. Dans la décision complémentaire à venir, elle sera bien entendu habilitée à statuer de tels frais à cet égard.

e) Le recourant oppose au principe du rétablissement le caractère agricole du secteur concerné; il estime qu'il ne peut être contraint de "renaturer une zone de culture". Cet argument est inopérant. Avant d'être cultivé sous forme de prairie par le recourant, le secteur concerné était occupé par la portion de ruisseau, ses berges et la végétation rivulaire. La question de l'illicéité des interventions du recourant a déjà été développée aux considérants 3d et 3e ci-dessus. Selon le géoportail du canton de Berne, le ruisseau G. _____ (est) ne figure pas dans la planification des revitalisations proprement dites au sens de l'art. 38a LEaux, établie jusqu'en 2035, alors même que le bénéfice par rapport aux coûts est désigné comme potentiellement important s'agissant de ce cours d'eau. Cependant, cette absence ne fait pas obstacle à la nécessité de rétablir l'état conforme: en l'espèce, l'atteinte

³⁶ JAB 1994 p. 241, consid. 2a

causée aux fonctions naturelles du cours d'eau par l'installation litigieuse est postérieure à cette planification.

Le recourant invoque ensuite que le cours d'eau n'existera bientôt plus en raison d'un projet d'utilisation de l'eau pour des bâtiments voisins. De tels projets nécessitent l'octroi d'une concession que délivre le service compétent de la TTE. La TTE n'a connaissance d'aucun projet de ce genre. De plus, comme l'OPC l'a déjà expliqué au recourant en première instance, le captage de la totalité d'une eau est interdite par le droit fédéral, qui exige des débits résiduels minimaux après prélèvement.

Le recourant fait ensuite valoir que la reconstitution d'un "ravin de 10 m de large" empêcherait l'accès à ses parcelles situées de l'autre côté du ruisseau. Le recourant fait peut-être allusion à l'espace réservé aux eaux exigé par le droit fédéral (art. 41a ss LEaux; en principe 11 m minimum). Quoi qu'il en soit, la question de l'accès a déjà été traitée plus haut (consid. 3d): l'accès entre l'ouest et l'est du ruisseau est assuré en amont du tronçon devant faire l'objet d'un rétablissement de l'état conforme.

Finalement, le recourant déclare vouloir replanter des buissons plus en aval sur sa parcelle, le long de la H._____. Ce faisant, il propose une mesure de remplacement à un autre endroit au lieu d'une mesure de reconstitution au même endroit que l'atteinte (art. 18 al. 1^{er} LPN et art. 24e LPN). Or tous les services concernés ont confirmé que la reconstitution sur place (sous réserve de l'emplacement exact, cf. consid. 5c ci-dessous) était faisable. Faute d'indications contraires au dossier, elle doit donc être préférée.³⁷

En définitive, les arguments du recourant ne permettent pas de remettre en question le principe du rétablissement de l'état conforme à la loi. Le recours est également rejeté sur ce point.

5. Renvoi

a) Selon l'art. 72 al. 1 LPJA, si le recours est recevable, l'instance de recours statue sur l'affaire ou, exceptionnellement, renvoie le dossier à l'instance précédente avec des ins-

³⁷ Karin Sidi-Ali, La protection des biotopes en droit suisse - Etude de droit matériel, 2008, p. 178 ss

tructions impératives. Le renvoi nécessite des motifs particuliers, qui l'emportent sur le principe de l'économie de la procédure. Un motif particulier existe par exemple si l'état du dossier est tel qu'il n'est pas encore prêt à être tranché et que l'administration des preuves impliquerait pour l'autorité de recours un travail trop considérable.³⁸ S'agissant plus spécifiquement de vices de la procédure, l'autorité de recours y remédiera elle-même seulement si ceux-ci ne sont pas particulièrement graves et si la décision attaquée ne constitue pas une atteinte trop importante à la situation juridique de l'administré ou de l'administrée.³⁹ Le renvoi se justifie d'autant plus lorsque l'autorité de première instance dispose d'une marge d'appréciation importante.⁴⁰

b) Lorsque l'autorité prononce des mesures de rétablissement de l'état conforme à la loi, elle est tenue de s'assurer qu'elles respectent les principes de la proportionnalité et de la protection de la bonne foi (art. 47 al. 6 DPC). En particulier, ces mesures doivent être aptes à atteindre le but visé, ne pas aller plus loin que nécessaire et présenter un rapport raisonnable entre l'atteinte à l'intérêt du particulier d'une part, et la sauvegarde de l'intérêt public concerné (les trois volets du principe de la proportionnalité).⁴¹ Par conséquent, il faut que la décision de rétablissement décrive de façon précise et concrète les mesures à exécuter par l'administré ou l'administrée aux fins de la remise à l'état conforme.⁴² A défaut d'une telle description, les mesures ne pourront pas être exécutées correctement par l'administré ou l'administrée et l'autorité de police des constructions ne pourra pas assurer le contrôle de leur exécution, pas plus qu'elle ne pourra, le cas échéant, procéder par substitution. L'autorité appelée à prononcer ces mesures peut au besoin s'adjoindre les services cantonaux spécialisés (art. 47 al. 3 DPC par analogie).

Il faut relever qu'un rétablissement conforme à la loi ne suppose pas forcément le retour à l'état antérieur ou initial. Malgré la terminologie non uniforme utilisée dans le texte de l'art. 46 LC (cf. toutefois art. 45 al. 2 let. b LC), il faut toujours entendre "rétablissement de l'état conforme à la loi" ("Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands") même là où cette disposition utilise les expressions "décision de rétablissement de l'état antérieur"

³⁸ Thomas Merkli / Arthur Aeschlimann / Ruth Herzog, Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern, 1997, art. 72 n. 3

³⁹ Merkli / Aeschlimann / Herzog, art. 21 n. 16

⁴⁰ Merkli / Aeschlimann / Herzog, art. 72 n. 3

⁴¹ Zaugg / Ludwig, art. 46 n. 10

⁴² Zaugg / Ludwig, art. 46 n. 13

("Wiederherstellungsverfügung") ou "procédure de rétablissement de l'état antérieur" ("Wiederherstellungsverfahren"). En effet, le contenu des mesures de rétablissement doit toujours obéir au principe de la proportionnalité (cf. consid. 5a ci-dessus). Autrement dit, la mesure apte, nécessaire et raisonnable ne pourra pas toujours aller jusqu'à retrouver l'état initial. Inversement, les mesures devront tendre à retrouver cet état si l'application du principe de la proportionnalité le permet.

c) Dans le cas particulier, la préfecture a commencé par procéder conformément aux considérants 4b et 4c ci-dessus. En effet, vu l'absence de réaction du recourant à l'injonction de combler les lacunes formelles de sa demande de permis, la préfecture, percevant à juste titre que la décision communale ne contenait pas de mesures concrètes susceptibles d'être exécutées, a entrepris une instruction en matière de rétablissement en requérant les rapports du SPN, de l'IP et de l'OPC. Après l'exercice de son droit d'être entendu par le recourant, ces services se sont exprimés une seconde fois. Le principe de la remise à ciel ouvert du ruisseau et de la revégétalisation des berges fait l'unanimité. A plusieurs égards par contre, aucunes mesures concrètes ne sont proposées ou énoncées; de plus, les rapports contiennent certaines contradictions.

En premier lieu, on part de l'idée qu'une remise à ciel ouvert conforme à la loi ne se limite pas à creuser une nouvelle fois la tranchée dans laquelle se trouve la conduite et à libérer l'eau en sectionnant la portion de conduite concernée. Encore faudrait-il reconfigurer le lit et les berges. A ce stade, aucune indication ne figure au dossier quant à la manière de faire. Ensuite, l'IP requiert dans son premier rapport la remise à ciel ouvert du ruisseau à son emplacement initial. Dans son deuxième rapport, il demande par contre qu'elle soit effectuée "à l'emplacement même où la mise sous terre a eu lieu". Ces expressions pourraient laisser supposer que le cours du ruisseau aurait été corrigé au moment de sa mise sous terre. Dès lors, il n'apparaît pas clairement quel emplacement l'IP appelle de ses vœux s'agissant de la remise à ciel ouvert. Finalement, il y a aussi des divergences quant à la longueur de la remise à ciel ouvert et de la replantation: le SPN et l'IP dans son premier rapport requièrent le rétablissement de l'état conforme à raison de 20 m de long, l'IP dans son deuxième rapport mentionne un rétablissement sur une trentaine de mètres.

d) Il résulte de ce qui précède que la question des mesures de rétablissement de l'état conforme à la loi n'est pas prête à être tranchée. Le prononcé de celles-ci nécessite des connaissances techniques et l'appréciation coordonnée de circonstances locales à faire

par plusieurs services spécialisés. A ce stade, il n'incombe pas à la TTE, en tant qu'autorité de recours, de suppléer à l'instruction ni de trancher la première, ce qui aurait pour effet la suppression d'une instance. Il se justifie donc de retourner l'affaire à la préfecture pour qu'elle complète la procédure de rétablissement de l'état conforme et prononce des mesures concrètes et précises sur la base des prises de position des services concernés.

6. Frais

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 OEmo⁴³ en relation avec art. 4 al. 2 et 3 OEmo).

Selon la pratique de la TTE, les frais de la procédure sont fixés à 1'200 fr. Les frais de la procédure 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). En l'espèce, le recourant succombe, il assumera donc les frais de procédure.

III. Décision

1. Le recours du 10 août 2017 est rejeté.

Le chiffre 3, 2^e paragraphe, de la décision du 25 juillet 2017 est modifié d'office de la façon suivante:

"Le rétablissement de l'état conforme à la loi est ordonné s'agissant de la remise à ciel ouvert du ruisseau G._____ (est) et de la replantation d'une végétation riveraine". Ce chiffre devra être complété par des mesures de rétablissement de l'état conforme à la loi concrètes et précises, à prononcer par la préfecture dans une décision complémentaire.

⁴³ ordonnance du 22 février 1995 fixant les émoluments de l'administration cantonale, OEmo, RSB 154.21

Pour le surplus, la décision du 25 juillet 2017 est confirmée.

2. Le dossier de la cause est renvoyé à l'autorité de première instance aux fins de la poursuite de la procédure de rétablissement de l'état conforme à la loi.
3. Les frais de procédure par 1'200 fr. sont mis à la charge du recourant. La facture lui sera notifiée dès l'entrée en force de la présente décision.

IV. Notification

- Monsieur A. _____, par courrier recommandé
- Préfecture du Jura bernois, par courrier recommandé
- Municipalité de Cortébert, par courrier A
- Office des ponts et chaussées, III^e arrondissement d'ingénieur en chef, pour information
- Office de l'agriculture et de la nature, Inspection de la pêche, pour information
- Office de l'agriculture et de la nature, Service de la promotion de la nature, pour information
- Office des affaires communales et de l'organisation du territoire, Unité francophone, pour information

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

Le directeur

Christoph Neuhaus
Président du Conseil-exécutif