

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

La présente décision a fait l'objet d'un recours au Tribunal administratif du canton de Berne, qui l'a rejeté (JTA 2016/176 du 7 août 2017).

OJ n° 190/2016/8

Berne, le 13 mai 2016

en la cause liée entre

Monsieur **A.** _____
requérant 1

Monsieur **B.** _____
requérant 2

Madame **C.** _____
requérante 3

Monsieur **D.** _____
requérant 4



_____ représentés par Me E. _____

et

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

Municipalité de Saint-Imier, Chancellerie, rue Agassiz 4, 2610 Saint-Imier

en ce qui concerne la décision de la Préfecture du Jura bernois du 28 octobre 2014 (PC n° 92/2012; constatation de la nullité, compétence)

I. Faits

1. Le 1^{er} novembre 2012, la préfecture avait octroyé un permis de construire pour la transformation et l'aménagement d'appartements et commerces dans l'immeuble sis à la rue F. _____ 18, sur la parcelle n° G. _____ du registre foncier de Saint-Imier.

L'immeuble figure au recensement architectural comme digne de conservation et il fait partie de l'ensemble bâti A. En cours de travaux, les requérants 1 et 2 avaient procédé à plusieurs modifications du plan initialement autorisé et avaient déposé le 10 juin 2013 une demande de modification du permis octroyé en 2012. Ils avaient terminé les travaux alors que la procédure d'octroi du permis complémentaire était pendante. Par décision du 28 octobre 2014, la préfecture avait accordé le permis de construire ainsi modifié, à l'exception de l'aménagement des lucarnes en toiture, plus grandes que celles autorisées dans le permis initial. Elle avait fixé un délai au 31 janvier 2015 pour "enlever toutes les lucarnes et reboucher les ouvertures correspondantes". Par acte de vente du 27 janvier 2015, les requérants 3 et 4 ont acquis des requérants 1 et 2 l'un des deux appartements (ouest) en propriété par étages situés dans les combles.

2. Le 27 décembre 2014, les requérants 1 et 2 avaient interjeté recours auprès de la Direction des travaux publics, des transports et de l'énergie (TTE) contre la décision du 28 octobre 2014. Ils avaient conclu à la restitution du délai de recours pour empêchement non fautif, à la recevabilité de leur recours et à l'annulation de la décision préfectorale. Par décision sur recours du 26 février 2015¹, la TTE avait rejeté la demande de restitution du délai et déclaré le recours irrecevable. Par jugement du juge unique du 19 août 2015², le Tribunal administratif du canton de Berne avait confirmé la décision de la TTE.

3. Par écriture du 4 avril 2016, les requérants 1 à 4 ont déposé auprès de la TTE une demande en constatation de la nullité de la décision de la préfecture du 28 octobre 2014. Ils concluent principalement à la constatation de la nullité de la décision dans son ensemble, subsidiairement à la constatation de la nullité de la décision dans la mesure où elle ordonne le rétablissement de l'état conforme à la loi, très subsidiairement à la révocation de la décision. Les requérants font valoir que la commune et non la préfecture était compétente pour connaître de la modification de projet, car celle-ci revenait à moins d'un million de francs. Ils estiment en outre que le prononcé du rétablissement de l'état conforme à la loi est une compétence exclusive de la commune. Ils ajoutent que les propriétaires n'ont pas été intégrés à la procédure de rétablissement. Ils relèvent l'existence d'une atteinte au

¹ <http://www.bve-entscheide.apps.be.ch/tribunapublikation/?locale=fr> n° de dossier "110/2014/155"

² <http://www.openjustitia.apps.be.ch/alfresco/extension/openjustitia/search/advanced/search.xhtml> n° de dossier 100 2015 100

droit de propriété. Finalement, ils reprochent à la préfecture d'avoir prononcé l'enlèvement des lucarnes et l'obturation des ouvertures correspondantes, alors que le permis de construire initial avait autorisé l'édification de lucarnes en toiture.

4. Par ordonnance du 8 avril 2016, l'Office juridique, qui conduit les procédures de recours pour le compte de la TTE³, a renoncé à procéder à un échange d'écriture, s'est procuré le dossier auprès de la préfecture et a constaté que la demande du 4 avril 2016, en tant que moyen de droit extraordinaire, n'a pas d'effet suspensif.

II. Considérants

1. Généralités

La nullité d'une décision peut être invoquée en tout temps. Cependant, la constatation de la nullité est tout à fait exceptionnelle. Par celle-ci, l'acte est censé avoir été inexistant dès son origine.⁴ La nullité ne sera toutefois admise que dans la mesure où l'irrégularité est particulièrement grave et facilement reconnaissable, et à condition que la sécurité du droit n'en soit pas sérieusement menacée.⁵ Une irrégularité est considérée comme facilement reconnaissable si elle saute aux yeux d'une personne normalement cultivée, mais sans formation juridique.⁶ L'annulabilité est la règle; les administrés ne peuvent s'en prendre qu'à eux-mêmes s'ils n'utilisent pas à temps les voies de droit à leur disposition. La solution extrême de la nullité ne se justifie plus dès lors, au regard de la sécurité du droit, que dans de rares situations.⁷

L'incompétence matérielle de l'autorité qui décide ne constitue un motif de nullité que si l'incompétence est manifeste. Il en va de même de la cassation sur la base de l'art. 40 al. 2

³ 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

⁴ Pierre Moor / Etienne Poltier, Droit administratif vol. II, 3^e éd., 2011, p. 364 s.

⁵ ATF 130 II 366, cons. 3.2; Thomas Merkli / Arthur Aeschlimann / Ruth Herzog, Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern, 1997, art. 49 n. 55 ss

⁶ Merkli/Aeschlimann/Herzog, art. 49 n. 55

⁷ Moor/Poltier II, p. 366

LPJA⁸, invoqué par les requérants, selon lequel les autorités de justice administrative ont la faculté d'annuler d'office une décision d'une autorité qui leur est inférieure ou d'une instance précédente lorsque ces dernières n'étaient manifestement pas compétentes. Tel est le cas par exemple si une autorité administrative ou de justice administrative statue sur une affaire purement civile ou pénale. La nullité est également avérée lorsqu'une commune statue seule, sans intégrer la décision de l'autorité cantonale, sur une dérogation hors de la zone à bâtir. Par contre, le caractère manifeste n'est pas réalisé si la matière sur laquelle porte la décision de l'autorité incompétente présente quelque analogie avec ses attributions. En particulier, si l'autorité d'octroi du permis délivre une autorisation de construire pour des installations d'infrastructure d'une ligne de trolleybus, alors que l'autorité d'approbation des plans selon la législation sur les chemins de fer aurait été compétente, le Tribunal administratif du canton de Berne a jugé que le permis de construire n'était pas sanctionné de nullité.⁹

L'irrégularité matérielle d'une décision, même si celle-ci est illégale, crée seulement un motif d'annulabilité, non de nullité. Les administrés doivent se sentir concernés par le contenu des décisions plus que par les questions de procédure, on peut donc attendre d'eux qu'ils réagissent en temps utile. La nullité pour raison matérielle n'est admise que dans des cas tout à fait exceptionnels et particulièrement graves: une décision serait impossible à exécuter en pratique, insensée ou immorale. La doctrine donne comme exemple la violation d'une interdiction absolue posée par la Constitution ou la loi: ordre de se marier; prononcé d'une sanction pénale non prévue par la loi; décision enjoignant de commettre une infraction.¹⁰

2. Compétence de la préfecture pour l'octroi du permis complémentaire

a) Si le maître de l'ouvrage souhaite modifier son projet alors que le permis est entré en force, un permis de construire complémentaire est nécessaire lorsque la modification en question est assujettie au régime du permis. Dans ce cas, la compétence de l'autorité d'octroi du permis complémentaire se détermine en fonction de cette seule modification

⁸ loi du 23 mai 1989 sur la procédure et la juridiction administratives, LPJA, RSB 155.21

⁹ Moor/Poltier II, p. 369 s.; Merkli/Aeschlimann/Herzog, art. 49 n. 57 ainsi que art. 40 n. 14 et jurisprudence citée

¹⁰ Moor/Poltier II, p. 376; Merkli/Aeschlimann/Herzog, art. 49 n. 60

(art. 43 al. 5 DPC¹¹, 1^e phr.). Il en résulte que l'autorité d'octroi du permis complémentaire peut ne pas être la même que celle qui a octroyé le permis initial¹².

La compétence d'octroyer le permis de construire passe de la petite commune au préfet ou à la préfète lorsque la réalisation d'un projet revient à plus d'un million de francs (art. 9 al. 2 DPC). Sur cette base, la préfecture était compétente pour l'octroi du permis initial. Selon la demande du 10 juin 2013, les coûts de la modification se montent à 700'000 fr. La commune aurait donc été compétente pour l'octroi du permis complémentaire, et non la préfecture.

b) Cette non compétence ne peut en aucun cas être constitutive de nullité. L'incompétence n'est pas manifeste. La préfecture et la commune sont toutes deux autorité d'octroi du permis de construire. La limite financière prescrite à l'art. 9 al. 2 DPC a pour but de décharger la petite commune en renvoyant les projets d'une certaine importance à la préfecture qui, en tant qu'instance centralisée, dispose de davantage de moyens que la petite commune. En l'occurrence, la non compétence de la préfecture n'était donnée que sur la base de cette disposition. A part cela, le projet ne nécessitait que peu de coordination au sens de l'art. 9 al. 1 DPC. Préfecture et commune appliquent les mêmes prescriptions. Il n'y a aucune raison de penser que le contenu du permis complémentaire ultérieur aurait été différent s'il avait été octroyé par la commune¹³. En effet, dans la précédente procédure devant la TTE (OJ n° 110/2014/155), la commune a adhéré à la position du Service des monuments historiques – qui n'était pas favorable à l'agrandissement des lucarnes – et a même réservé la possibilité de dénoncer le maître de l'ouvrage auprès du Ministère public. A cela s'ajoute que l'ampleur de la seule modification est elle-même assez considérable (démolition et reconstruction du toit en entier, ajout et agrandissement de fenêtres en façades et toiture, nouvelle terrasse en façade ouest, ajout de deux balcons en façade ouest, diverses transformations intérieures dont le déplacement de l'ascenseur). Il n'est pas d'emblée exclu que les coûts aient avoisiné 1 million, de sorte que l'incompétence, fondée exclusivement sur une limite financière forcément schématique, n'apparaît pas flagrante. Quoi qu'il en soit, sur la base du principe de la bonne foi, les requérants 1 et 2 devaient

¹¹ décret du 22 mars 1994 concernant la procédure d'octroi du permis de construire, DPC, RSB 725.1

¹² Aldo Zaugg / Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4^e éd., tome I, Berne 2013, art. 32-32d n. 14

¹³ Moor/Poltier II, p. 367

demander dès le début de la procédure d'octroi du permis complémentaire que le dossier soit traité par la commune et non par la préfecture, conformément à l'art. 9 al. 2 DPC.

Finalement, la constatation de la nullité conduirait à un résultat absurde et contre-productif pour les requérants: l'inexistence du permis complémentaire aurait pour effet la nullité de toutes les modifications du projet, celles concernant les lucarnes mais aussi les autres. Tout acte d'exécution, même antérieur à la déclaration de nullité, est en effet également nul¹⁴. La commune en tant qu'autorité de police de construction devrait alors entreprendre une procédure de rétablissement de l'état conforme sur tous les objets qui ne correspondent pas au permis octroyé le 1^{er} novembre 2012.

La demande en constatation de la nullité ou en cassation au sens de l'art. 40 al. 2 LPJA s'agissant du permis de construire complémentaire est rejetée. La conclusion principale des requérants est infondée.

3. Compétence de la préfecture pour prononcer des mesures de rétablissement

a) En règle générale, la commune exerce la police des constructions, et ce sous la surveillance de la préfecture (art. 45 LC). Mais, en cas de refus (complet ou partiel) d'un permis de construire ultérieur, l'autorité qui statue à ce sujet¹⁵ décide simultanément si et dans quelle mesure l'état conforme à la loi doit être rétabli (art. 46 al. 2 let. e LC). Autrement dit, si l'autorité qui refuse ou octroie partiellement le permis ultérieur est la préfecture selon les règles de compétence de l'art. 9 al. 1 et 2 DPC, c'est également elle qui fait office d'autorité de police des constructions.

En l'occurrence, les requérants 1 et 2 ont achevé tous les travaux alors que le permis complémentaire ne leur avait pas encore été délivré. Or même pendant les travaux de construction, le dépôt d'une demande de permis complémentaire ne dispensait pas les maîtres de l'ouvrage d'attendre l'obtention de l'autorisation complémentaire pour procéder aux modifications en question. A défaut, le projet est tenu pour exécuté en l'absence de permis au sens de l'art. 46 LC. Dès lors que les modifications étaient déjà réalisées au moment de

¹⁴ Moor/Poltier II, p. 365

¹⁵ 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".

l'octroi partiel du permis complémentaire, celui-ci constitue également un permis ultérieur¹⁶. A cet égard, puisque la préfecture s'était saisie de l'affaire, elle était donc également habilitée, sur la base de l'art. 46 al. 2 let. e LC, à statuer simultanément sur le rétablissement de l'état conforme à la loi quant aux objets pour lesquels elle refusait le permis. Là encore, il n'y a pas de motif de nullité: la non compétence de la préfecture pour prononcer des mesures de rétablissement ne peut pas être considérée comme manifeste, dès lors que la police des constructions fait également partie de ses attributions suivant les cas (cf. aussi art. 48 LC). En l'espèce, le prononcé simultané de mesures de rétablissement par la préfecture se justifiait d'autant plus pour des raisons d'économie de la procédure. A supposer que la préfecture ait renvoyé l'affaire à la commune aux fins de la conduite de la procédure de rétablissement, la commune n'aurait de toute façon pas pu impartir aux requérants 1 et 2 un délai pour le dépôt d'une demande de permis ultérieur, puisque cette demande était précisément objet de la décision de la préfecture.

Les requérants citent deux jurisprudences qui ne leur sont d'aucune utilité. Dans l'une¹⁷, l'organe concerné ne disposait d'aucune compétence décisionnelle faute d'une quelconque base légale. Dans l'autre¹⁸, l'autorité, un syndicat de communes, n'est jamais habilité à rendre des décisions de police des constructions.

Les requérants 1 et 2 n'ont pas soulevé le grief d'incompétence lors de la précédente procédure devant la TTE. Revenir à la charge après avoir succombé auprès du Tribunal administratif le 19 août 2015 constitue une violation du principe de la confiance. De plus, rien n'empêchait ces autorités d'appliquer déjà l'art. 40 al. 2 LPJA d'office si elles l'estimaient justifié. A supposer que le caractère manifeste de la non compétence ait pu se soustraire à l'attention de la TTE lors de la précédente procédure, il n'aurait ensuite pas échappé à la vigilance du juge unique du TA, qui aurait d'emblée pu casser d'office la décision préfectorale indépendamment de la recevabilité du recours interjeté devant lui en matière de restitution du délai.

La demande en constatation de la nullité ou en cassation au sens de l'art. 40 al. 2 LPJA s'agissant du prononcé de mesures de rétablissement de l'état conforme à la loi est également rejetée. La conclusion subsidiaire des requérants est infondée.

¹⁶ cf. aussi Zaugg/Ludwig, art. 32-32d n. 14a

¹⁷ JAB 2013 p. 536, consid. 2

¹⁸ JAB 2007 p. 136, consid. 2

b) Les requérants font valoir que la décision du 28 octobre 2014 n'a pas été notifiée aux propriétaires; ils sont d'avis que l'art. 46 al. 2 LC oblige l'autorité de police des constructions à s'adresser à ceux-ci.

Ce grief n'est aucunement constitutif de nullité. Les décisions de rétablissement de l'état conforme à la loi, tout comme les autorisations de construire, sont liées à la chose et non à une personne déterminée. Si le bien-fonds change de propriétaire après le prononcé de la décision de rétablissement, les obligations qui résultent de cette décision sont automatiquement imputables au nouveau propriétaire. Il n'est pas nécessaire que l'autorité rende une nouvelle décision de rétablissement.¹⁹ Autrement dit, la décision de la préfecture du 28 octobre 2014 est de toute façon opposable aux acquéreurs des parts d'immeuble. En propriété par étages, les parties qui déterminent la forme extérieure et l'aspect du bâtiment sont communes (art. 712b al. 2 ch. 2 CC²⁰), c'est le cas des lucarnes en toiture. Autrement dit, l'exécution par substitution incombe non seulement aux requérants 1 à 4, qui sont propriétaires des appartements sis sous les combles, mais touchera toute la communauté des propriétaires par étage. Le destinataire de la décision en la matière (cf. consid. 4b ci-dessous) doit donc être la communauté dans son ensemble. Dans ce cas, la jurisprudence suggère à l'autorité de police des constructions d'envoyer les actes juridiques à l'administration de la propriété par étages.²¹

Le propriétaire foncier et acquéreur qui subit des dommages du fait du maître de l'ouvrage et vendeur, notamment parce qu'il devrait rembourser les frais de l'exécution à la commune, pourra se retourner contre celui-ci au moyen d'une action récursoire à intenter devant le tribunal civil.²²

4. Lacunes matérielles

a) Les requérants font valoir l'existence d'une atteinte illégale au droit de propriété. Encore une fois, il ne saurait être question de nullité. Selon la jurisprudence du Tribunal fédé-

¹⁹ Zaugg/Ludwig, art. 46 n. 1

²⁰ code civil suisse du 10 décembre 1907, RS 210

²¹ Zaugg/Ludwig, art. 46 n. 12a

²² Zaugg/Ludwig, art. 46 n. 12; Matthias Spack, "Richtige Wahl des Adressaten und Wahrung des rechtlichen Gehörs im Wiederherstellungsverfahren", Bulletin GAC/KPG 2007/3 p. 69 ss

ral, les restrictions au droit de propriété ordonnées en vue de la protection des monuments historiques répondent en principe à l'intérêt public. Celui-ci prévaut, en règle générale, sur l'intérêt privé lié à une utilisation financière optimale du bâtiment.²³ La garantie de la propriété ne porte pas d'interdiction absolue.

b) Les requérants reprochent à la préfecture d'avoir prononcé l'enlèvement des lucarnes et l'obturation des ouvertures correspondantes, alors que le permis de construire initial avait autorisé l'édification de lucarnes en toiture, certes de dimensions inférieures à celles qui ont été exécutées.

Contrairement à ce que pensent les requérants, il n'y a pas de vice manifeste. L'autorité de police des constructions devra encore rendre une décision d'exécution constatant la carence des obligés²⁴, et par laquelle elle décide à quel moment et de quelle manière se déroulera l'exécution forcée (art. 116 al. 2 et art. 117 al. 2 LPJA). Le choix des mesures et leur quotité se fait en application du principe de la proportionnalité²⁵. Sur la base de ce principe, l'autorité d'exécution a une certaine liberté de choix, puisqu'elle doit, en fonction des circonstances, prendre la mesure la plus adéquate matériellement à rétablir l'ordre légal²⁶. L'autorité de police des constructions de Saint-Imier rendra également sa décision d'exécution en fonction des concepts qui précèdent (cf. aussi consid. 5 ci-dessous). Par contre elle ne devra plus entendre les parties quant au principe du rétablissement de l'état conforme à la loi; la décision d'exécution ne pourra pas non plus être attaquée à ce sujet.²⁷

Au vu de ce qui précède, une éventuelle lacune matérielle de la décision du 28 octobre 2014 n'a pas pour effet la nullité de celle-ci. La demande en constatation de la nullité est rejetée. La conclusion subsidiaire des requérants est également infondée à cet égard.

²³ ATF 126 I 219 consid. 2c; Zaugg / Ludwig, art. 10a-10f n. 3 et 6

²⁴ Benoît Bovay, Procédure administrative, 2015, p. 404

²⁵ Moor/Poltier II, p. 118

²⁶ Moor/Poltier II, p. 120

²⁷ Merkli/Aeschlimann/Herzog, art. 116 n. 7 et 9 s.

5. Révocation

A titre très subsidiaire, les requérants demandent la révocation de la décision du 28 octobre 2014 pour les mêmes motifs que ceux qu'ils ont fait valoir pour la constatation de la nullité. Selon l'art. 43 LC, l'autorité compétente pour la révocation est l'autorité qui a accordé le permis. La TTE n'est donc pas compétente pour entrer en matière sur cette demande. Celle-ci est irrecevable.

A toutes fins utiles, la TTE relève que l'autorité qui a pris la décision peut à certaines conditions²⁸ réviser la procédure en faveur du destinataire. Ce sont alors les dispositions de l'art. 56 al. 2 LPJA qui s'appliquent, et non celles de l'art. 43 LC.²⁹ Ce paraît être l'intention de la préfecture en ce qui concerne l'obturation (complète) des lucarnes. En effet, en réponse à une question posée par l'autorité de police des constructions de Saint-Imier quant aux lucarnes de dimensions inférieures sanctionnées par le permis du 1^{er} novembre 2012, la préfecture a considéré ce qui suit dans un courrier du 16 mars 2016³⁰:

"Les éléments autorisés dans le cadre du premier permis qui n'ont pas fait l'objet d'une modification dans le cadre de la seconde procédure peuvent être réalisés. Partant, les lucarnes autorisées dans le cadre de la première procédure peuvent être réalisées dans la mesure où elles ont fait l'objet d'une autorisation. En revanche, des lucarnes différentes ou de dimensions plus importantes devraient faire l'objet d'une nouvelle procédure d'octroi du permis de construire."

6. 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 OEmo en relation avec art. 4 al. 2 et 3 OEmo³¹).

²⁸ Merkli/Aeschlimann/Herzog, art. 56 n. 8 et 17 s.

²⁹ Zaugg/Ludwig, art. 46 n. 2

³⁰ dossier préfectoral p. 157

³¹ ordonnance du 22 février 1995 fixant les émoluments de l'administration cantonale, OEmo, RSB 154.21

Selon la pratique de la TTE, les frais de la procédure sont fixés à 800 fr. Selon l'art. 108 al. 1 LPJA, applicable par analogie³², 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. Les requérants, qui succombent, assument les frais de procédure. Leur responsabilité est solidaire (art. 106 LPJA).

b) Les requérants, qui succombent, n'ont pas droit à des dépens (art. 108 al. 3 LPJA par analogie).

III. Décision

1. La demande tendant à la constatation de la nullité ou à la cassation de tout ou partie de la décision de la préfecture du 28 octobre 2014 est rejetée.
La demande tendant à la révocation de la décision de la préfecture du 28 octobre 2014 est irrecevable.
2. Les frais de procédure sont fixés à 800 fr.
Les requérants répondent solidairement du montant total.
La facture leur sera notifiée dès l'entrée en force de la présente décision.
3. Il n'est pas alloué de dépens.

³² Merkli/Aeschlimann/Herzog, art. 40 n. 11

IV. Notification

- Maître E._____, par courrier recommandé
- Préfecture du Jura bernois, par courrier A
- Municipalité de Saint-Imier, Chancellerie, par courrier A

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

Barbara Egger-Jenzer
Conseillère d'Etat