



Raccourcir la durée des procédures

**Rapport du Conseil-exécutif concernant la motion Lanz
(intervention n° 083-2015) (Thoune, UDC)**

Rapport du Conseil-exécutif au Grand Conseil du 15 mai 2019

Date de la séance du CE: 15 mai 2019
N° d'affaire: 2015.JGK.2008
Direction: Direction de la justice, des affaires communales et
des affaires ecclésiastiques
Classification: -

Table des matières

1	Introduction	3
1.1	Contexte.....	3
1.2	Démarche suivie	3
1.3	Considérations générales sur l'accélération des procédures	3
2	Mesures d'accélération possibles	4
2.1	Délais applicables aux autorités appelées à rendre des décisions	5
2.1.1	Délais d'ordre	5
2.1.2	Délais de décision	6
2.1.3	Canton de Zurich.....	6
2.1.4	Confédération.....	6
2.1.5	Appréciation	7
2.2	Délais fixés par les autorités.....	8
2.2.1	Contexte.....	8
2.2.2	Raccourcissement des délais de dépôt	8
2.2.3	Octroi de prolongations de délai	8
2.2.4	Appréciation	8
2.3	Abandon de la gratuité des procédures d'opposition	9
2.3.1	Contexte.....	9
2.3.2	Procédures d'opposition s'apparentant à une voie de droit.....	9
2.3.3	Procédures d'opposition ne s'apparentant pas à une voie de droit	9
2.3.4	Appréciation	10
2.4	Droit de la construction : extension de la liste des constructions non soumises au régime du permis de construire	10
2.4.1	Contexte.....	10
2.4.2	Appréciation	11
2.5	Droit de la construction : participation de tiers en procédure de recours seulement.....	11
2.5.1	Contexte.....	11
2.5.2	Appréciation	11
2.6	Droit de l'aménagement du territoire : renonciation à une procédure de participation distincte	12
2.6.1	Contexte.....	12
2.6.2	Appréciation	12
2.7	Recours <i>omissio medio</i>	12
2.7.1	Recours <i>omissio medio</i> au sens strict	12
2.7.2	Recours <i>omissio medio</i> transmis par l'instance compétente.....	13
2.7.3	Appréciation	14
3	Bilan	14
4	Proposition au Grand Conseil	14

1 Introduction

1.1 Contexte

La motion Lanz (intervention n° 083-2015) a été déposée dans le but de raccourcir la durée moyenne des procédures (administratives, de justice administrative et judiciaires). Le mandat confié au Conseil-exécutif était le suivant :

1. consulter les milieux concernés (Direction de la magistrature, personnel de l'administration et de la Justice, avocat-e-s, associations du monde économique, etc.) et les inviter à faire des propositions concrètes fondées sur leur propre expérience ;
2. présenter ces propositions dans un rapport adressé au Grand Conseil ;
3. prendre immédiatement les mesures relevant de sa compétence ;
4. soumettre à l'approbation du Grand Conseil celles relevant de sa compétence.

1.2 Démarche suivie

La Direction de la justice, des affaires communales et des affaires ecclésiastiques (JCE) s'est vu confier la mise en œuvre de la motion. Dans une démarche pragmatique, conforme à l'esprit de la motion, et afin de donner à de nombreux milieux intéressés la possibilité d'exprimer leur avis, la JCE a décidé d'organiser la consultation demandée au point 1 de la motion sous forme d'enquête en ligne. Elle a chargé Ecoplan SA de son élaboration et de sa réalisation.

L'enquête avait pour but de dégager des solutions susceptibles de raccourcir la durée des procédures. Elle mettait donc l'accent, notamment, sur les facteurs qui, de l'avis des participants, ont un effet ralentisseur. L'idée était d'obtenir non pas des suggestions de portée générale, mais des propositions d'amélioration concrètes, se référant à des types et à des stades de procédure précis.

Ecoplan a réalisé l'enquête en août/septembre 2017, invitant au total 82 personnes, services et autorités à y participer et, dans certains cas, à transmettre à d'autres milieux intéressés le lien menant au questionnaire en ligne. Les réponses reçues provenaient presque toutes de collaborateurs et collaboratrices des pouvoirs publics (tribunaux, autorités, communes, etc.). Sur 101 formulaires entièrement remplis, seuls deux l'avaient été par des avocats/notaires et trois, par des associations économiques. La JCE a donc décidé qu'une seconde enquête aurait lieu en novembre 2017. Elle a invité directement cinq associations économiques et neuf études d'avocat ou d'avocate à y prendre part, dont elle a obtenu, respectivement, deux et huit réponses. Ainsi, le nombre de questionnaires intégralement remplis était de 111. Les solutions proposées ont été recensées et listées par Ecoplan, qui en a par ailleurs établi une synthèse (Ergebnisse der Befragung zur Verfahrensdauer [21.12.2017]).

Le Conseil-exécutif rend compte, dans le présent rapport, des solutions émanant de l'enquête en ligne qui sont les plus prometteuses et méritent un examen plus approfondi. Laissant de côté les critiques individuelles, il s'en tient aux problèmes et aux propositions qui ont été évoqués à plusieurs reprises. De plus, il se concentre sur le domaine du droit administratif car le développement de la motion et les débats parlementaires y relatifs ont montré que le reproche de lenteur s'adresse surtout aux procédures administratives et de justice administrative. A cela s'ajoute que le canton n'a aucune possibilité d'accélérer les procédures civiles ou pénales par des mesures législatives, dès lors que celles-ci relèvent de la Confédération.

1.3 Considérations générales sur l'accélération des procédures

Le principe de célérité découle du droit constitutionnel. La Constitution fédérale (Cst. ; RS 101) le prévoit expressément à l'article 29, alinéa 1, et la Constitution cantonale (ConstC ; RSB 101.1), à l'article 26, alinéa 2. La diligence et la rapidité dans la conduite des procédures

sont un devoir des autorités qui s'inscrit traditionnellement dans les garanties procédurales fondamentales de l'Etat de droit. Il existe toutefois une limite constitutionnelle au principe de célérité. Ainsi, personne ne doit être victime d'un procès « bâclé », raison pour laquelle l'administration doit accorder le droit d'être entendu avant de rendre une décision et les destinataires de celle-ci doivent disposer de suffisamment de temps pour en analyser les motifs et, le cas échéant, préparer soigneusement les arguments qu'ils entendent invoquer pour l'attaquer. Force est donc de relever que le déroulement d'une procédure en bonne et due forme, respectueuse des règles de l'Etat de droit, prend un certain temps et nuance le principe de célérité¹.

Il ressort de ce qui précède que les possibilités législatives d'accélérer les procédures sont restreintes. Elles existent toutefois, à condition que ces dernières soient dirigées par un nombre suffisant de personnes hautement spécialisées et dotées de grandes qualités humaines². A cela s'ajoute que la célérité est toujours en rapport avec le degré de garantie de l'application correcte du droit matériel que l'on veut atteindre. La réponse qui lui est apportée, loin d'être immuable, dépend de la conception de l'Etat de droit propre à chaque époque³.

La révision de plusieurs actes législatifs procéduraux dans le but d'introduire des mesures d'accélération, si elle est menée dans la précipitation, risque d'accroître le nombre de dispositions et de rendre la législation plus hétérogène et plus compliquée⁴. Dès lors, BENJAMIN SCHINDLER préconise une réforme coordonnée et plus globale des procédures administratives et de justice administrative dans les lois générales de procédure (dans le canton de Berne, une telle démarche concernerait la loi du 23 mai 1989 sur la procédure et la juridiction administratives [LPJA ; RSB 155.21]), plutôt qu'une série de rafistolages ponctuels⁵. L'auteur souligne que le débat sur l'accélération des procédures dans le droit administratif, s'il est exigeant aussi bien pour l'administration que pour les autorités judiciaires, offre également au législateur une chance précieuse qui est dans l'intérêt même de la discipline⁶. Cela dit, il convient de relever que la révision de lois et d'ordonnances n'est en soi guère susceptible d'accélérer les procédures si elle ne s'accompagne pas de changements dans la pratique. Pour qu'elle ne reste pas lettre morte, en d'autres termes, elle doit être étayée par des mesures relevant de la gestion administrative, ressources humaines comprises.

2 Mesures d'accélération possibles

Les mesures proposées en réponse à l'enquête, pour la plupart, ne sont pas nouvelles. Celles dont la mise en œuvre relève de l'administration sont d'ailleurs largement réalisées. Il en est ainsi de la priorisation des procédures en application de critères prédéfinis, ainsi que de la formulation de consignes sur l'approfondissement de l'examen des faits et sur le degré de détail de la motivation (« principe de Pareto »). Il appartient aux Directions et, s'agissant du traitement des procédures, plus précisément à leurs offices et services juridiques, de définir de telles consignes, de les appliquer, de les soumettre à un réexamen périodique et, au besoin, de les adapter.

¹ BENJAMIN SCHINDLER, Beschleunigungspotential im öffentlichen Verfahrensrecht, PJA 2012, p. 13 ss, 15.

² ROLF LÜTHI, Zur Bedeutung der Verfahrensleitung für die Beschleunigung von Bewilligungsverfahren, Erfahrungen aus der Praxis, ZBI 2013, p. 374 ss, 378.

³ ROLF LÜTHI, op. cit., p. 374.

⁴ Cf. BENJAMIN SCHINDLER, op. cit., p. 13.

⁵ Cf. BENJAMIN SCHINDLER, op. cit., p. 19.

⁶ BENJAMIN SCHINDLER, op. cit., p. 13.

L'insuffisance des ressources a également été déplorée à plusieurs reprises. Compte tenu de la situation financière et politique actuelle, un renforcement des effectifs est toutefois hors de question. Il s'agit au contraire de mettre en œuvre la déclaration de planification Brönimann exigeant une réduction des postes de l'administration de trois pour cent d'ici à 2021, qui concerne également les services traitant les procédures de recours internes à l'administration.

2.1 Délais applicables aux autorités appelées à rendre des décisions

Les délais d'ordre (ch. 2.1.1) et les délais de décision juridiquement contraignants (ch. 2.1.2) sont deux moyens de limiter la durée de traitement des demandes et celles des procédures débouchant sur le prononcé de décisions sur recours. On peut les envisager aussi bien pour les autorités administratives de première instance que pour les autorités de recours⁷.

2.1.1 Délais d'ordre

Les délais d'ordre sont fixés en fonction de la durée usuelle d'une procédure de complexité moyenne menée en bonne et due forme. Ils indiquent à l'autorité le laps de temps que peut prendre, de manière générale, une procédure donnée. Si un tel délai ne peut être respecté, l'autorité doit, motifs à l'appui, informer les parties du report de la décision. Aucune autre conséquence juridique ne s'en suit⁸. Les délais d'ordre peuvent donc être compris comme des valeurs cibles dont il est possible de s'écarter lorsque la situation concrète le justifie objectivement⁹.

Si les délais d'ordre ont valeur de directive pour les autorités, ils ne peuvent être invoqués par les parties, requérantes ou recourantes en particulier, pour exiger le prononcé d'une décision dans le temps prévu. En cas de non-respect récurrent toutefois, l'attention de l'autorité est attirée sur la nécessité de remédier à la situation, le cas échéant par des mesures touchant à l'organisation ou aux ressources humaines. Cet effet de signal peut alors contribuer à l'accélération des procédures.

Au niveau fédéral, de tels délais d'ordre sont prévus par exemple pour certaines procédures de planification ou de décision (cf. art. 62c de la loi du 21 mars 1997 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration [LOGA ; RS 172.010] ; art. 29, al. 4 de l'ordonnance du 13 décembre 1999 concernant la procédure d'approbation des plans de constructions militaires [ordonnance concernant l'approbation des plans de constructions militaires, OAPCM ; RS 510.51]). Il en existe également dans le droit formel des constructions de plusieurs cantons (cf. p. ex. § 319 de la loi du 7 septembre 1975 sur l'aménagement et les constructions [Planungs- und Baugesetz, PBG ; LS 700.1] du canton de Zurich ; § 81, al. 1 de la loi du 14 mai 1987 sur l'aménagement et les constructions [Planungs- und Baugesetz ; SRSZ 400.100] du canton de Schwyz), ainsi que dans diverses lois cantonales régissant la procédure et la juridiction administratives (cf. § 27c, al. 1 de la loi zurichoise du 24 mai 1959 en la matière [Verwaltungsrechtspflegegesetz, VRG ; LS 175.2])¹⁰. La législation bernoise prévoit elle aussi des délais d'ordre (cf. art. 17, al. 1 et 18, al. 3 et 4 du décret du 22 mars 1994 concernant la procédure d'octroi du permis de construire [DPC ; RSB 725.1] ; art. 2a de la loi du 9 juin 1985 sur les constructions [LC ; RSB 721.0] ; art. 2 de la loi de coordination du 21 mars 1994 [LCoord ; RSB 724.1]).

⁷ PETER HÖSLI, Möglichkeiten und Grenzen der Verfahrensbeschleunigung durch informell-kooperatives Verwaltungshandeln, Zürcher Studien zum öffentlichen Recht, vol. 153, 2002, p. 87.

⁸ PETER HÖSLI, op. cit., p. 88.

⁹ Projet du Grand Conseil du canton de Bâle-Campagne du 17 octobre 2000 au sujet de la « Beschleunigungsinitiative », repéré à <www.baselland.ch/politik-und-behorden/landrat-parlament/geschafte/geschäftsliste/2000-september-oktober-160-bis-212/2000-194/vorlage-an-den-landrat-4>, dernière consultation le 2 novembre 2018.

¹⁰ PETER HÖSLI, op. cit., p. 89.

2.1.2 Délais de décision

A l'instar des délais d'ordre, les délais de décision ont valeur de directive pour les autorités. La différence réside dans leur caractère contraignant, avec des conséquences juridiques à la clé¹¹. Leur dépassement entraîne en effet des sanctions. En d'autres termes, la loi impose à l'autorité un délai déterminé pour clore une procédure ou une étape de procédure. En cas de non-respect de celui-ci, la loi peut par exemple prévoir la fiction de l'approbation ou du consentement. La conséquence en est alors que l'autorité à laquelle il aurait appartenu de statuer transfère sa compétence décisionnelle à une autorité supérieure¹².

2.1.3 Canton de Zurich

Le canton de Zurich prévoit des délais de décision, par exemple au § 13, alinéa 2 de l'ordonnance du 3 décembre 1997 sur la procédure de construction (Bauverfahrensverordnung, BVV ; LS 700.6). Selon cette disposition, les projets de construction d'importance mineure qui ne touchent aucun intérêt légitime de tiers sont réputés approuvés si l'autorité compétente ne statue pas dans un délai de 30 jours.

Le champ d'application de cette disposition ne s'étend cependant pas à la procédure d'octroi du permis de construire ordinaire, mais se limite à la procédure sommaire, réservée aux projets d'importance mineure (cf. § 13, al. 2 en relation avec l'al. 1 BVV) qui, par rapport à la durée générale de toutes les procédures d'octroi du permis de construire, n'ont qu'un impact marginal. Passé le délai, en l'absence de décision, le permis est réputé octroyé. Force est toutefois de noter que la doctrine dominante n'est guère favorable à de telles réglementations. Selon elle, il n'est pas compatible avec l'article 22 de la loi fédérale du 22 juin 1979 sur l'aménagement du territoire (LAT ; RS 700) qu'un projet soumis au régime du permis de construire soit autorisé de par la simple inaction de l'autorité compétente. Les commentateurs plaident en faveur d'une restriction de la portée du § 13, alinéa 2 BVV aux petits projets qui ne requièrent aucune autorisation en vertu du droit fédéral. Dans le cas contraire, une décision en matière de construction devrait selon eux rester possible même après l'expiration du délai de 30 jours¹³.

2.1.4 Confédération

Le Conseil fédéral est d'avis qu'imposer un délai aux instances de recours et aux tribunaux n'est pas une mesure propre, à elle seule, à accélérer les procédures. En réponse à une motion de 2004 (MO Vischer ; 04.3278 « Délais de traitement pour les instances de recours et les tribunaux ») allant dans ce sens, il a relevé que l'instauration d'un tel délai n'a de sens que si, à titre de mesure d'accompagnement, on met à disposition les ressources humaines nécessaires. Par ailleurs, la fixation de délais uniformes, valables pour l'ensemble des domaines relevant de la juridiction administrative de la Confédération, est une mesure qui ne tiendrait pas suffisamment compte des spécificités propres à chaque domaine ni des circonstances liées au cas d'espèce. Le Conseil fédéral ajoute que, à défaut de personnel supplémentaire, les délais de traitement, surtout s'ils sont très brefs, ne seraient respectés que grâce à une priorité accordée aux procédures soumises à un délai, au détriment des autres. Ainsi, seule serait raccourcie la période séparant la conclusion de la procédure probatoire et la décision. En revanche, la durée totale moyenne de l'ensemble des procédures (procédure probatoire comprise) n'en serait pas écourtée. C'est surtout l'application sans nuance de la mesure à l'ensemble des procédures relevant de la juridiction administrative que le Conseil fédéral considère comme problématique. En effet, il serait d'emblée prévisible que dans nombre

¹¹ PETER HÖSLI, op. cit., p. 90.

¹² PETER HÖSLI, op. cit., p. 90, avec renvois.

¹³ CHRISTOPH FRITZSCHE/PETER BÖSCH/THOMAS WIPF, Zürcher Planungs- und Baurecht, Planungsrecht, Verfahren und Rechtsschutz, volume 1, 5^e édition 2011, p. 328.

d'affaires d'envergure et complexes, la consigne ne pourrait pas être respectée. Il ne faut pas perdre de vue que les autorités de recours de première instance sont tenues d'établir les faits d'office. Souvent, elles n'y parviennent qu'au moyen d'actes d'instruction qui prennent du temps (inspections des lieux, expertises en matière de bruit, expertises médicales, etc.). En raison notamment de la garantie du droit d'être entendu, l'établissement des faits dans les affaires complexes peut prendre plusieurs mois et la fixation d'une durée maximale serait illusoire. Le Conseil fédéral conclut que si les autorités juridictionnelles font, sans raison valable, attendre leurs décisions, il faut en déduire qu'elles ont un problème interne qui ne peut être résolu que par des mesures en matière de personnel¹⁴.

2.1.5 Appréciation

Dans certains cas, les délais de traitement sont certes susceptibles d'avoir un effet accélérateur, mais peuvent aussi induire une focalisation sur les procédures assorties d'un délai et, partant, la relégation des autres au second plan ainsi que le report de leur date de clôture¹⁵. Ils ne contribuent en rien à réduire le volume de travail ni, dès lors, la durée moyenne des procédures, et le législateur qui en prévoit se contente en fait de définir des priorités.

Une autorité dans l'incapacité de fixer des priorités en accordant la préséance aux procédures assorties d'un délai, du fait de leur nombre prépondérant par exemple, n'a souvent pas d'autre choix que de renforcer l'effectif du personnel afin de respecter les exigences légales. L'inspection des constructions de la ville de Berne s'est trouvée dans une telle situation et a dû créer un nouveau poste, faute de ne pas être en mesure de procéder dans les délais prescrits aux examens prévus aux articles 17 et 18 DPC.

Il s'agit toutefois de ne pas surévaluer l'effet de ressources supplémentaires en termes d'accélération des procédures : il n'est pas rare que les tâches administratives additionnelles liées au contrôle du respect des délais le réduise à néant. De même, la nécessité d'annoncer le retard et de le motiver implique un certain travail. Enfin, les délais de traitement se révèlent souvent trop rigides pour les procédures complexes exigeant des solutions novatrices¹⁶.

Le scepticisme par rapport aux délais juridiquement contraignants ne se limite pas à la question de l'efficacité. Il existe en effet un risque que, sous la pression du temps, l'autorité ne parvienne pas à mener les procédures en bonne et due forme, et se contente d'un examen superficiel et incomplet de la situation juridique et des faits. La qualité des décisions en pâtit, au détriment des tiers en particulier. Il se peut que certaines parties soient indûment privilégiées ou que des décisions contraires au droit soient rendues, ce qui porte atteinte non seulement à la confiance placée dans les décisions des autorités, mais aussi à la crédibilité de l'Etat de droit et de ses institutions. Sans compter que les décisions insuffisamment motivées ou matériellement infondées incitent au dépôt de recours, de sorte que, loin d'être accélérées, les procédures s'en trouvent en fin de compte prolongées. Le ralentissement est encore plus marqué lorsque l'instance de recours se voit contrainte de renvoyer l'affaire à l'instance précédente pour un nouvel examen des faits¹⁷. Compte tenu de telles réserves, les délais juridiquement contraignants ne devraient être envisagés que dans le cas de procédures à large échelle concernant des projets de portée mineure.

¹⁴ Avis du Conseil fédéral du 25 août 2004 au sujet de la motion n° 04.3278 (Délais de traitement pour les instances de recours et les tribunaux), repéré à <<https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefft?AffairId=20043278>>, dernière consultation le 2 novembre 2018.

¹⁵ PETER HÖSLI, op. cit., p. 91.

¹⁶ PETER HÖSLI, op. cit., p. 93.

¹⁷ PETER HÖSLI, op. cit., p. 91 s., avec renvois.

Le Conseil-exécutif considère que l'inscription généralisée, dans la LPJA, de délais d'ordre ou de décision serait inopportune. Selon lui, il ressort des expériences faites par d'autres cantons ou la Confédération que la liste des délais d'ores et déjà prévus par la législation spéciale ne devrait pas être allongée.

2.2 Délais fixés par les autorités

2.2.1 Contexte

Certains délais sont fixés par l'autorité dirigeant la procédure, en particulier lorsque, pendant l'instruction, une prise de position est demandée aux parties ou à l'instance précédente, ou un rapport technique est sollicité de la part d'un service spécialisé. La durée de l'instruction a un impact considérable sur celle de la procédure dans son ensemble, et il existe deux possibilités de l'influencer :

2.2.2 Raccourcissement des délais de dépôt

Les délais impartis pour la remise d'une prise de position ou d'un rapport peuvent être raccourcis, dès lors que leur détermination incombe souvent, en l'absence de prescriptions légales, à l'autorité dirigeant la procédure. Il existe toutefois des exceptions, comme le délai (légal) de réponse au recours dans la procédure d'octroi du permis de construire qui découle de l'article 40, alinéa 5 LC, pour lequel aucune prolongation ne saurait être accordée.

2.2.3 Octroi de prolongations de délai

L'octroi de prolongations de délai permet notamment de donner suffisamment de temps aux parties pour rédiger leurs recours et autres écrits dans les litiges de droit administratif dont la complexité va croissant. Il arrive souvent, en effet, que le délai initial soit trop bref. L'autorité qui dirige la procédure a toute latitude pour en accorder la prolongation et en fixer la durée.

La loi de coordination énonce une disposition spéciale relative aux prolongations de délai. En vertu de l'article 2 LCoord, l'autorité directrice peut exceptionnellement prolonger les délais sur demande motivée. Cette disposition ne vaut toutefois que pour les procédures, en nombre restreint, qui sont traitées en application de cette loi.

2.2.4 Appréciation

Dans la pratique, la marge de manœuvre des autorités est restreinte. En effet, le raccourcissement d'un délai et le refus d'une prolongation portent atteinte aux droits procéduraux des parties. Parmi ces droits, citons celui d'être entendu, prévu par les constitutions fédérale et cantonale (art. 29, al. 2 Cst. et art. 26 ConstC). Il convient donc d'accéder – à tout le moins jusqu'à un certain point – aux demandes de prolongation de délai émanant des parties, tant il est vrai qu'une pratique restrictive en la matière se heurterait rapidement à des limites¹⁸.

Le principe de l'égalité des armes exige lui aussi que toutes les parties disposent du même laps de temps pour préparer leurs écrits. Cela vaut en particulier pour les autorités spécialisées qui élaborent des rapports techniques et d'autres bases décisionnelles à l'intention de l'autorité appelée à statuer, apportant ainsi une contribution non négligeable à la constatation des faits.

Une certaine marge de manœuvre existe tout de même : elle concerne la longueur des délais impartis ou prolongés, ainsi que le nombre de prolongations consenties. Il est difficile de définir opportunément des règles contraignantes car la durée d'un délai dépend dans une large mesure des spécificités et de la complexité du cas d'espèce. Les critères déterminants peuvent être la charge de travail estimée pour la prise de position à produire, la motivation invoquée à l'appui de la demande ainsi que le nombre et la durée des prolongations accordées

¹⁸ Cf. ATF 4A_75/2011 du 26 mai 2011, c. 2.

jusque-là. On cherchera plutôt à répondre positivement, entre autres, lorsque la partie à la procédure qui formule la requête a un intérêt à la rapidité du traitement.

Il n'en reste pas moins qu'une extrême circonspection est de mise s'agissant des prolongations de délai accordées à l'instance précédente qui est appelée à prendre position. En effet, celle-ci dispose déjà d'une connaissance détaillée du dossier, d'une part, et devrait d'autre part être en mesure, grâce à sa réglementation des suppléances, de produire sa réponse dans le délai initial même en cas d'absence de la personne responsable du dossier.

En tout état de cause, force est de s'attendre à ce qu'une partie à qui un délai raccourci est imposé ou une prolongation, refusée, produise des écrits de mauvaise qualité. Or, des écrits clairement formulés et solidement motivés, en facilitant le travail de l'autorité décisionnelle, respectent à certains égards le principe de l'économie de la procédure. De surcroît, en procédure administrative ou de justice administrative, c'est la maxime inquisitoire qui s'applique, de sorte que l'autorité d'instruction a tout intérêt à ce que les parties ou les autorités spécialisées lui remettent des prises de position argumentées et fondées. Dans le cas contraire, elle doit prendre le temps d'investiguer elle-même, ce qui réduit à néant l'effet accélérateur de délais raccourcis.

Le Conseil-exécutif veille aujourd'hui déjà à ce que les autorités administratives instruisant les procédures fassent preuve de retenue, dans le respect des possibilités légales, lorsqu'elles accordent des prolongations de délai.

Il convient enfin de rappeler que la motion Mentha adoptée par le Grand Conseil, qui exige une suspension des délais à certaines périodes de l'année, va plutôt à l'encontre du principe de célérité.

2.3 Abandon de la gratuité des procédures d'opposition

2.3.1 Contexte

Certains participants à l'enquête ont proposé d'abandonner la gratuité générale de la procédure d'opposition actuellement prévue (art. 107, al. 2 LPJA).

2.3.2 Procédures d'opposition s'apparentant à une voie de droit

Une procédure d'opposition s'apparente à une voie de droit lorsque l'autorité qui a statué est tenue de la traiter comme telle et de rendre une nouvelle décision. Il en va ainsi, notamment, des moyens d'attaquer les décisions rendues en grand nombre, souvent au terme d'un traitement automatique, sans examen ni motivation approfondis. La décision de taxation en constitue un bon exemple. L'autorité saisie d'une opposition doit examiner les arguments des destinataires de sa décision et procéder à un examen plus poussé. Il est fréquent qu'elle n'invoque de motifs qu'au stade de sa décision sur opposition¹⁹.

2.3.3 Procédures d'opposition ne s'apparentant pas à une voie de droit

Une opposition n'a pas le caractère de voie de droit lorsqu'elle sert avant tout d'aide à la décision et, notamment, à l'exercice du droit d'être entendu. L'opposition en procédure d'octroi du permis de construire ou d'édiction des plans en fournit un exemple typique. L'abandon de sa gratuité avait déjà été discuté dans les années 1990, à l'occasion d'une révision de la loi sur les constructions, avant d'être en fin de compte rejeté au motif que l'opposition représentait une modalité formalisée d'octroi du droit d'être entendu et contribuait ainsi à la prise de décision.

¹⁹ BENJAMIN SCHINDLER, p. 16 s.

2.3.4 Appréciation

La gratuité de la procédure d'opposition s'apparentant à une voie de droit est opportune en raison du caractère rudimentaire de l'examen et de la motivation des décisions rendues en grand nombre. Elle se justifie également en ce qu'elle permet, comme indiqué plus haut, d'accorder *a posteriori* le droit d'être entendu et de motiver la décision. Percevoir des frais serait en inadéquation avec le faible niveau qualitatif de celle-ci. De plus, cela contredirait probablement le droit constitutionnel d'être entendu qui appartenait à l'opposant ou à l'opposante avant le prononcé de la décision (art. 29, al. 2 Cst.)²⁰.

S'agissant de la procédure d'opposition ne s'apparentant pas à une voie de droit, il convient de se référer au chiffre 2.3.3. Aucun argument nouveau n'est venu justifier une appréciation différente des avantages de la gratuité. D'une manière générale, il est donc préférable de continuer à ne pas percevoir de frais en procédure d'opposition, qu'elle équivaille ou non à une voie de droit.

La fin de la gratuité n'induirait d'ailleurs pas en soi une accélération des procédures. L'effet serait indirect, en ce sens que le risque financier pourrait diminuer le nombre d'oppositions, avec à la clé, d'une part, des décisions entrant plus rapidement en force et, d'autre part, une réduction du volume de travail des autorités appelées à statuer et des autorités de recours qui auraient ainsi davantage de ressources à disposition.

2.4 Droit de la construction : extension de la liste des constructions non soumises au régime du permis de construire

2.4.1 Contexte

Le permis de construire est le principal instrument de mise en œuvre du droit de la construction et de l'aménagement du territoire. Il s'agit d'une décision administrative par laquelle l'autorité compétente constate que le projet de construction examiné est conforme à ce droit et le cas échéant à d'autres prescriptions applicables²¹.

Une construction ou installation ne peut être érigée que sur la base d'une telle autorisation en vertu de l'article 22 LAT.

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, il faut entendre par « constructions et installations » au sens de l'article précité « tous les aménagements durables créés par la main de l'homme, qui sont fixés au sol et qui ont une incidence sur son affectation, soit qu'ils modifient sensiblement l'espace extérieur, soit qu'ils aient des effets sur l'équipement ou qu'ils soient susceptibles de porter atteinte à l'environnement. Les constructions mobilières fixées au sol pour une certaine durée sont aussi comprises dans cette définition »²². La liste des constructions pouvant être érigées librement est donc limitée. « Le droit fédéral définit les constructions et installations qui sont soumises au régime du permis de construire. L'article 22 LAT est cependant rédigé de manière relativement ouverte et laisse une assez grande marge de manœuvre aux réglementations cantonales, en particulier à l'intérieur de la zone à bâtir. A l'extérieur de cette zone, le droit fédéral trace une limite claire entre ce qui est soumis et ce qui ne l'est pas au régime du permis de construire par le biais de prescriptions détaillées rela-

²⁰ JAB 2002 p. 451 ss, c. 7b avec renvois ; ZAUGG/LUDWIG, Kommentar Baugesetz des Kantons Bern, vol. 1, 4^e édition, 2013, art. 38 et 39, n. 18, lettre e.

²¹ PETER LUDWIG/BEAT STALDER, Öffentliches Baurecht, in : Müller/Feller [éd.], Bernisches Verwaltungsrecht, 2^e édition, 2013, p. 477, n. 9 s.

²² ATF 119 Ib 222 c. 3a ; Office des affaires communales et de l'organisation du territoire, ISCB 7/725.1/1.1, Constructions et installations non soumises au régime du permis de construire au sens de l'article 1b LC, repéré à <<https://www.jgk.be.ch/jgk/fr/index/baubewilligungen/baubewilligungen/baubewilligungsverfahren.html>>, dernière consultation le 7 mai 2019.

tives à la conformité à l'affectation de la zone (art. 16 s. LAT) et de dérogations (art. 24 ss. LAT), ainsi qu'au travers de la pratique du Tribunal fédéral »²³.

Le canton a concrétisé l'article 22 LAT dans son droit de la construction et énuméré aux articles 1a et 1b LC ainsi que 5, 6 et 6a DPC les projets de construction non soumis à l'octroi d'un permis de construire.

L'article 6, alinéa 2 DPC contient en outre une clause générale excluant du régime du permis de construire les projets dont le degré d'importance est équivalent ou inférieur à celui des projets énumérés à l'article 6, alinéa 1 DPC. Cette clause ne peut toutefois être appliquée qu'avec retenue en raison du principe général de la nécessité d'un permis énoncé par la LAT et l'article 1a LC. En cas de doute, il convient de mener une procédure d'octroi du permis de construire²⁴. Du point de vue de la doctrine, il n'est d'ailleurs pas certain que la liste des articles 6 et 6a DPC soit tout à fait conforme au droit fédéral²⁵.

2.4.2 Appréciation

La réglementation actuelle exploite déjà pleinement la marge de manœuvre dont dispose le canton de Berne pour exclure des constructions du régime du permis. En d'autres termes, une accélération indirecte des procédures grâce à de nouvelles dérogations n'entre pas en ligne de compte.

2.5 Droit de la construction : participation de tiers en procédure de recours seulement

2.5.1 Contexte

La procédure d'octroi du permis de construire diffère d'un canton à l'autre. Il existe toutefois une constante, à savoir le dépôt public de la demande de permis (documentée) ainsi que le piquetage obligatoire sur l'emplacement prévu du chantier parallèlement à la publication dans l'organe officiel (feuille officielle). La plupart des cantons permettent aux tiers concernés par le projet de former opposition, conclusions et motifs à l'appui, pendant la durée de mise à l'enquête publique, soit avant le prononcé de la décision. Seules les personnes qui avaient formé opposition ont ensuite qualité pour recourir contre celle-ci.

La législation zurichoise contient une disposition particulière qui ne permet aux tiers de prendre part aux procédures relevant du droit de la construction qu'après l'octroi du permis de construire par l'autorité compétente qui, dès lors, n'a à connaître d'aucune opposition. Seuls peuvent former recours les tiers qui avaient demandé au préalable à se voir notifier, le moment venu, la décision relative au permis de construire dans une requête explicitant ou non leurs objections et leurs griefs. L'autorité d'octroi du permis de construire n'est pas tenue de traiter explicitement leurs arguments²⁶. Ceux-ci ne sont examinés qu'en procédure de recours de première instance.

2.5.2 Appréciation

L'absence de possibilité d'opposition est susceptible de simplifier et, en règle générale, d'accélérer la procédure d'octroi du permis de construire. Il n'en reste pas moins que diverses raisons plaident en faveur de l'opposition en procédure d'édiction des plans et d'octroi du permis de construire, y compris en termes de célérité. Ainsi, en procédure d'octroi du permis

²³ ISCB 7/725.1/1.1, p. 1.

²⁴ ISCB 7/725.1/1.1, p. 11.

²⁵ LUDWIG/STALDER, op. cit., p. 18.

²⁶ CHRISTIAN BERZ, Vom Umgang mit Baueinsprachen, MODULØR Magazin, 2013/5, p. 76 ss, 77.

de construire, elle constitue un moyen d'exposer d'emblée et en détail les objections que suscite le projet. La personne requérante sait dès le départ à quels contre-arguments elle doit s'attendre, peut les étudier, voire adapter son projet. De plus, la procédure d'opposition permet un établissement minutieux des faits dont elle facilite le relevé et l'examen, l'attention des autorités étant de surcroît attirée à un stade précoce sur les éventuels problèmes juridiques. Enfin, les pourparlers de conciliation qu'elle prévoit offrent aux parties l'occasion de parvenir à une solution consensuelle. Ainsi, loin de ralentir la procédure, l'opposition est, suivant les circonstances, de nature à l'accélérer.

L'abandon de la procédure d'opposition a surtout des avantages tant qu'aucun recours n'est formé. Dans le cas contraire, l'autorité saisie doit commencer par examiner les réserves et les griefs des recourants, ce qui représente une charge de travail considérable et un allongement de la procédure. Il est difficile de dissocier clairement les avantages et les inconvénients de l'une ou l'autre réglementation. Le Conseil-exécutif prend note de la proposition de supprimer l'opposition en procédure d'octroi du permis de construire, qui devra être examinée en détail à l'occasion d'une prochaine révision de la législation sur les constructions.

2.6 Droit de l'aménagement du territoire : renonciation à une procédure de participation distincte

2.6.1 Contexte

L'article 4 LAT prévoit que les autorités chargées de l'aménagement du territoire veillent à ce que la population puisse participer de manière adéquate à l'établissement des plans (al. 2). Les autorités ne sauraient se contenter, pour respecter cette exigence, de permettre au public de consulter les projets et d'enregistrer les propositions et objections formulées. Elles doivent également traiter ces éléments sur le fond, même s'il n'est pas nécessaire que leurs réponses soient rédigées individuellement²⁷. Le droit fédéral laisse aux cantons le soin de définir plus avant les modalités de participation de la population, et notamment le cercle des personnes à inclure²⁸.

Dans le canton de Berne, en vertu de l'article 58 LC, les autorités doivent veiller à ce que la population puisse participer suffisamment tôt et de manière adéquate à l'élaboration des plans d'aménagement (al. 1). La participation peut prendre différentes formes qui sont définies à l'alinéa 3. Elle permet à tout un chacun d'élever des objections ou de faire des propositions²⁹.

2.6.2 Appréciation

Il n'est pas possible de renoncer à la participation, qui est imposée par le droit fédéral. La procédure suivie par le canton de Berne a été judicieusement définie et ne va pas au-delà de ce qu'exige celui-ci. Elle présente l'avantage de permettre aux personnes concernées par un plan ou projet d'intervenir à un stade précoce pour faire valoir leurs objections, et d'obtenir le cas échéant que des adaptations soient apportées. Ainsi, le nombre des oppositions et recours peut s'en trouver diminué et la procédure d'approbation, raccourcie.

2.7 Recours *omissio medio*

2.7.1 Recours *omissio medio* au sens strict

En formant un recours *omissio medio*, les recourants attaquent une décision ou une décision sur recours devant l'instance de recours directement supérieure à celle qui serait normale-

²⁷ ATF 135 II 286 c. 4.1 avec renvois ; ATF 133 II 120 c. 3.2 ; ATF 1C_101/2007 du 26 février 2008, c. 3.1.

²⁸ ATF 133 II 120 c. 3.2 ; ATF 1C_101/2007 du 26 février 2008, c. 3.1 ; ATF 1C_176/2007 du 24 janvier 2008, c. 4.3 ; ZAUGG/LUDWIG, op. cit., art. 58 n. 6.

²⁹ BEAT STALDER, Raumplanungsrecht, in : Müller/Feller (éd.), Bernisches Verwaltungsrecht, 2^e édition, 2013, p. 410 n. 89.

ment compétente ; en procédure de justice administrative, l'instance saisie dans un tel cas est généralement le Tribunal administratif. La première instance de recours ne traite pas l'affaire.

Il existe deux formes de recours *omissio medio* au sens strict :

D'une part, le recours *omissio medio* est ouvert, selon la pratique du Tribunal administratif du canton de Berne, lorsqu'une autorité de recours qui ne statuerait pas définitivement a, dans un cas d'espèce, prescrit à l'autorité inférieure compétente pour rendre la décision de rendre ou non cette décision, ou lui a donné des instructions sur le contenu de celle-ci³⁰. Non inscrite dans la loi à ce jour, cette possibilité n'est admise qu'à des conditions très restrictives.

D'autre part, les recourants peuvent de leur propre chef, par analogie avec l'article 8 du code de procédure civile suisse du 19 décembre 2008 (CPC ; RS 272), sauter une étape et s'adresser directement à l'instance supérieure même si l'autorité de recours qui aurait été compétente pour rendre une décision à son tour susceptible de recours n'a pas donné d'instructions à l'instance précédente. S'ils décident de procéder de la sorte, les recourants n'ont besoin le cas échéant que du consentement des autres parties à la procédure (p. ex. de la partie intimée privée). Cette variante de recours *omissio medio* n'est pas prévue par la procédure de justice administrative bernoise.

2.7.2 Recours *omissio medio* transmis par l'instance compétente

Dans le cas du recours *omissio medio* transmis par l'instance compétente, les recourants saisissent cette fois l'instance compétente, mais celle-ci fait usage de la possibilité qui est la sienne de renoncer, au moyen d'une décision de procédure, à statuer sur le fond. A la place, elle transmet l'affaire à l'instance de recours qui lui est immédiatement supérieure, à savoir généralement, en procédure de justice administrative, au Tribunal administratif³¹.

Six cantons (dont l'Argovie, Saint-Gall, Soleure et Bâle-Campagne) ont légiféré pour se doter d'une telle possibilité, qui peut là aussi prendre deux formes différentes :

Dans un cas, la condition est, comme pour le recours *omissio medio* au sens strict admis par la pratique du Tribunal administratif, que l'instance supérieure ait préalablement donné des instructions contraignantes à l'instance inférieure. Deux cantons ont opté pour ce modèle.

Dans l'autre cas, la transmission n'est soumise à aucune condition, en ce sens qu'elle est possible même si l'instance supérieure n'a pas donné d'instructions à l'instance inférieure. Quatre cantons se sont dotés d'une réglementation allant dans ce sens, formulée de manière potestative. Le recours *omissio medio* a alors valeur d'instrument de conduite de l'administration, permettant à celle-ci d'obtenir dans les meilleurs délais une décision judiciaire sur des questions de principe litigieuses. La décision du tribunal cantonal, en créant un précédent, met plus rapidement fin à l'incertitude qui régnait dans l'application des prescriptions légales et renforce la sécurité du droit dans les processus administratifs³².

Tous les cantons qui se sont dotés de bases légales autorisant le recours *omissio medio* transmis par l'instance compétente, à l'exception de Schwyz, soumettent cette voie de droit au consentement des parties³³.

La LPJA ne prévoit pas le recours *omissio medio* transmis par l'instance compétente. Le Tribunal administratif l'a toutefois accepté contre la volonté des recourants dans une affaire très particulière concernant des motifs de récusation, mais à titre tout à fait exceptionnel. Il a invo-

³⁰ JAB 2014 p. 360 c. 1.2.1 et 1.2.4; 2013 p. 354 c. 2.2.

³¹ ULRICH KEUSEN/KATHRIN LANZ, Der Sprungrekurs im Kanton Bern, JAB 2005, p. 49 ss, 57 s.

³² ULRICH KEUSEN/KATHRIN LANZ, op. cit., p. 62.

³³ ULRICH KEUSEN/KATHRIN LANZ, op. cit., p. 61 s.

qué à cet égard le fait que l'intérêt à une décision rapide et impartiale primait en l'occurrence sur l'intérêt à un déroulement de la procédure suivant l'ordre régulier des instances³⁴.

2.7.3 Appréciation

L'adoption d'une réglementation prévoyant l'introduction du recours *omissio medio* au sens strict ou transmis par l'instance compétente, soumis à la seule condition du consentement de toutes les parties, est une mesure d'accélération des procédures envisageable. Force est de relever toutefois que même les cantons qui ont inscrit dans leur droit la possibilité du recours *omissio medio* transmis par l'instance compétente n'en font pas un usage fréquent³⁵.

Le désavantage du recours *omissio medio* réside dans un accroissement possible de la charge de travail de l'instance supérieure, et en particulier du Tribunal administratif. Non seulement le nombre de recours risquerait d'augmenter, mais les procédures prendraient plus de temps car il s'agirait de procéder aux travaux normalement accomplis par l'instance précédente (établissement des faits, raisonnement juridique). Pour les justiciables, le recours *omissio medio* équivaut à la perte d'une instance, et donc à une atteinte portée à la garantie de l'accès au juge, d'autant que l'instance supérieure n'a en règle générale qu'un pouvoir d'examen restreint. Ces inconvénients sont toutefois atténués par la nécessité du consentement de toutes les parties (exception faite de l'instance qui aurait été compétente et de l'instance précédente) dans chaque cas d'espèce.

Le Conseil-exécutif entend examiner attentivement la question du recours *omissio medio* et la possibilité de l'introduire dans le projet de révision de la LPJA en cours.

3 Bilan

L'enquête menée auprès des associations économiques, des autorités, du pouvoir judiciaire et d'autres milieux intéressés a débouché sur des ébauches de solution déjà connues, pour la plupart, comme étant susceptibles d'accélérer les procédures. Le Conseil-exécutif entend toutefois examiner deux propositions de manière détaillée : le modèle zurichois excluant la participation de tiers en procédure d'octroi du permis de construire, d'une part, et le recours *omissio medio*, d'autre part.

4 Proposition au Grand Conseil

Le Conseil-exécutif propose au Grand Conseil de prendre connaissance du présent rapport.

Annexe

- Texte de la motion

³⁴ JAB 2015 p. 213 ss.

³⁵ AUGUST MÄCHLER, Vertrag und Verwaltungsrechtspflege, Ausgewählte Fragen zum vertraglichen Handeln der Verwaltung und zum Einsatz des Vertrages in der Verwaltungsrechtspflege, 2005, p. 562 avec renvois.