

Jeudi (après-midi) 17 mars 2016

Interpellations de la Direction de la justice, des affaires communales et des affaires ecclésiastiques**76 2015.RRGR.931 Interpellation 244-2015 Hess (Berne, UDC)
Zaffaraya: constructions sauvages tolérées par le canton**

N° de l'intervention: 244-2015
Type d'intervention: Interpellation
Déposée le: 14.09.2015
Déposée par: Hess (Berne, UDC) (porte-parole)
Fuchs (Berne, UDC)
Cosignataires: 0
N° d'ACE: 210/2016 du 24 février 2016
Direction: JCE

Zaffaraya: constructions sauvages tolérées par le canton

Un petit lotissement de maisons individuelles à plusieurs étages a vu le jour ces dernières années dans une zone non constructible de la ville de Berne. Cet ensemble d'habitations se trouve juste à côté de la bretelle autoroutière de Neufeld et s'appelle Zaffaraya. La parcelle sur laquelle il se trouve n'a pas été classée zone d'habitation. Aucun permis de construire n'a été accordé, ni même demandé. Ces bâtiments à plusieurs étages ne sont pas des constructions mobilières, d'une part car ils ont été construits en dur et qu'on ne peut pas simplement les déplacer, d'autre part car ils sont là depuis plus de trois mois.

Le conseil communal de la ville de Berne a accordé un prêt pour le raccordement de cette parcelle. Ce faisant, il a permis sa construction. On peut également en conclure qu'il a connaissance de l'existence de ces constructions illégales. Une dénonciation à l'autorité de surveillance a été déposée à la préfecture de Berne-Mittelland. Il en est ressorti que ces constructions sont illégales. La préfecture n'a encore pris aucune mesure pour régulariser la situation.

Dans ces conditions, le Conseil-exécutif est prié de répondre aux questions suivantes :

1. Selon le Conseil-exécutif, les habitations de Zaffaraya ont-elles été construites légalement ?
2. Si tel n'est pas le cas, pourquoi le canton de Berne n'a-t-il rien entrepris pour régulariser la situation ?
3. Le canton peut-il tolérer un préfet qui reste inactif face à une infraction ?
4. Tous les maîtres d'ouvrage sont-ils traités sur un pied d'égalité dans le canton de Berne ? Dans l'affirmative, pourquoi le « lotissement » de Zaffaraya existe-t-il depuis plusieurs années sans aucune intervention du canton ? Comment faut-il s'y prendre pour avoir le droit de construire dans une zone non-constructible ? Si cela n'est pas possible, pourquoi les bâtiments de Zaffaraya sont-ils tolérés ?
5. Le canton de Berne a-t-il connaissance du caractère illégal du « lotissement » de Zaffaraya ? Si oui, depuis quand ?
6. Si la réponse à la question 5 est oui : pourquoi le canton de Berne n'a-t-il encore rien fait pour remédier à cet état d'illégalité ?
7. Que fait le Conseil-exécutif pour régulariser la situation ? S'il ne fait rien, qui est chargé de régulariser la situation ?
8. Quand la situation sera-t-elle régularisée ?

Réponse du Conseil-exécutif

Question 1

Le lotissement Zaffaraya situé sur le terrain proche de la bretelle autoroutière de Neufeld, à Berne, n'a pas été construit légalement.

Question 2

Il n'est pas possible de répondre à cette question sans revenir sur le long historique qui a débouché sur la construction du lotissement Zaffaraya à côté de la bretelle autoroutière de Neufeld. La création de la communauté de Zaffaraya remonte à la scène alternative bernoise qui s'est constituée suite à la fermeture, en 1982, du centre autonome de jeunes « Zaff ». A partir de l'été 1985, des cabanes ont été construites dans la zone dite du « Gaswerkareal », que la police a évacuée à l'automne 1987. Cette intervention policière a suscité un débat houleux dans la société civile et donné lieu à des actions de protestation. La question de Zaffaraya a alors pris une telle ampleur politique que les autorités ont dû agir avec prudence et doigté. La ville de Berne était confrontée au problème qui consistait à trouver un site d'accueil d'urgence pour la communauté en question. Après plusieurs solutions provisoires, la communauté de Zaffaraya s'est vu proposer par le conseil municipal de la ville de Berne, en 1989, un terrain situé non loin de la parcelle actuelle, près de la bretelle autoroutière de Neufeld, pour une durée de trois à six mois au plus, à titre de solution d'urgence. Au terme de ce délai, des négociations ont été menées entre la ville de Berne et le canton, alors propriétaire du terrain, qui ont débouché sur la volonté de continuer à tolérer l'installation illégale.

A la fin de 2007, le lotissement Zaffaraya a été déplacé à l'intérieur du périmètre de la route nationale en raison de la construction du tunnel de Neufeld. Au 1^{er} janvier 2008, la propriété des immeubles des routes nationales a été transférée des cantons à la Confédération (Office fédéral des routes [OFROU]) qui, depuis lors, tolère le lotissement sur son immeuble Berne, feuillet du registre foncier n° 2/2428. Le 25 juin 2013, l'OFROU et le maire de la ville de Berne ont signé une convention au sujet de l'utilisation de cette parcelle. Les points réglementés sont en substance les suivants: « L'OFROU permet à la ville de Berne de disposer gratuitement de l'immeuble n°2/2428 pour qu'il soit utilisé par l'association Zaffaraya. L'OFROU donne en particulier à la ville de Berne le droit de construire ou de faire construire sur la parcelle, de prendre les mesures de droit de l'aménagement nécessaires à cet égard et de soumettre des demandes de permis de construire. Les détails de l'utilisation sont réglementés dans une convention conclue entre la ville de Berne et l'association Zaffaraya. » (trad.). Par ailleurs, l'OFROU a habilité la ville de Berne à mener une procédure d'aménagement pour l'immeuble Berne, feuillet du registre foncier n° 2/2428 en vue de légaliser l'affectation à l'habitat. Cette convention a été conclue pour une durée indéterminée. Elle peut être résiliée une première fois au terme de cinq ans à compter de la date de la signature. Le délai de résiliation est de deux ans. Le conseil municipal de la ville de Berne a approuvé cette convention par arrêté du 13 novembre 2013.

Les dispositions en matière de police des constructions prévues par les articles 45 à 49 LC¹ et l'exigence du permis de construire ont pour but l'application du droit matériel et la garantie de l'ordre public dans le domaine des constructions au moyen de mesures de contrainte administrative. L'autorité communale compétente exerce la police des constructions sous la surveillance du préfet². Si une autorité communale manque à ses obligations en matière de police des constructions et que des intérêts publics s'en trouvent menacés, il incombe au préfet ou à la préfète d'ordonner à sa place les mesures nécessaires (art. 48 LC). Dans la version d'origine de l'article 48 LC, il était prévu qu'en cas d'omission de la préfecture, il revenait à la Direction cantonale compétente d'agir. Lors de la révision partielle du 25 novembre 2004 de cette loi, cette haute surveillance en matière de police des constructions a été considérée comme superflue puisque les préfectures sont de toute façon soumises à la surveillance générale du Conseil-exécutif (art. 6b LPr³). On peut lire dans le rapport du Conseil-exécutif au

¹ Loi du 9 juin 1985 sur les constructions; RSB 721.0.

² Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4e édition, volume I, Berne 2013, n. 1 s. ad art. 45 à 52.

³ Loi du 28 mars 2006 sur les préfets et les préfètes (LPr; RSB 152.321)

sujet de ce projet de révision⁴ qu'il était expressément prévu de concentrer la surveillance de la police des constructions auprès d'une seule autorité, en l'occurrence la préfecture.

L'autorité de police des constructions compétente doit introduire d'office une procédure de rétablissement de l'état conforme à la loi (*procédure de rétablissement de l'état antérieur*) dès qu'elle a connaissance de faits majeurs violant la législation sur les constructions. Elle doit par conséquent donner suite à une dénonciation qui attire son attention sur de telles situations. Elle examine la présence d'un état non-conforme à la loi et décide s'il y a lieu de faire rétablir l'état antérieur. Si elle néglige ce devoir, il appartient alors à l'autorité de surveillance d'intervenir⁵. Comme nous l'exposons ci-après, le Conseil-exécutif n'a pas de raison d'agir, du point de vue du droit de la surveillance, contre le préfet ou contre la ville de Berne.

Le 2 avril 2008, Monsieur Erich Hess a déposé auprès de l'inspection des constructions de la ville de Berne une dénonciation en matière de police des constructions contre les bâtiments illégaux de la communauté Zaffaraya construits sur le terrain situé à côté de la bretelle autoroutière de Neufeld. Le conseil municipal de la ville de Berne n'a pas donné suite à cette dénonciation et a rejeté l'idée d'engager une procédure de rétablissement de l'état antérieur. Il a motivé cette décision en expliquant que depuis 18 ans, le lotissement de Zaffaraya était toléré à des conditions strictes relatives aux incidences sur l'environnement et sur le voisinage. Il a précisé que la suppression du lotissement contreviendrait par conséquent au principe de la proportionnalité. Le conseil municipal a ajouté qu'il ne voyait aucun intérêt public justifiant le rétablissement de l'état antérieur. Deux ans plus tard, le groupe SVPplus du conseil de ville bernois (Jimmy Hofer, UDC) a présenté la motion « Zaffaraya legalisieren ». Par arrêté du 25 août 2010, le conseil communal a proposé au conseil de ville de rejeter cette motion. Il s'est cependant déclaré disposé à s'occuper de la question et à faire en sorte que le lotissement Zaffaraya, toléré à l'intérieur de l'aire de circulation de la sortie autoroutière de Neufeld, fasse l'objet d'une procédure d'aménagement visant à la création d'une zone d'affectation, et à organiser une votation populaire à ce sujet. En 2010 également, Monsieur Thomas Fuchs, au nom de la fédération des contribuables du canton de Berne et de l'association BernAktiv, a déposé une dénonciation à l'autorité de surveillance auprès du préfet de l'arrondissement administratif de Berne - Mittelland, en demandant la destruction des bâtiments illégaux de l'immeuble Berne, feuillet du registre foncier n° 2/2428. Le préfet a examiné cette dénonciation en bonne et due forme. Tout comme la ville de Berne, il est parvenu à la conclusion que le rétablissement de l'état conforme à la loi contreviendrait au principe constitutionnel de la proportionnalité. Par lettre du 25 janvier 2011, le préfet a invité la ville de Berne à intensifier les démarches en vue d'une légalisation du lotissement Zaffaraya à Neufeld.

Cinq ans après le jour où l'état non conforme à la loi a été connu, le rétablissement de l'état conforme ne peut plus être exigé que si des intérêts publics impérieux le commandent (art. 46, al. 3 LC). Le rétablissement de l'état conforme apparaît impérieux lorsque des situations insupportables pour le public apparaissent, telles qu'une atteinte importante à l'environnement, au site ou au paysage ou la mise en danger de la vie, de la santé ou de la sécurité de personnes⁶.

De l'avis du Conseil-exécutif, la ville de Berne et le préfet ont estimé, avec raison, qu'il n'existait aucun intérêt public impérieux justifiant que l'on évacue du périmètre de la route nationale de Neufeld le lotissement Zaffaraya qui est désormais toléré depuis 26 ans. Il estime lui aussi qu'un rétablissement de l'état conforme au droit s'opposerait aux principes constitutionnels de la proportionnalité et de la protection de la bonne foi (règles de la bonne foi).

Question 3

Le préfet de l'arrondissement administratif de Berne - Mittelland est entré en fonction le 1^{er} janvier 2010. A cette date, la communauté Zaffaraya était installée depuis 20 ans déjà sur le périmètre de l'autoroute à Neufeld. En 2010, aucun intérêt public impérieux n'exigeait

⁴ Annexe 46 au Journal du Grand Conseil, session de novembre 2004

⁵ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, op. cit., n. 2 ad art. 46 LC

⁶ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, op. cit., n. 11 ad art. 46 LC

l'évacuation du lotissement. Le fait que ce dernier ait déjà dû être déplacé à l'intérieur même du périmètre de la route nationale ne change rien à cela. On ne saurait dès lors reprocher au préfet une négligence de ses devoirs en matière de police des constructions. Il a invité la ville de Berne à intensifier ses démarches en vue de légaliser un état contraire au droit en lançant une procédure d'aménagement.

Question 4

Le principe de l'égalité de droit s'applique bien entendu aussi lorsqu'il s'agit d'appliquer la législation sur les constructions. Des faits semblables doivent en principe entraîner les mêmes conséquences juridiques. Mais il n'existe aucun droit à l'égalité de traitement dans l'illégalité. Le fait que le lotissement illégal de Zaffaraya soit toléré depuis des années n'autorise nullement d'autres personnes à enfreindre à leur tour les prescriptions en matière de droit des constructions.

Selon le règlement sur l'affectation des zones de la ville de Berne, l'immeuble Berne-feuillet du registre foncier n° 2/2428 est une aire de circulation et se situe à l'intérieur d'un alignement fédéral au sens de l'article 22 LRN⁷. Le site sur lequel le lotissement a été construit est par conséquent une zone d'interdiction de construire. L'OFROU, en sa qualité de propriétaire de la parcelle, approuve expressément une affectation de ce terrain à l'habitat alternatif qui y est pratiqué.

Il n'est pas possible de fournir une réponse générale à la question relative aux conditions auxquelles d'autres maîtres d'ouvrage peuvent construire dans une zone où la construction est interdite. C'est en premier lieu l'OFROU qui est compétent pour autoriser des constructions à l'intérieur des alignements des routes nationales. Pour pouvoir ériger des bâtiments et des installations qui ne servent pas à l'entretien ou à l'exploitation des routes nationales (tels que des bâtiments destinés à une forme d'habitat alternatif), la commune concernée doit engager une procédure d'aménagement.

Question 5

La communauté de Zaffaraya s'est établie sur le périmètre de la route nationale à Neufeld en 1989, sur un terrain alors propriété du canton. Ce dernier était conscient que le lotissement était illégal s'il n'était pas destiné à ne subsister que durant une brève période.

Question 6

La politique municipale vise à favoriser des formes d'habitat alternatif (voir la réponse à la question 2). Pour la ville de Berne, il importait et il importe encore de légaliser le lotissement de Zaffaraya à Neufeld. Les efforts consentis par la municipalité ont débouché en 1996 sur un projet d'aménagement pour deux zones d'habitat alternatif (Neufeld et Felsenau), qui a toutefois été refusé en votation. Suite au déplacement, fin 2007, du lotissement Zaffaraya à l'intérieur du périmètre de la route nationale à Neufeld, le maire a écrit au conseiller fédéral Moritz Leuenberger, qui était alors chef du DETEC, en lui demandant de l'aider à trouver une solution permettant de légaliser le lotissement. Des négociations se sont alors déroulées entre la ville de Berne et l'OFROU, auquel l'ARE⁸ s'est partiellement associé. Elles ont débouché sur la convention conclue le 25 juin 2013 entre la ville de Berne et l'OFROU. Ce dernier continue à tolérer le lotissement qui est toujours illégal, sur son immeuble Berne, feuillet du registre foncier n° 2/2428. La ville de Berne, de son côté, s'engage à mener une procédure d'aménagement en vue de légaliser l'habitat pratiqué sur cette parcelle.

En mai 2010, le conseil municipal de la ville de Berne a relancé le projet de création d'une zone destinée à l'habitat alternatif. Le 22 septembre 2013, les citoyens de la ville ont adopté en votation le plan de zone de Riedbach (zone destinée aux expérimentations en matière d'habitat), avant que l'Office des affaires communales et de l'organisation du territoire (OACOT) ne l'approuve au printemps 2014. Un recours a été formé auprès de la Direction de la justice, des affaires communales et des affaires ecclésiastiques contre la décision d'approbation de l'OACOT. Actuellement, la procédure de recours est suspendue car le Tribunal administratif doit

⁷ Loi fédérale du 8 mars 1960 sur les routes nationales (LRN; RS 725.11).

⁸ Office fédéral du développement territorial

rendre un jugement dans une autre procédure traitant des mêmes questions juridiques. Le conseil municipal de la ville de Berne a décidé, le 17 septembre 2014, d'attendre que cette procédure de recours soit close avant d'entamer de nouvelles démarches en vue de légaliser le lotissement de Zaffaraya.

La question de Zaffaraya est d'une grande importance politique pour la ville de Berne. Dans de tels cas, l'autonomie communale garantie par la Constitution oblige les autorités cantonales chargées de la surveillance à procéder avec prudence et retenue. Ainsi, par exemple, les préfets et les préfètes qui exercent la surveillance cantonale sur les communes doivent intervenir uniquement lorsqu'il existe un soupçon que l'administration régulière de la commune soit troublée ou *sérieusement* compromise par des actes illicites des organes communaux ou d'une autre manière et que la commune ne réagit pas elle-même (art. 88 LCo⁹).

Pour les raisons exposées ci-dessus, le Conseil-exécutif a toujours respecté les efforts entrepris avec sérieux par la ville de Berne pour légaliser le lotissement construit de manière illégale à Neufeld. Tout comme la ville de Berne et le préfet, il ne voit lui non plus aucun intérêt public impérieux justifiant l'évacuation de ce quartier. Le public ne subit aucune situation insupportable, telle qu'une atteinte grave à l'environnement, au site ou au paysage. On ne saurait non plus considérer qu'il existe une importante mise en danger de la vie, de la santé ou de la sécurité de personnes. L'OFROU lui-même considère que la circulation routière n'est pas mise en péril et met expressément sa parcelle à la disposition de la ville de Berne pour qu'elle soit utilisée par l'association Zaffaraya.

Le Conseil-exécutif comprend par ailleurs que la ville de Berne veuille attendre l'issue de la procédure de recours concernant le plan de zone de Riedbach avant d'ouvrir une procédure d'aménagement analogue conduisant à un changement d'affectation à Neufeld. Si une telle réaffectation visant à légaliser le lotissement de Zaffaraya devait échouer, il s'agirait de décider de la suite de la procédure.

Question 7

Comme l'indiquent les réponses aux questions 2 et 6, une procédure de rétablissement de l'état antérieur se heurterait à de nombreux obstacles (art. 46, al. 3 LCo et principes constitutionnels de la proportionnalité et de la protection de la bonne foi). Le Conseil-exécutif voit dans l'ouverture d'une procédure d'aménagement pour une réaffectation à Neufeld une possibilité de légaliser le lotissement Zaffaraya dont la construction a été effectuée illégalement. Il va suivre la suite de la procédure menée par la ville de Berne.

La ville de Berne et le préfet ne prévoient pas de lancer une procédure de rétablissement de l'état conforme à la loi selon l'article 46 LC. Le Conseil-exécutif estime qu'il n'y a pas lieu d'appliquer une telle procédure.

Question 8

La ville de Berne prévoit d'attendre l'issue de la procédure de recours menée contre le plan de zone de Riedbach pour ouvrir une procédure d'aménagement devant conduire au changement d'affectation de la zone concernée à Neufeld (et donc à la légalisation du lotissement Zaffaraya).

⁹ Loi du 16 mars 1998 sur les communes (LCo; RSB 170.11)