



Rapport

Date de la séance du CE: 2 février 2022
Direction: Direction de l'intérieur et de la justice
N° d'affaire: 2015.JGK.3854
Classification: Non classifié

Loi sur la procédure et la juridiction administratives (LPJA) Modification

Table des matières

1.	Synthèse	2
2.	Contexte	2
2.1	Motion Kropf	2
2.2	Postulat Saxer	2
2.3	Classement d'interventions parlementaires	3
2.4	Modification indirecte d'autres lois	3
3.	Caractéristiques de la nouvelle réglementation	3
3.1	Modifications apportées à la LPJA	3
3.2	Modification indirecte d'autres lois	3
4.	Commentaire des articles	4
4.1	LPJA	4
4.2	Modifications indirectes	11
4.2.1	Annexe 1 à la loi du 10 mars 2020 sur les fichiers centralisés de données personnelles (LFDP)	11
4.2.2	Article 10, alinéas 2a et 3 LiCCS	11
4.2.3	Titre, article 11a, alinéa 5, article 16a, article 17a, alinéa 1, article 17b, article 23, alinéa 2, article 24a, alinéa 1, article 25, alinéa 1, article 26, alinéa 1, article 27, alinéas 1, 4 et 5 et article 28, alinéa 3 LIMu	12
4.2.4	Article 21a LiCPM	16
4.2.5	Articles 41a et 41b LC	16
5.	Place du projet dans le programme gouvernemental de législature (programme législatif) et dans d'autres planifications importantes	20
6.	Répercussions financières, répercussions sur le personnel et l'organisation	20
7.	Répercussions sur les communes	20
8.	Répercussions sur l'économie	20
9.	Résultat de la procédure de consultation	21
9.1	Synthèse	21
9.2	Suspension des délais	21
9.3	Modifications de la LC	22
9.3.1	Garantie par la partie recourante des dépens de la partie adverse (motion Kropf [313-2015])	22
9.3.2	Propositions additionnelles de modification de la LC	22
9.4	Autres aspects de la révision	22
9.5	Propositions additionnelles de modification de la LPJA ainsi que d'autres lois et décrets	23

1. Synthèse

La présente révision partielle de la loi du 23 mai 1989 sur la procédure et la juridiction administratives (LPJA)¹ met en œuvre deux interventions parlementaires. Celles-ci exigent la garantie par la partie recourante des coûts de la partie adverse (motion Kropf [313-2015]) ainsi que le traitement rapide des actions dilatoires (postulat Saxer [132-2017])². De surcroît, différentes modifications sont apportées à la LPJA et, indirectement, à d'autres lois, comme l'introduction d'une disposition selon laquelle, dans les procédures de recours faisant suite à une procédure administrative ouverte d'office, une avance de frais peut être exigée des recourants et recourantes étrangers.

2. Contexte

2.1 Motion Kropf

La motion Kropf (313-2015) intitulée «Meilleure protection contre les actions dilatoires» a été adoptée lors de la session de novembre 2016. Elle prévoit une garantie des coûts de la partie adverse par la partie recourante. Bien qu'elle n'implique qu'une révision de la loi du 9 juin 1985 sur les constructions (LC)³, il semble indiqué de la mettre en œuvre dans le cadre du présent projet législatif dès lors qu'elle porte également sur des dispositions procédurales.

2.2 Postulat Saxer

Le postulat Saxer (132-2017) «Traitement rapide des actions dilatoires» chargeait le Conseil-exécutif et la Direction de la magistrature de déterminer s'il était possible d'inviter les autorités de justice administrative et les services juridiques qui relèvent de leur compétence à traiter rapidement et avec rigueur les procédures d'opposition et de recours susceptibles de présenter un caractère dilatoire. Dans sa réponse du 29 novembre 2017, le Conseil-exécutif a proposé l'adoption et le classement simultané de l'intervention au motif, notamment, qu'un nouvel instrument entravant les actions dilatoires allait être introduit dans la LPJA lors de la révision demandée par la motion Kropf (313-2015). Le Grand Conseil a adopté le postulat le 21 mars 2018, sans toutefois le classer comme le proposait le Conseil-exécutif⁴.

La mise en œuvre de la motion Kropf précitée par une modification indirecte de la LC dans la LPJA contribue à la réalisation du postulat Saxer, dès lors que le risque d'avoir à fournir des sûretés en garantie des dépens de la partie adverse aura d'emblée un effet dissuasif sur de nombreuses parties qui, sans cela, seraient tentées de déposer une requête dilatoire ou de faire un usage abusif des voies de droit ouvertes dans le domaine de la construction. Il arrivera également que des recourants ou recourantes ayant déjà attaqué une décision dans le but d'en retarder l'exécution se rétractent une fois contraints par le Tribunal administratif de verser des sûretés.

¹ RSB 155.21

² La motion Lanz (083-2015) «Raccourcir la durée des procédures», que le Grand Conseil a adoptée lors d'un vote point par point au cours de la session de novembre 2015, est également en relation avec la LPJA. Elle entend en effet diminuer la durée moyenne de l'ensemble des procédures (administratives, de justice administrative et judiciaires). Dans son rapport du 15 mai 2019 à l'intention du Grand Conseil, le Conseil-exécutif avait rendu compte de diverses propositions de mise en œuvre de la motion qu'il considérait comme les plus prometteuses et méritant un examen plus approfondi, et fait part de son intention d'explorer en particulier les possibilités offertes par le recours *omissio medio* lors de la révision de la LPJA. Il est en fin de compte parvenu à la conclusion qu'il convenait d'abandonner l'idée d'introduire une telle voie de droit dans la LPJA.

³ RSB 721.0

⁴ Affaire 2017.RRGR.365

Il convient par ailleurs de relever que, d'une manière générale, les Directions et les offices ou services juridiques dirigeant les procédures (dans tous les domaines) appliquent aujourd'hui déjà le principe selon lequel les oppositions et recours dilatoires ou manifestement infondés doivent être liquidés dans les meilleurs délais. Il existe divers instruments faisant obstacle aux actions dilatoires et permettant de les traiter en procédure accélérée. Ainsi, la LPJA contient déjà certaines dispositions visant à empêcher les requête dilatoires ou téméraires et prévoyant un traitement spécial des écrits de ce type. Une autorité peut par exemple, en se fondant sur l'article 45 LPJA, déclarer irrecevable un écrit de nature chicanière ou tendant à une mise en œuvre abusive de la procédure. L'article 46 LPJA permet quant à lui le prononcé d'une amende en cas de procès téméraire.

2.3 Classement d'interventions parlementaires

La présente révision partielle de la LPJA et la modification de la LC permettent le classement des interventions parlementaires mentionnées aux chiffres 2.1 à 2.2.

2.4 Modification indirecte d'autres lois

La révision partielle de la LPJA offre l'occasion de modifier indirectement la législation spéciale dans la mesure où elle concerne le droit procédural. Les changements découlent en particulier de la jurisprudence des tribunaux suprêmes ou sont destinés à résoudre des problèmes pratiques survenant lors de la mise en œuvre des dispositions légales.

3. Caractéristiques de la nouvelle réglementation

3.1 Modifications apportées à la LPJA

Les modifications apportées à la LPJA sont, pour l'essentiel, les suivantes:

- Introduction d'une réglementation visant à contenir les écrits prolixes d'avocats et avocates.
- Mention expresse de l'existence d'un motif de révision également lorsque c'est l'autorité qui a connaissance subséquentement de faits importants ou trouve des preuves concluantes.
- Possibilité accordée aux communes de se voir en règle générale rembourser leurs dépens.
- Introduction d'une disposition selon laquelle, dans les procédures de recours faisant suite à une procédure administrative ouverte d'office, une avance de frais peut être exigée des recourants et recourantes étrangers.
- Réglementation applicable aux frais en procédure de recours lorsque l'autorité et les instances précédentes succombent sans que des frais de procédure ne soient mis à leur charge: ceux-ci sont alors supportés par la personne privée dans la mesure où elle succombe également.
- Renonciation à la communication du moment de l'exécution forcée de décisions et de décisions sur recours lorsqu'une telle information risquerait de compliquer les opérations.

3.2 Modification indirecte d'autres lois

Les modifications apportées indirectement à d'autres lois sont les suivantes:

- Inscription, dans la loi du 28 mai 1911 sur l'introduction du Code civil suisse (LiCCS)⁵, d'une disposition rendant la LPJA applicable aux procédures devant la Cour suprême lorsque les instances précédentes sont des autorités administratives ou de justice administrative.

⁵ RSB 211.1

- Adaptation du titre de la loi du 18 mars 1992 concernant les impôts sur les mutations (LIMu)⁶ et nouvelle réglementation des voies de droit, des délais en cas de sursis et d'exonération ainsi que du traitement des données provenant de fichiers centralisés de données personnelles.
- Octroi de la compétence d'édicter des prescriptions sur l'organisation de projets pilotes au Conseil-exécutif dans la loi du 11 juin 2009 portant introduction du code de procédure civile, du code de procédure pénale et de la loi sur la procédure pénale applicable aux mineurs (LiCPM)⁷.
- Introduction, dans la LC, de dispositions permettant d'obliger la partie recourante en procédure de recours devant le Tribunal administratif à fournir des sûretés pour les dépens sur requête de la partie adverse lorsque celle-ci rend plausible qu'elle a subi un dommage en raison de la saisine du Tribunal administratif (mise en œuvre de la motion Kropf [313-2015] et du postulat Saxer [132-2017]).

4. Commentaire des articles

4.1 LPJA

Articles 9, alinéa 2, 34, alinéa 1, 62, alinéa 1, lettre b, 63, 88 et 115 LPJA

Le mot «préfet» est féminisé dans l'ensemble de la LPJA. La modification concerne les articles 34, alinéa 1, 62, alinéa 1, lettre b, 63, 88 et 115.

Article 33, alinéa 1 LPJA

L'alinéa 1, qui contient une énumération de qualificatifs, est complété par celui de «prolix». Selon la teneur actuelle de la disposition, l'autorité renvoie les écrits peu clairs, incomplets, qui contreviennent aux bonnes mœurs ou qui sont inconvenants, ceux qui ne sont pas rédigés dans une des deux langues officielles ou qui le sont dans une langue officielle incorrecte pour qu'ils soient corrigés ou traduits⁸. La nouvelle disposition se fonde sur l'article 132, alinéa 2 du code de procédure civile suisse du 19 décembre 2008 (CPC)⁹ qui prévoit la rectification des actes prolixes¹⁰. L'article 42, alinéa 6 de la loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF)¹¹ a un contenu semblable, dont la teneur allemande est légèrement plus stricte que celle qui est proposée ici.

On qualifie de «prolixes» les écrits d'une longueur inhabituelle et disproportionnée qui sont rédigés de manière si confuse qu'il est difficile d'en cerner le contenu¹². Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral relative à l'article 132, alinéa 2 CPC, le caractère prolix d'un écrit (ou, en d'autres termes, l'intention manifestée par son auteur d'entraver la procédure) est apprécié à l'aune de la longueur de la décision attaquée, des écrits précédents et de ceux de la partie adverse, ainsi que des digressions par rapport à l'objet traité. Ainsi, on considérera comme prolix un écrit contenant de longues explications et des répétitions au sujet de certains faits ou questions juridiques qui ne sont pas nécessaires à la défense des prétentions invoquées ou qui sont sans rapport avec le thème de la procédure. L'envoi, par une partie, de nombreuses annexes sans lien reconnaissable avec l'objet litigieux relève lui aussi d'une stratégie dilatoire. En effet, même dans les questions complexes, l'auteur d'un écrit se doit de s'en tenir à l'essentiel et de produire un exposé compréhensible et donc clairement structuré. L'appréciation du caractère prolix d'un écrit doit également tenir compte des circonstances particulières en présence¹³.

⁶ RSB 215.326.2

⁷ RSB 271.1

⁸ S'agissant de la pratique, cf. p. ex. JAB 2018, p. 487.

⁹ RS 272

¹⁰ La loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA; RS 172.021) ne mentionne pas la prolixité. Cependant, l'article 52, alinéa 2 PA traite du renvoi pour correction des écrits considérés comme n'ayant pas la clarté nécessaire en raison de leur caractère incompréhensible, ambigu ou contradictoire (cf. SEETHALER/PORTMANN, in Waldmann/Weissenberger [éd.], Praxiskommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz, 2^e éd. 2016, n. 100 ad art. 52).

¹¹ RS 173.110

¹² «Prolixe»: qui est trop long, qui a tendance à délayer dans ses écrits ou ses discours; bavard, diffus, verbeux technophile (© 2020 Dictionnaires Le Robert - Le Petit Robert de la langue française). Sur l'ensemble de la question, cf. MICHEL DAUM, in Herzog/Daum (éd.), Kommentar zum bernischen VRPG, 2^e édition 2020, note 5 ad article 33.

¹³ ATF 9C_440/2017 du 19 juillet 2017, c. 5.2, avec renvois.

L'autorité qui renvoie un écrit afin qu'il soit corrigé en application de l'article 33, alinéa 1 LPJA impartit à cette fin un bref délai supplémentaire en précisant que si l'écrit n'est pas produit à nouveau dans ce délai, il sera tenu pour retiré (art. 33, al. 2 LPJA). Lorsqu'un écrit doit être déposé dans un délai déterminé, les conclusions et les motifs doivent être indiqués dans ce délai (art. 33, al. 3 LPJA). L'alinéa 3 ne s'applique toutefois pas lorsque le motif du renvoi est la prolixité: l'octroi d'un délai supplémentaires n'est pas exclu dans ce cas, de sorte que l'écrit corrigé ne doit pas forcément être retourné avant l'expiration du délai de recours¹⁴.

Le titre de l'article 33 est par ailleurs complété: à l'instar de l'alinéa 1, il précise désormais que le renvoi peut viser non seulement la correction, mais aussi la *traduction* de l'écrit.

Article 56, alinéa 1, lettre b LPJA

Selon la phrase introductive de l'alinéa 1, la révision d'une procédure passée en force a lieu *d'office ou sur demande*. Jusqu'ici, seul le cas où la «partie» a connaissance subséquemment de faits importants ou trouve des preuves concluantes était mentionné comme motif de révision; cette disposition a cependant toujours été interprétée en ce sens que, contrairement à la teneur de la lettre *b*, l'autorité qui avait omis par le passé, pour des motifs excusables, de considérer un fait ou d'invoquer un moyen de preuve peut revenir sur cette omission et réviser la procédure d'office¹⁵. Elle peut y être amenée par exemple si une partie avait donné de fausses indications. Permettre la remise en question d'une décision qui avait été rendue sur des bases incorrectes est en effet une propriété intrinsèque de la révision. Dans un souci de clarté, la lettre *b* mentionne désormais expressément en tant que motif de révision la connaissance subséquente de faits importants ou la découverte de preuves concluantes par l'autorité.

Article 62, alinéa 1, lettre b LPJA

Ne concerne que le texte allemand.

Article 64 LPJA

Lettre a

L'article 64, lettre *a* LPJA mentionne désormais expressément le Tribunal administratif de façon à souligner sa compétence fondée sur la clause générale. Jusqu'ici, la lettre *a* parlait d'«autorité cantonale de justice indépendante de l'administration» (cf. art. 85 s. LPJA): il s'agit d'un terme générique englobant, outre le Tribunal administratif (art. 74 ss LPJA), la Cour suprême, la Commission des recours en matière fiscale¹⁶, la Commission de recours contre les mesures administratives prononcées en vertu de la loi sur la circulation routière (CRMLCR)¹⁷, la Commission d'estimation en matière d'expropriation¹⁸ et la Commission des améliorations foncières¹⁹.

Lettre c

Jusqu'ici, la lettre *c* excluait la compétence du Conseil-exécutif lorsque la Direction ou encore le préfet ou la préfète statuait en qualité de dernière instance cantonale. Or, en pratique, il n'existe plus de décisions préfectorales de dernière instance²⁰. Il n'y a pas non plus lieu de les réintroduire. En effet, les décisions telles que prévues à la lettre *c* constituent une rupture considérable dans le système ordinaire des

¹⁴ MICHEL DAUM, in Herzog/Daum (éd.), note 19 ad article 33.

¹⁵ MARKUS MÜLLER, in Herzog/Daum (éd.), note 16 ad article 56.

¹⁶ Articles 195 ss de la loi du 21 mai 2000 sur les impôts (LI; RSB 661.11).

¹⁷ Articles 3 s. de la loi cantonale du 27 mars 2006 sur la circulation routière (LCCR; RSB 761.11).

¹⁸ Articles 45 ss de la loi du 3 octobre 1965 sur l'expropriation (RSB 711.0).

¹⁹ Loi du 16 juin 1997 sur la procédure des améliorations foncières et forestières (LPAF; RSB 913.1).

²⁰ Jusqu'à la révision de l'article 137, alinéa 1 LC au 1^{er} janvier 2009, le préfet ou la préfète statuait définitivement, par voie de décision, en cas de litige concernant l'existence ou l'étendue du droit d'utiliser une propriété privée, défini à l'article 136 (restrictions d'importance secondaire), ainsi que la manière dont il était fait usage de ce droit. En l'absence de réglementation contraire, sa décision peut aujourd'hui être attaquée devant le Tribunal administratif.

voies de droit selon la LPJA et n'entrent en considération que pour des affaires dont le caractère politique est prépondérant. Selon la conception actuelle, une telle attribution de compétence aux préfectures serait, de manière générale, inadmissible. Elle serait en particulier problématique dès lors que ces entités, étant décentralisées, ne sont pas en mesure de garantir une application suffisamment uniforme du droit²¹. La mention du préfet est donc biffée de l'article 64, lettre c LPJA.

Article 104 LPJA

Alinéa 1

Il existait jusqu'ici une divergence entre les teneurs française et allemande de la première phrase de l'alinéa 1. Alors que le texte allemand ne parlait que d'une «berufsmässige Parteivertretung», la version française était plus précise: «représentation d'une partie *par un avocat ou une avocate* agissant à titre professionnel». Le rétablissement de l'équivalence au moyen d'une adaptation du texte allemand impliquerait d'écrire «berufsmässige *anwaltliche* Parteivertretung»²², ce qui aurait toutefois une conséquence indésirable. Selon la doctrine et la jurisprudence en effet, l'article 104, alinéa 1 LPJA a été conçu – comme cela ressort à la fois de la genèse de la disposition et du texte français – pour les avocats et les avocates mandatés par contrat et pratiquant le barreau (exercice d'une profession libérale). Pour agir à ce titre, les conditions sont de figurer dans le registre cantonal des avocats ou de bénéficier d'une admission au sens du droit de la libre circulation et, de surcroît, d'exercer son activité professionnelle en toute indépendance, en son nom personnel et sous sa propre responsabilité. Les dépens sont également calculés en application de la législation sur les avocats (art. 104, al. 1, 2^e phrase LPJA). Or, dans la pratique, et en dérogation à la teneur univoque du texte français, les notaires inscrits au registre sont mis sur un pied d'égalité avec les avocats et les avocates agissant à titre professionnel dans les cas où ils sont exceptionnellement habilités à représenter des parties (art. 26, al. 2 LIMu)²³. Il n'en résulte pas d'incompatibilité avec le texte allemand puisque la représentation a lieu dans l'exercice de la profession. Dès lors que l'intention n'est pas d'exclure les notaires de la réglementation applicable aux dépens énoncée à l'article 104, alinéa 1 lorsqu'ils sont autorisés à représenter des parties, le texte français est adapté au texte allemand («représentation d'une partie à titre professionnel»). Il n'en résulte aucune extension du droit au remboursement des dépens par rapport à la pratique actuelle. En d'autres termes, seules les personnes qui représentent en justice selon les règles applicables au barreau et de manière indépendante tombent sous le coup de l'article 104, alinéa 1. Selon la pratique suivie jusqu'ici, les notaires en font partie, à l'instar des avocats et des avocates. Outre le cas précité de l'article 26, alinéa 2 LIMu, qui a trait au domaine de l'impôt sur les mutations, les notaires sont autorisés à représenter en justice s'agissant de l'inscription des actes authentiques reçus par leurs soins et qui doivent être inscrits dans les registres publics, litiges ayant trait aux émoluments compris (art. 21, al. 4 de la loi du 22 novembre 2005 sur le notariat [LN]²⁴)²⁵. Dans ces domaines, ils continueront de bénéficier de la réglementation relative aux dépens de l'article 104, alinéa 1 LPJA. S'agissant de la représentation qui ne suit pas les règles du barreau – par exemple dans les procédures fiscales –, la *législation spéciale* peut prévoir une indemnisation²⁶.

Alinéa 4

La teneur de l'alinéa 4 en vigueur jusqu'ici permettait d'allouer exceptionnellement des dépens en procédure de recours aux communes et à leurs établissements ainsi qu'aux collectivités qui leur sont assimilées, de même qu'aux personnes privées agissant dans l'accomplissement de tâches de droit public qui leur ont été confiées, y compris dans les cas où de telles entités avaient elles-mêmes statué ou édicté

²¹ RUTH HERZOG, in Herzog/Daum (éd.), op. cit., note 9 ad article 63 et note 11 ad article 64.

²² Cf. RUTH HERZOG, in Herzog/Daum (éd.), op. cit., note 3 ad article 104.

²³ RUTH HERZOG, in Herzog/Daum (éd.), op. cit., note 3 ad article 104, JAB 2020 p. 476 c. 4.3.

²⁴ RSB 169.11

²⁵ MICHEL DAUM, in Herzog/Daum (éd.), op. cit., note 24 ad article 15.

²⁶ RUTH HERZOG, in Herzog/Daum (éd.), op. cit., note 3 ad article 104.

des normes de droit ou étaient concernées d'une autre manière dans l'exercice de leurs attributions officielles²⁷. Cette réglementation introduite en 2008 représentait un allègement par rapport à l'exclusion absolue du remboursement des dépens qui prévalait par le passé²⁸. Le législateur était parti du principe, en édictant l'alinéa 4, que les collectivités et autorités concernées par la disposition étaient tout à fait en mesure de défendre leur point de vue dans une procédure de recours ultérieure s'agissant des tâches publiques qui leur incombent ou leur sont déléguées. Il entendait cependant tenir compte des cas dans lesquels il serait inéquitable qu'une collectivité ou une autorité ne puisse pas prétendre au remboursement intégral, ou du moins partiel, des charges occasionnées par l'indispensable recours à un avocat ou à une avocate. Il songeait en particulier à des *affaires ou cas particulièrement complexes*, lorsqu'une partie agissant à titre privé qui a succombé attaque une décision rendue pour des motifs déloyaux. Les recours dilatoires ou téméraires, formés par des personnes procédurières, ne justifiaient toutefois pas à eux seuls un remboursement des dépens selon cette pratique, d'autant moins que le traitement de tels recours ne comporte pas forcément de difficultés particulières, pas plus qu'il n'implique dans tous les cas une charge de travail élevée. Il n'en reste pas moins que, selon la doctrine, faire appel à un défenseur ou à une défenseuse aux frais de la personne qui, par son attitude procédurière, rend cette démarche nécessaire se justifie notamment pour de petites communes dotées d'une structure administrative très simple et qui atteignent rapidement les limites de leurs capacités.

Cette réglementation introduite en 2008 a toutefois régulièrement essuyé les critiques des communes. Ces dernières contestent le postulat à la base de l'article 104, alinéa 4 LPJA, selon lequel elles-mêmes disposeraient de structures leur permettant de défendre pleinement leurs intérêts en procédure de recours. De leur point de vue, un tel postulat n'est plus pertinent, notamment pour les petites et moyennes collectivités confrontées à des procédures de recours complexes dans le domaine de l'aménagement local. Elles s'insurgent contre la nécessité dans laquelle elles se trouvent de supporter les coûts d'une assistance juridique alors que des opposants tels que les associations de protection de la nature peuvent souvent faire appel à leurs propres juristes. Les communes ajoutent que les démarches procédurières engendrent souvent une lourde charge de travail car il est plus long d'y répondre que de traiter les écrits structurés émanant des avocats et des avocates. Enfin, elles estiment choquant que les personnes agissant de manière chicanière n'aient pas à craindre de devoir payer les dépens de la collectivité dans le cas où elles succombent. D'une manière générale, les critiques sont aussi étayées par le constat selon lequel, pour les communes, la réglementation de l'imputation des frais de procédure diffère de celle qui a trait aux dépens.

Il est tenu compte de ces critiques et l'adjudication restrictive de dépens aux communes et aux autres autorités au sens de l'article 2, alinéa 1, lettres *b* et *c* LPJA est encore un peu plus assouplie qu'elle ne l'avait été lors de la révision de 2008. Les autorités en question – en pratique, essentiellement des communes – ont désormais «en règle générale» *droit* au remboursement de leurs dépens. Elles n'obtiennent toutefois pas de droit absolu, comme celui dont bénéficient les personnes privées, au remboursement des débours qu'occasionne leur représentation par un avocat ou une avocate. Si elles peuvent en principe se prévaloir d'un tel *droit*, celui-ci est limité par diverses *exceptions*. Dans les *cas simples*, pour lesquels même des communes dotée d'une structure minimale doivent être en mesure de défendre leurs intérêts dans une procédure de recours sans faire appel à un avocat ou à une avocate, leurs dépens ne sont pas remboursés si elles optent tout de même pour une représentation de ce type. Les écrits procéduriers ne justifient pas non plus un remboursement des dépens de manière systématique, mais seulement lorsqu'ils occasionnent une charge de travail que la commune ne peut assumer seule, sans un soutien professionnel. Dès lors que les communes ont le droit de régler leurs rapports juridiques de manière unilatérale et contraignante, il est possible d'exiger d'elles qu'elles défendent leurs intérêts sans assistance judiciaire, à tout le moins dans les cas de routine simples²⁹. Contrairement à ce qui prévalait

²⁷ A ce propos et sur ce qui suit, cf. RUTH HERZOG, in Herzog/Daum (éd.), op. cit., notes 37 ss ad article 104.

²⁸ Cette réglementation, qui existait déjà pour l'ancien recours en matière communale, avait été reprise lors d'une précédente révision de la LPJA (rapport présenté par le Conseil-exécutif au Grand Conseil concernant la modification de la LPJA, in Journal du Grand Conseil 2008, session d'avril, annexe 11, p. 18/19).

²⁹ A propos de l'ancienne pratique: rapport présenté par le Conseil-exécutif au Grand Conseil concernant la modification de la LPJA, op. cit., p. 18/19.

jusqu'ici, l'adjudication de dépens n'est cependant plus réservée aux affaires particulièrement complexes. Il suffit au contraire qu'une procédure de recours soulève des questions requérant certains examens sous l'angle juridique, ou alors que la réunion des documents juridiques à produire soit exigeante. L'appréciation du droit au remboursement des dépens doit toujours avoir lieu compte tenu de la taille de la commune et des ressources humaines (juristes notamment) dont elle dispose. La nouvelle réglementation plus généreuse ne modifie par ailleurs en rien la pratique selon laquelle les communes ont droit au remboursement de leurs dépens lorsqu'elles ne défendent pas en premier lieu des intérêts de puissance publique en procédure de recours, mais sont au contraire concernées au même titre que des *personnes privées* en qualité notamment de propriétaires foncières ou de maîtresses d'ouvrage, et cela indépendamment de la question de savoir si la défense de leurs intérêts est spécialement exigeante ou occasionne un travail considérable³⁰.

Comme indiqué lors de la modification de l'article 104, alinéa 4 LPJA en 2008, il incombera à la pratique de concrétiser la nouvelle disposition car il ne serait guère possible de circonscrire à l'avance toutes les situations susceptibles de motiver une exception, c'est-à-dire la suppression du droit au remboursement des dépens. Les autorités de justice disposent d'une vaste expérience, en matière d'attribution des frais, pour définir des critères applicables aux cas particuliers³¹. A noter toutefois qu'en vertu de l'article 6, chiffre 1 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH)³² ainsi que de l'article 29a de la Constitution fédérale (Cst.)³³, l'accès aux tribunaux ne doit pas être compliqué outre mesure³⁴. La nouvelle teneur de l'article 104, alinéa 4 devra être interprétée à la lumière de telles garanties.

Article 105 LPJA

Alinéas 1 et 1a

En procédure administrative ou de recours interne à l'administration, il n'y a en principe pas d'obligation de faire une avance de frais selon l'actuelle teneur de l'article 105, alinéa 1 LPJA. Cependant, si la *partie requérante* n'a pas de domicile en Suisse ou que son insolvabilité est établie, l'autorité chargée de l'instruction peut exiger une avance de frais appropriée³⁵. Cette possibilité n'existe toutefois pas dans le cas de procédures engagées *d'office*, en l'absence de partie requérante³⁶. En d'autres termes, une avance n'est exigible, en *procédure de recours*, que si la partie recourante était *requérante* en instance précédente; elle est par contre totalement exclue dans toutes les procédures ouvertes *d'office*.

La réglementation relative à l'avance de frais de l'article 105, alinéa 1 LPJA est désormais subdivisée en un alinéa 1 et un alinéa 1a:

- L'alinéa 1 énonce le *principe* selon lequel les parties n'ont pas à avancer de frais qui était inscrit jusqu'ici dans la première phrase.
- Le nouvel alinéa 1a énumère les exceptions à ce principe, à savoir:
 - Lettre *a*: une avance de frais peut être exigée en procédure administrative et dans la procédure de recours interne à l'administration subséquente, si la procédure administrative avait été engagée *sur requête*. Cette disposition correspond, avec une formulation plus explicite, à la seconde phrase de l'actuel alinéa 1.
 - Lettre *b*: une avance de frais peut en outre être exigée en procédure de recours interne à l'administration (mais non en procédure administrative) si la procédure administrative précédente avait été engagée *d'office*. Cette disposition est nouvelle (cf. commentaire de l'al. 1a, lit. *b* infra).

³⁰ RUTH HERZOG, in Herzog/Daum (éd.), op. cit., note 39 ad article 104.

³¹ Rapport présenté par le Conseil-exécutif au Grand Conseil concernant la modification de la LPJA, op.cit., p. 19.

³² RS 0.101

³³ RS 101

³⁴ RUTH HERZOG, in Herzog/Daum (éd.), op. cit., note 2 ad article 104.

³⁵ A noter que l'article 105, alinéa 1 LPJA traite de l'avance des frais de procédure, distincte de l'avance des frais d'*administration des preuves* exigée lorsque la mesure probatoire a été requise par une partie (art. 103, al. 3 LPJA).

³⁶ RUTH HERZOG, in Herzog/Daum (éd.), op. cit., note 5 ad article 105.

La teneur révisée des alinéas 1 et 1a n'a aucune incidence sur l'obligation de fournir une avance de frais en procédure de recours devant une autorité de justice indépendante de l'administration ainsi qu'en procédure d'action conformément à l'article 105, alinéa 2 LPJA.

Certaines procédures du ressort de la Direction de l'économie, de l'énergie et de l'environnement (DEEE) illustrent la possibilité de percevoir une avance. Il en va ainsi des procédures de recours relatives aux mesures d'accompagnement à la libre circulation des personnes que mène la DEEE en application de la loi sur les travailleurs détachés³⁷, qui peuvent aboutir à des sanctions infligées à des entreprises ou à des personnes dont le siège ou le domicile est situé à l'étranger, frais de procédure en sus³⁸. Il en va de même dans les procédures de recours concernant la protection des animaux, qui ressortissent elles aussi à la DEEE. Si les frais ne sont pas acquittés, le recouvrement à l'étranger peut être onéreux, d'où la nécessité d'une base légale permettant d'exiger, en procédure de recours, une avance de frais de la partie recourante ayant son siège ou son domicile à l'étranger. L'alinéa 1a, lettre *a* n'est toutefois pas applicable puisque les procédures administratives en question sont ouvertes *d'office*. Il convient donc d'introduire une obligation de verser une avance dans la LPJA (plutôt que dans une loi spéciale), et plus précisément à la lettre *b* du nouvel alinéa 1a de l'article 105. Seules sont concernées les personnes physiques ou morales (entreprises) ayant *leur domicile ou leur siège à l'étranger*. Le siège des personnes morales était inclus dans la formulation simplifiée (absence de «domicile en Suisse») de la seconde phrase de l'article 105, alinéa 1 LPJA en vigueur jusqu'ici³⁹. Dans un souci de clarté, il est désormais question de siège ou de domicile, tout comme d'ailleurs à l'alinéa 3.

Comme indiqué plus haut, la nécessité d'imposer une obligation d'avancer les frais à la partie recourante dont le domicile ou le siège est à l'étranger, dans le cas des procédures introduites d'office, ne concerne que les *procédures de recours* de première instance internes à l'administration. Il n'y a en revanche pas de raison de calquer la réglementation régissant les procédures engagées sur requête et de prévoir une telle obligation s'agissant des *procédures administratives* ouvertes d'office.

Alinéa 3

Tout comme à l'alinéa 1a, il est précisé que l'obligation de verser une avance de frais n'est imposée qu'aux parties n'ayant pas de domicile ni de siège en Suisse (cf. commentaire de l'al. 1a *supra*). Pour le surplus, la disposition reste inchangée.

Article 108 LPJA

Alinéa 1

Ne concerne que le texte allemand.

Alinéa 2a

Selon l'article 108, *alinéa 1* LPJA, les frais de 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. L'article 108, *alinéa 2* LPJA exclut quant à lui que des frais de procédure soient mis à la charge des autorités au sens de l'article 2, alinéa 1, lettre *a* (organes du canton, de ses établissements et de ses collectivités) et prévoit que de tels frais ne seront mis à la charge d'autres instances précédentes ou d'autres autorités recourantes

³⁷ Cf. article 9 de la loi fédérale du 8 octobre 1999 sur les mesures d'accompagnement applicables aux travailleurs détachés et aux contrôles des salaires minimaux prévus par les contrats-types de travail (loi sur les travailleurs détachés (LDét; RS 823.20).

³⁸ Les sanctions sont prononcées par l'Office de l'économie (OEC, anciennement Office de l'économie bernoise [beco]) et sont susceptibles de recours devant la DEEE (art. 10, al. 1, lit. *f* de l'ordonnance du 18 octobre 1995 sur l'organisation et les tâches de la Direction de l'économie, de l'énergie et de l'environnement [ordonnance d'organisation DEEE, OO DEEE; RSB 152.221.111]).

³⁹ RUTH HERZOG, in Herzog/Daum (éd.), op. cit., note 6 ad article 105.

et succombantes que si elles sont atteintes dans leurs intérêts pécuniaires. Les organes des communes, leurs établissements et leurs collectivités font partie de cette dernière catégorie.

Le Tribunal administratif a défini sa pratique actuelle relative à l'article 108, alinéas 1 et 2 LPJA comme suit dans un jugement du 24 mars 2015⁴⁰: une commune qui succombe doit en principe supporter les frais de procédure (dans leur intégralité) *avec les personnes privées qui succombent également* et rembourser les dépens de la partie qui obtient gain de cause; toutefois, si les frais de procédure ne sont pas mis à sa charge en application de l'article 108, alinéa 2 LPJA, ils sont dus dans leur *totalité* par la partie privée qui succombe. Celle-ci doit donc, en fin de compte, prendre à sa charge la part communale alors que, selon l'*ancienne* pratique, elle ne supportait que la moitié des frais, l'autre moitié n'étant pas perçue en raison de l'absence d'intérêts pécuniaires de la commune. La pratique du Tribunal administratif en vigueur depuis 2015 se fonde sur l'interprétation de l'article 108 LPJA. Elle doit être inscrite dans la loi, ce qui est de nature à accroître la sécurité du droit pour les justiciables. La nouvelle disposition se résume en ces termes: ce n'est plus la collectivité mais la partie qui succombe en même temps que la commune – et qui est donc assujettie au paiement des frais – qui supporte l'*intégralité* des frais de procédure lorsque l'article 108, alinéa 2 est applicable. Quant au privilège de l'instance précédente et des autres autorités habilitées à participer à la procédure, il est maintenu sans changement.

La réglementation exposée ci-dessus à propos des communes s'applique également aux organes du *canton*, de ses établissements et de ses collectivités en vertu de l'article 108, alinéa 2, 1^{re} phrase LPJA. Ceux-ci ne supportent de manière générale pas de frais de procédure, indépendamment du fait que leurs intérêts pécuniaires soient touchés ou non. La part des frais de procédure de l'autorité déboutée est là aussi intégralement mise à la charge des personnes privées qui succombent. Cette règle vaut quel que soit le statut de l'autorité en procédure de recours (autorité qui avait rendu la décision attaquée ou instance précédente, à savoir autorité de recours inférieure).

Les frais de procédure sont mis à la charge des personnes privées qui succombent à deux réserves près: il y est renoncé si le comportement d'une partie au cours de la procédure permet une *répartition différente* ou s'il est justifié par des circonstances particulières de *ne pas percevoir de frais* (art. 108, al. 1 LPJA). Dans le premier cas, c'est à la partie qui obtient gain de cause de supporter les frais en lieu et place de la partie qui succombe, et dans le second, il est totalement renoncé à la perception de frais⁴¹. Le nouvel alinéa 2a précise en conséquence que les frais ne sont mis à la charge des autres parties qui succombent qu'à la condition que l'alinéa 1 le permette.

Article 116, alinéa 2a LPJA

En vertu de l'article 116, alinéa 2 LPJA, la menace d'exécution forcée ou au plus tard la décision d'exécution doit impérativement indiquer les modalités d'exécution. Or, de telles informations sont susceptibles de poser problème, dès lors qu'elles constituent une mise en garde pour la personnes obligée, qu'elles permettent à des destinataires enclins à la violence de prendre des mesures visant à compromettre l'exécution ou encore, dans le domaine de la protection de l'enfant, que la connaissance de la date précise de l'exécution par les personnes concernées peut entraver cette dernière, par exemple si la mesure prévue consiste en un placement de l'enfant contre la volonté de ses parents.

L'article 116 LPJA⁴² prévoit tout d'abord une *commination* de l'exécution forcée assortie de la fixation d'un délai convenable permettant aux obligés de s'exécuter de leur plein gré (al. 1). Ensuite, une *décision d'exécution* est rendue, qui précise les *modalités* (moment et manière) de l'exécution forcée (al. 2).

⁴⁰ JTA 100.2014.152 du 2 novembre 2016, c. 5.1 (en partie publié in: JAB 2017 p. 338, mais sans la répartition des coûts). Cf. RUTH HERZOG, in Herzog/Daum (éd.), op. cit., notes 8 et 33 ad article 108.

⁴¹ Cf. à cet égard RUTH HERZOG, in Herzog/Daum (éd.), op. cit., notes 18 à 29 ad article 108.

⁴² L'article 116 LPJA ne s'applique pas aux prétentions de nature pécuniaire; celles-ci sont exécutées conformément à la loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP; RS 281.1) (art. 117, al. 1 LPJA).

Cette décision doit renseigner sur l'étendue de l'intervention. Les modalités peuvent également être précisées au stade antérieur, dans la décision sur le fond devant être exécutée. Ou alors, commination et décision d'exécution mentionnant les modalités peuvent être réunies, comme le prévoit expressément l'alinéa 2. Un moyen de droit est ouvert contre la décision d'exécution, modalités comprises (art. 116, al. 3 LPJA)⁴³. S'agissant de ces dernières, la composante essentielle est la *manière*, et une commination renseignant sur ce point constitue une décision d'exécution valable. Le moment de l'exécution, par contre, est une modalité secondaire dont la communication peut être qualifiée de simple acte matériel⁴⁴. Il est donc admissible de prévoir une possibilité de renoncer à cette précision dans la décision d'exécution forcée lorsqu'elle serait de nature à *entraver l'exécution*. L'article 116 LPJA est complété en ce sens par un nouvel alinéa 2a.

4.2 Modifications indirectes

4.2.1 Annexe 1 à la loi du 10 mars 2020 sur les fichiers centralisés de données personnelles (LFDP)⁴⁵

L'accès des bureaux du registre foncier aux données est réglé dans le nouvel article 16a LIMu. Par conséquent, l'article A1-1, chiffre II/10 de l'annexe 1 LFDP doit être abrogé (cf. commentaire de l'art. 16a LIMu).

4.2.2 Article 10, alinéas 2a et 3 LiCCS

En vertu de l'article 10, alinéa 2 LiCCS, la Cour suprême connaît en tant que dernière instance cantonale, en procédure de recours, des affaires au sens de l'article 72, alinéa 2, lettre *b* LTF pour autant que la loi ne les attribue pas à une autre autorité. Le recours à la Cour suprême est ainsi possible en matière d'état civil (art. 17 LiCCS), de surveillance des fondations (art. 20a du Code civil suisse [CC]⁴⁶), d'affaires successorales (art. 74a LiCCS), de registre foncier (art. 124 et 131a LiCCS) et de registre du commerce (art. 165, al. 4 de l'ordonnance fédérale sur le registre du commerce [ORC]⁴⁷). Les instances précédentes, dans de tels cas, sont des autorités administratives ou de justice administrative et la procédure, à leur niveau, est régie par la LPJA (art. 10, al. 3 LiCCS). Il n'existe par contre pas de disposition claire sur la procédure devant la *Cour suprême* lorsqu'elle connaît des recours contre les décisions rendues par ces instances: l'article 10, alinéa 1 LiCCS énonce uniquement, de manière générale, que «les cas prévus dans la présente loi et les voies de droit sont régies par les dispositions de la procédure civile et de la procédure administrative pour autant que la présente loi ne contienne pas de dispositions particulières». La circulaire n°3 de la Section civile de la Cour suprême du canton de Berne, datée du 21 août 2014⁴⁸, précise pour sa part au chiffre 1 que les voies de recours sont régies par la LPJA.

Selon un arrêt du Tribunal fédéral du 2 novembre 2016 (ATF 5A_637/2016, c. 4.2.1), on est en présence d'une lacune dans la législation puisque la LiCCS ne définit pas le droit procédural applicable; par ailleurs, la détermination des voies de droit dans une circulaire de la Cour suprême est qualifiée d'insuffisante. En conséquence, un alinéa 2a nouvellement introduit à l'article 10 LiCCS précise expressément que le droit procédural déterminant est la LPJA. Toutes les procédures précitées sont concernées par cet alinéa.

Article 10, alinéa 3 LiCCS: le nom complet de la LPJA est remplacé par l'abréviation.

⁴³ RUTH HERZOG / LORENZ SCHIEBER, in Herzog/Daum (éd.), op. cit., notes 13 ss ad article 116; MARKUS MÜLLER, Bernische Verwaltungsverwaltung, 3^e édition 2021, p. 296 ss; GÄCHTER/EGLI, in Auer/Müller/Schindler [éd.], op. cit., notes 48 ss ad article 41.

⁴⁴ Cf. MARKUS MÜLLER, a.a.O., p. 298.

⁴⁵ RSB 152.05

⁴⁶ RS 210

⁴⁷ RS 221.411

⁴⁸ Cf. sous «www.justice.be.ch» > Français > Procédure civile > Circulaires (site consulté le 14 octobre 2020).

Une modification de nature terminologique est apportée au texte allemand. Elle concerne les articles 10, alinéas 2 et 3, 17, alinéa 4, 20a, alinéa 3, 74a, 124, alinéa 2 et 131a, alinéa 2. A l'article 64, alinéa 2, la précision «sous réserve de recours», superflue car découlant de l'article 74a, est biffée.

4.2.3 Titre, article 11a, alinéa 5, article 16a, article 17a, alinéa 1, article 17b, article 23, alinéa 2, article 24a, alinéa 1, article 25, alinéa 1, article 26, alinéa 1, article 27, alinéas 1, 4 et 5 et article 28, alinéa 3 LIMu

4.2.3.1 Titre

Le titre et l'abréviation devant être adaptés en allemand, l'occasion est saisie de remplacer «les impôts» par «l'impôt» dans la version française.

4.2.3.2 Article 11a, alinéa 5 LIMu

Les bureaux du registre foncier compétents pour percevoir l'impôt sur les mutations inscrivent le gage fiscal légal au registre foncier dès la réquisition d'inscription de l'affaire ou son traitement. Cette pratique doit être entérinée dans la loi.

Si le gage fiscal n'était pas inscrit immédiatement, le délai pour ce faire prévu à l'article 109d, alinéa 4 LiCCS expirerait avant l'échéance du sursis. Selon cette disposition en effet, un droit de gage immobilier doit être inscrit au registre foncier dans les deux ans à compter de la naissance de la créance au plus tard; à défaut, il ne pourra pas être opposé à des tiers qui se fient de bonne foi au registre foncier⁴⁹. La créance relative au paiement de l'impôt sur les mutations prend naissance dès la réquisition d'inscription au registre foncier. Avec le délai de péremption absolu de deux ans à compter de la réquisition qui découle de l'article 109d, alinéa 4 LiCCS, le délai d'inscription du droit de gage expirerait avant celui du sursis, qui est de trois ou quatre ans à compter de la réquisition⁵⁰.

4.2.3.3 Article 16a LIMu

La loi du 10 mars 2020 sur les fichiers centralisés de données personnelles (LFDP) est entrée en vigueur le 1^{er} mars 2021, date à laquelle la loi du 28 novembre 2006 sur l'harmonisation des registres officiels (LReg) a été abrogée. L'article 8 LReg en particulier, qui accordait aux autorités cantonales un accès électronique aux données personnelles de la GCP en vue de l'accomplissement de leurs tâches légales, est devenu caduc. Or, les bureaux du registre foncier du canton de Berne sont l'autorité de taxation et de perception de l'impôt sur les mutations, en sus de leur compétence en matière de tenue du registre, et ont besoin à ce titre d'une autorisation d'accéder à un *fichier de données personnelles*.

Les transferts de propriété fondés sur le droit civil et diverses autres opérations qui leur sont assimilées donnent lieu à la perception d'un impôt exigible lors du dépôt de la réquisition d'inscription au registre foncier (art. 5 en relation avec l'art. 20 LIMu). Cependant, les personnes qui se portent acquéreuses d'un immeuble dans l'intention d'en faire leur domicile principal se voient accorder un sursis, dans un premier temps. Par la suite, l'impôt en question n'est pas perçu si l'acquéreur ou l'acquéreuse a utilisé l'immeuble personnellement, sans interruption, et exclusivement à des fins d'habitation pendant au moins deux ans à compter du moment de l'emménagement (art. 11a et 11b LIMu), lequel doit intervenir dans un délai donné (art. 11b, al. 2 LIMu). L'acquéreur ou l'acquéreuse doit spontanément prouver avant l'expiration du sursis – qui découle du moment de l'emménagement et de la durée d'utilisation – que toutes les conditions d'une exonération sont réunies ou qu'elles le seront en temps utile (art. 17a LIMu).

⁴⁹ La disposition s'applique aux droits de gage d'un montant supérieur à 1000 francs.

⁵⁰ Le report du délai à raison de la durée du sursis qui est prévu à l'article 109d, alinéa 3 LiCCS se réfère au délai de six mois selon l'article 109d, alinéa 1, lettre a LiCCS, qui ne commence à courir qu'avec l'entrée en force de la taxation. Il ne concerne pas l'alinéa 4 de la même disposition, selon lequel c'est la naissance de la créance qui détermine le délai absolu de deux ans. Cf. de manière générale MÜHEMATTER/STUCKI, Grundbuchrecht für die Praxis, 2^e édition 2017, p. 126 s.

Il importe que les bureaux du registre foncier aient la possibilité, en cas de doute, de procéder à une vérification des moyens de preuve fournis par l'acquéreur ou l'acquéreuse. Ils doivent par exemple pouvoir s'assurer que l'immeuble est bien utilisé personnellement et exclusivement à des fins d'habitation et que des tiers formant un autre ménage n'habitent pas à la même adresse.

Par ailleurs, une interruption du délai d'utilisation de deux ans, en raison d'un décès ou d'un divorce par exemple, rend exigible l'impôt sur les mutations. Pour mener efficacement les procédures de taxation, les bureaux du registre foncier doivent pouvoir accéder rapidement et à moindre coût aux informations pertinentes au moyen d'une procédure d'appel.

Comme indiqué plus haut, l'abrogation de la LReg prive les bureaux du registre foncier de leur droit d'accès aux données. La LFDP fournit quant à elle une nouvelle base dès lors qu'elle prévoit, à l'article A1-1, chiffre II/10 de l'annexe 1 à l'article 5, alinéa 4, des fonctionnalités au sens de l'article 7, alinéa 1, lettre *h* (fonctionnalités qui permettent un profilage ou qui génèrent sous une autre forme des données personnelles particulièrement dignes de protection). Selon l'article 24 LFDP (concours de normes et dispositions transitoires), l'article 5, alinéa 4, annexe 1 incluse, prime les dispositions contraires d'autres lois sur le traitement de données personnelles particulièrement dignes de protection dans les fichiers centralisés de données personnelles. Cela s'applique jusqu'à ce que des lois spéciales règlent de manière exhaustive le traitement des données personnelles particulièrement dignes de protection dans leur champ d'application. Tel est maintenant le cas avec la révision de la LIMu: l'accès des bureaux du registre foncier aux données est désormais exclusivement réglé à l'article 16a, de sorte que l'article A1-1, chiffre II/10 de l'annexe 1 LFDP peut être abrogé. Les fonctionnalités selon l'article 7, alinéa 1, lettre *h* LFDP ne sauraient toutefois être reprises telles quelles dans la LIMu. Elles portent en effet sur un type particulier de traitement de données qui est possible avec le logiciel du fichier de données, par exemple la combinaison de différentes données personnelles, la définition de la délimitation géographique, temporelle ou matérielle du fichier, ou l'attribution de droits d'édition (art. 4, al. 1, lit. *f* LFDP). Il ne serait donc pas admissible de mettre globalement des «fonctionnalités» à la disposition des bureaux du registre foncier dans la LIMu sans en préciser la portée exacte. Pour accomplir les tâches que leur impartit cette loi, il suffit à ces derniers de disposer du profil de base prévu à l'article 4, alinéa 1, lettre *d* LFDP ainsi que des données historiques relatives à ce profil.

Les accès aux données précitées selon l'alinéa 1 se sont révélés insuffisants pour la vérification du respect des conditions d'exonération fiscale en application de l'article 11a LIMu. En conséquence, l'*alinéa 2* de l'article 16a LIMu prévoit une procédure d'appel permettant aux bureaux du registre foncier d'obtenir les données relatives notamment à l'état civil, au lien parents-enfants ainsi qu'au ménage. Les données historiques sont également comprises dans ce droit d'accès.

4.2.3.4 Article 17a, alinéa 1 LIMu

Les personnes assujetties à l'impôt ont désormais la possibilité d'apporter la preuve que les conditions d'une exonération sont remplies dans les 30 jours qui suivent l'expiration du sursis et ne sont plus contraintes de le faire, comme précédemment, avant que le délai n'ait pris fin. Le changement proposé tient compte des critiques émises à l'encontre du caractère disproportionné, voire irréaliste, de la réglementation actuelle exigeant la preuve d'un événement futur. Cette critique se réfère aux cas où la personne acquéreuse exploite pour ainsi dire pleinement le délai pour emménager et devrait être en mesure de prouver avant l'écoulement des deux ans pendant lesquels elle doit habiter le logement que toutes les conditions d'une exonération fiscale selon l'article 11b seront réunies à la date de l'expiration du sursis.

4.2.3.5 Article 17b LIMu

La mention: «... ou que le sursis prévu à l'article 17, alinéa 2 devient caduc du fait de l'expiration du délai...» se réfère à la situation juridique actuelle, selon laquelle la preuve du respect des conditions d'une exonération doit être apportée au bureau du registre foncier avant l'expiration du sursis. Elle peut être

radiée, dès lors que la révision de l'article 17a, alinéa 1 LIMu prolonge le délai, qui échoit désormais 30 jours après l'expiration du sursis.

4.2.3.6 Article 23, alinéa 2 LIMu

La loi ne pose aucune condition particulière au prononcé du sursis pendant la durée de la procédure de remise. Jusqu'à la clôture de celle-ci, le sursis délivre la partie requérante de l'obligation d'acquitter l'impôt sur les mutations, qui a fait l'objet d'une décision entrée en force. Il s'apparente donc à une mesure provisionnelle prévue de par la loi. Dès lors qu'il n'est soumis à aucune condition, il n'y a pas de raison d'exiger le dépôt d'une requête.

4.2.3.7 Article 24a, alinéa 1 LIMu

Il en va de même que pour l'article 23, alinéa 2: la loi ne pose aucune condition particulière au prononcé du sursis pendant la durée de la procédure de remise. Jusqu'à la clôture de celle-ci, le sursis délivre la partie requérante de l'obligation d'acquitter l'impôt sur les mutations en question, qui a fait l'objet d'une décision entrée en force. Il s'apparente donc à une mesure provisionnelle prévue de par la loi. Dès lors qu'il n'est soumis à aucune condition, il n'y a pas de raison d'exiger le dépôt d'une requête.

4.2.3.8 Article 25, alinéa 1 LIMu

Une requête de remise au sens de l'article 23, alinéa 1 peut être déposée au plus tard 30 jours à compter de l'entrée en force de la taxation fiscale. Dans tous les cas d'acceptation d'une demande d'exonération fiscale *a posteriori* selon l'article 11a, la taxation fiscale et l'octroi du sursis sont traités en même temps que le contrat de vente auquel tous deux se réfèrent. L'exonération fiscale *a posteriori* n'est définitive qu'une fois apportée la preuve du respect des conditions légales, soit au plus tôt deux ans après le transfert de propriété. Si la personne assujettie ne parvient pas à fournir la preuve requise, elle doit acquitter l'impôt (art. 17a, al. 3 et art. 17b). Cependant, lorsque le paiement de celui-ci implique pour elle une rigueur manifeste ou compromet son existence matérielle, cette personne ne sera jamais en mesure, selon la teneur stricte de l'article 25, alinéa 1, de présenter une demande de remise. En effet, le délai de 30 jours à compter de l'entrée en force de la décision de taxation sera en règle générale échu depuis longtemps. Ainsi, la possibilité de remise prévue à l'article 23 est d'emblée exclue. Afin de ne pas désavantager les contribuables qui font dans un premier temps usage des possibilités offertes par les articles 11a ss, c'est-à-dire qui déposent une requête d'exonération fiscale *a posteriori*, mais qui ne parviennent pas, par la suite, à en respecter les conditions, la loi rend désormais possible, conformément à la pratique, le dépôt d'une requête de remise au sens de l'article 23, alinéa 1 dans les 30 jours suivant l'entrée en force de la décision relative à la perception de l'impôt.

4.2.3.9 Article 26, alinéa 1 LIMu

La formulation du renvoi est adaptée aux Directives sur la technique législative (DTL).

4.2.3.10 Article 27 LIMu

Alinéa 1

La révision entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2015 a abouti à des voies de droit compliquées dans les cas d'application des articles 11a s. Les décisions rendues à cet égard comportent trois volets, soit la décision de taxation (1), le sursis au paiement de l'impôt (2) ainsi que l'inscription du droit de gage au sens de l'article 11a, alinéa 5 (3). Ce troisième volet est à son tour subdivisé en deux éléments: la décision relative à l'inscription à proprement parler (3.1) et la décision retirant l'effet suspensif à un éventuel re-

cours (3.2). Les voies de droit ne sont pas identiques pour chacun des trois volets, ce qui a abouti à l'indication des voies de droit qui figure actuellement sur le formulaire RF 2a, selon laquelle seule la décision de taxation est susceptible d'opposition, tandis que le sursis et l'inscription du droit de gage ne peuvent être attaqués qu'au moyen d'un recours devant la DIJ. A cela s'ajoute que dans les cas du sursis (2) et du retrait de l'effet suspensif (3.2), le recours n'est recevable qu'à la condition que la décision attaquée crée un préjudice irréparable. Dans un souci de simplification, il est désormais prévu que l'opposition soit le moyen de droit principal contre toutes les décisions rendues par le bureau du registre foncier. La procédure d'opposition a fait ses preuves et elle est d'ailleurs prévue (sous le nom de «réclamation») à l'article 189, alinéa 1 de la loi du 21 mars 2000 sur les impôts du canton de Berne (LI)⁵¹. L'opposition devrait en particulier être recevable contre les décisions concernant la réalisation des cas d'assujettissement, la taxation, le sursis au paiement de l'impôt, l'inscription du droit de gage, l'exonération à l'expiration du délai d'utilisation du logement, la prolongation du délai pour emménager, etc. Cette solution est plus simple pour le public et efficace en termes d'économie de procédure. La décision relative à l'inscription du droit de gage prévoit également le retrait de l'effet suspensif et il est renvoyé sur ce point au commentaire de l'article 27, alinéa 5 *infra*.

Alinéa 4

Dès lors que des décisions de sursis sont également rendues dans les cas prévus aux articles 11a s., il convient de préciser ici que le champ d'application de la présente disposition se limite aux décisions rendues sur la base de l'article 23.

Alinéa 5

Comme indiqué plus haut, le gage fiscal légal est immédiatement inscrit au registre foncier en cas de sursis au paiement de l'impôt sur la base de l'article 11a, alinéa 3 LIMu. Il convient alors de retirer systématiquement l'effet suspensif à un éventuel recours, faute de rendre impossible l'inscription du droit de gage avant l'entrée en force formelle de la décision. Le retrait de l'effet suspensif est une décision incidente qui est séparément susceptible de recours, en vertu de l'article 68, alinéa 3 LPJA, si elle peut causer un préjudice irréparable. La loi peut prévoir des exceptions à ce principe. Il est donc proposé de priver de l'effet suspensif les oppositions et les recours contre les décisions de constitution de gage rendues dans les procédures relatives à l'impôt sur les mutations. Ainsi, les bureaux du registre foncier n'auront plus à rendre dans chaque cas une décision incidente de retrait de l'effet suspensif susceptible d'être attaquée. Il n'en résulte aucun inconvénient pour les personnes assujetties. D'une part parce que l'instance de recours pourrait, d'office ou sur requête, ordonner une suspension en tant que mesure provisionnelle dans les cas d'espèce qui le justifient, avec à la clé l'ajournement de l'inscription du droit de gage au registre foncier ou sa radiation provisionnelle. D'autre part parce que la radiation du droit de gage fiscal devrait être ordonnée s'il devait être constaté, à l'issue d'une procédure d'opposition ou de recours, que l'inscription n'aurait pas dû avoir lieu. La réglementation proposée figure à l'article 27, ce qui lui confère une validité étendue à tous les droits de gage institués en garantie de l'impôt sur les mutations.

4.2.3.11 Article 28 LIMu

Alinéa 1

Le renvoi à la LI est adapté.

⁵¹ RSB 661.11

Alinéa 3

L'article 228, alinéa 2 LI, qui permettait à l'Intendance cantonale des impôts d'exercer des droits de partie en procédure pénale et de faire appel contre l'ampleur de la peine, a été abrogé au 1^{er} janvier 2008⁵² suite à l'exclusion de toute procédure pénale dans les affaires de «simple soustraction d'impôt»⁵³. Depuis le 1^{er} janvier 2011, l'article 225, alinéa 2 LI prévoit que l'Intendance des impôts peut exercer tous les droits de partie dans la procédure pénale conformément à l'article 104, alinéa 2 du Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007 (Code de procédure pénale, CPP)^{54,55}. Il convient donc d'adapter le renvoi qui figure à l'alinéa 3.

4.2.4 Article 21a LiCPM

L'article 401, alinéa 1 CPC prévoit que les cantons peuvent mener des projets pilotes avec l'approbation du Conseil fédéral. L'Office fédéral de la justice (OFJ) est compétent pour approuver ces projets, qui visent l'introduction de nouveaux instruments, procédures et réglementations dérogeant aux règles procédurales du CPC et servant au développement du droit procédural civil.

Les cantons de Soleure et de Fribourg, à tout le moins, ont déjà introduit une réglementation semblable. La délégation au Conseil-exécutif simplifie et accélère le lancement de projets pilotes.

4.2.5 Articles 41a et 41b LC

4.2.5.1 Article 41a LC

Alinéa 1

Les nouveaux articles 41a et 41b LC mettent en œuvre la motion Kropf (313-2015) «Meilleure protection contre les actions dilatoires»⁵⁶. Celle-ci demandait l'adoption d'un principe prévoyant que, si une personne a été entièrement déboutée dans une procédure d'opposition et en procédure de recours de première instance et que la partie requérante est en mesure de faire valoir de manière crédible un dommage lié à la poursuite de la procédure, cette partie peut demander au Tribunal administratif que la partie recourante soit contrainte de fournir la garantie des coûts déjà encourus et encore prévisibles. Selon la motion, la condition d'une demande tendant à la fourniture de sûretés en garantie des dépens est donc que la partie recourante ait été entièrement déboutée dans une procédure d'opposition et une procédure de recours subséquente. En l'espèce, la procédure de recours ne peut être qu'une procédure de recours interne à l'administration et force est d'en déduire que l'obligation de fournir des sûretés en garantie des dépens ne peut être imposée que devant le *Tribunal administratif* auquel s'adressent les recourants qui ont précédemment succombé. La condition préalable étant que la partie recourante ait été déboutée en procédure d'opposition *et* en procédure de recours subséquente, seules entrent par ailleurs en ligne de compte les procédures prévoyant une opposition. A cet égard, la LPJA ne règle que le cas de l'opposition *s'apparentant à une voie de droit* (art. 53 ss LPJA)⁵⁷.

Les *oppositions servant d'aide à la décision* n'équivalent quant à elles pas à une voie de droit, mais ont pour fonction de garantir le droit d'être entendu. Elles sont réglées non pas dans la LPJA, mais dans la législation spéciale. Tel est le cas par exemple de l'opposition contre les demandes de permis de construire et de dérogation (art. 35 LC) ou contre les projets qui concernent la réglementation fondamentale

⁵² ROB 08-28

⁵³ Journal du Grand Conseil 2007, session de janvier, annexe 3, p. 14.

⁵⁴ RS 312.0

⁵⁵ Journal du Grand Conseil 2009, session de novembre, annexe 37, p. 32 s.

⁵⁶ Motion adoptée lors de la session de septembre 2016.

⁵⁷ Par exemple l'opposition contre la taxation par le bureau du registre foncier dans le cas de l'impôt sur les mutations (art. 27, al. 1 LiMu), la réclamation contre les décisions de l'Intendance cantonale des impôts (art. 189 ss LI), l'opposition contre les décisions de l'Office des assurances sociales relatives à la réduction des primes ou à l'affiliation d'office à un assureur (art. 34 de la loi du 6 juin 2000 portant introduction des lois fédérales sur l'assurance-maladie, sur l'assurance-accidents et sur l'assurance militaire, LiLAMAM; RSB 842.11).

en matière de construction ou un plan de quartier (art. 60 LC). Il ressort du développement de la motion que celle-ci vise les *oppositions contre les demandes de permis de construire et de dérogation*. Leurs auteurs qui n'ont pas obtenu gain de cause peuvent recourir à la Direction des travaux publics et des transports (DTT) en vertu de l'article 40, alinéa 2 LC. La procédure applicable à ce type d'opposition, servant d'aide à la décision, est réglée dans la LC, tandis que la LPJA ne s'applique qu'à titre subsidiaire. Dès lors que la motion ne concerne que les demandes de permis de construire et de dérogation, le projet ne prévoit pas d'obligation de fournir des sûretés en garantie des dépens dans d'autres procédures, et en particulier dans les procédures de recours internes à l'administration précédées d'une opposition ayant valeur de voie de droit.

S'agissant du *montant* des dépens probables à garantir ainsi que de la *procédure*, il est possible de se référer à la doctrine et à la jurisprudence concernant l'article 105, alinéa 3 LPJA⁵⁸. Le principe est que la caution doit couvrir l'intégralité des dépens. Il est à noter toutefois que les sûretés ne concernent que les dépens résultant de la *procédure devant le Tribunal administratif*. Lorsque les conditions sont remplies, l'autorité peut donner suite à la requête, sauf en présence de *circonstances particulières*. Elle peut considérer être en présence de telles circonstances, par exemple, si les *dépens* attendus sont *peu importants*, si le recours de la partie tenue de verser des sûretés est *visiblement irrecevable* ou encore s'il apparaît d'emblée raisonnablement probable que le recours de cette même partie sera *pour l'essentiel admis*. La requête tendant au versement de sûretés n'est soumise à aucun délai et peut être présentée à n'importe quel moment de la procédure. Il en résulte que l'autorité a la possibilité de ne pas y donner suite lorsque la procédure est proche de la clôture.

Le Tribunal administratif ne peut astreindre une personne recourante à verser des sûretés que si cette dernière était partie à la procédure dès le début, en ce sens qu'elle a formé opposition devant l'autorité d'octroi du permis de construire sans obtenir gain de cause (art. 35 LC). Une telle possibilité est en revanche exclue si l'exercice des droits de partie n'intervient qu'en procédure de recours, soit à un stade ultérieur à celui de l'opposition, parce que la personne concernée est nouvellement touchée. Tel est le cas, par exemple, lorsque cette personne n'avait pas pu avoir connaissance de la procédure en raison de vices entachant celle-ci (art. 12, al. 2, lit. *b* et art. 65, al. 1, lit. *a* LPJA; cf. également art. 73, al. 3 LPJA)⁵⁹.

Alinéa 2

Les *organisations privées ayant qualité pour recourir* au sens de l'article 35a LC ne peuvent être contraintes de fournir des sûretés en garantie des dépens. Il est en effet avéré que de telles organisations, qui se prévalent du droit de recours des associations, ont un taux de succès plus élevé que les particuliers. Ce constat montre que, loin de se lancer dans des procédures téméraires, elles limitent pour l'essentiel leurs revendications aux aspects pour lesquels elles ont de bonnes chances d'obtenir gain de cause en procédure de recours. On ne peut guère leur reprocher des intentions purement dilatoires. De par les buts non lucratifs qu'elles poursuivent dans de nombreux cas, elles agissent souvent dans l'intérêt public, d'où l'exception prévue en l'espèce. Il en va par ailleurs de même pour les autorités recourantes⁶⁰.

4.2.5.2 Article 41b LC

Alinéa 1

La motion exige que la partie requérante soit en mesure de *faire valoir de manière crédible un dommage* lié à la poursuite de la procédure. La notion de «dommage» telle qu'elle a été développée en droit privé

⁵⁸ A ce propos et sur ce qui suit, cf. RUTH HERZOG, in Herzog/Daum (éd.), op. cit., note 23 ad article 105. La doctrine et la jurisprudence relatives aux articles 99 ss CPC (sûretés en garantie des dépens) peuvent également être consultées sur ce point.

⁵⁹ Cf. à cet égard MICHEL DAUM, in Herzog/Daum (éd.), op. cit., notes 28 ss ad article 12, MICHAEL PFLÜGER, in Herzog/Daum (éd.), op. cit., note 10 ad article 65, RUTH HERZOG, in Herzog/Daum (éd.), op. cit., notes 22 ss ad article 73.

⁶⁰ S'agissant de l'avance de frais au sens de l'article 105, alinéa 2 LPJA, cf. RUTH HERZOG, in Herzog/Daum (éd.), op. cit., note 13 ad article 105.

est déterminante en droit public également⁶¹. Le Code des obligations ne définit pas la notion de dommage réparable. Selon la jurisprudence constante, le dommage déterminant en droit de la responsabilité civile correspond à la différence entre le montant actuel du patrimoine de la personne lésée et le montant qu'aurait ce même patrimoine si l'événement dommageable ne s'était pas produit. Il peut s'agir d'une diminution de l'actif, d'une augmentation du passif ou d'un manque à gagner⁶². Le dommage peut être *direct*⁶³ ou *indirect*⁶⁴. Par contre, le tort moral (violation de la personnalité sur un plan non économique) n'est pas un dommage. En droit privé, il doit exister un lien causal entre l'acte illicite et le dommage. L'acte en question doit avoir un lien de causalité naturelle et adéquate avec le dommage⁶⁵. Il est possible de se référer à ces principes pour répondre à la question de la nature du dommage potentiel qui entraîne une obligation de fournir des sûretés. Peu importe à cet égard qu'il s'agisse uniquement, en l'espèce, du versement de sûretés en garantie des dépens de la partie adverse qui le requiert, sans que, en cas de dommage subi par cette dernière, la responsabilité de la partie recourante ne soit engagée d'une quelconque manière.

En matière de mesure provisionnelle, la LPJA contient une norme relative aux dommages-intérêts obligeant l'auteur d'un dommage à le réparer: si la partie contre laquelle la mesure provisionnelle est prise encourt un dommage de ce fait, elle peut en exiger réparation de l'autre partie requérante si cette dernière succombe au fond (art. 30, al. 1 LPJA). S'il y a lieu de craindre un dommage, la partie requérante peut, avant que la mesure provisionnelle ne soit ordonnée, être tenue de fournir des sûretés convenables (...) (art. 30, al. 2 LPJA)⁶⁶. Il n'est pas question ici de responsabilité générale car seule est prévue la réparation des dommages *directs*, et non celle des dommages indirects. La raison en est que la protection juridique à titre provisoire ne doit pas être entravée outre mesure en raison d'un risque important qui lui serait assorti⁶⁷. Il en va de même des sûretés en garantie des dépens au sens des articles 41a et 41b LC: l'existence d'une telle possibilité ne doit pas être un frein général au dépôt d'un recours. En vertu de l'article 6, chiffre 1 CEDH ainsi que de l'article 29a Cst. en effet, l'accès aux tribunaux ne saurait être compliqué outre mesure par une obligation de fournir des sûretés pour les dépens de la partie adverse⁶⁸. Il s'agira donc d'interpréter les articles 41a et 41b LC à la lumière de telles garanties. Une personne qui entend saisir le Tribunal administratif avec des motifs valables et sans intention d'abus ne doit pas être dissuadée de le faire au seul motif qu'elle s'attend à devoir verser des sûretés. La condition est donc formulée de manière restrictive et implique un risque de dommage *direct*.

Il est établi que le dommage doit être provoqué par la saisine du Tribunal administratif dans l'affaire en question, c'est-à-dire par la non-entrée en force de la décision rendue en matière de construction. Il doit donc exister un lien de causalité. Par conséquent, les dommages résultant des procédures d'opposition et de recours de première instance n'entrent pas en ligne de compte. La question de la nature du dommage à prendre en considération se pose par ailleurs. Selon le développement de la motion Kropf (313-2015), il s'agit en premier lieu de l'*augmentation des coûts de construction* occasionnée par le recours formé contre la décision. Selon la définition générale de la notion de dommage précitée, il y a lieu d'admettre qu'un manque à gagner est un dommage. Le montant de ce manque à gagner devant avoir un lien direct avec l'objet du recours – donc avec la décision en matière de construction attaquée –, *on ne saurait considérer les frais de procédure* potentiellement encourus par la partie défenderesse *comme un dommage*.

⁶¹ ATF 107 Ib 160 c. 2 = JdT 1983 I p. 345; JAB 1998 p. 337 c. 2a.

⁶² ATF 132 III 359 c. 4 = JdT 2006 I p. 295.

⁶³ Le dommage direct suit immédiatement l'événement dommageable dans la chaîne de causalité (KELLER/SCHMIED-SYZ, *Haftpflichtrecht*, 5^e éd. 2001, p. 16).

⁶⁴ Le dommage indirect survient lorsque l'événement dommageable entraîne d'autres événements dommageables ou empêche des mesures qui auraient généré un gain ou écarté un dommage. Le manque à gagner en fait partie (KELLER/SCHMIED-SYZ, *op. cit.*).

⁶⁵ ROLAND BREHM, in *Berner Kommentar*, 4^e édition 2013, notes 108 et 126 ad article 41 CO.

⁶⁶ Une réglementation similaire figure à l'article 17, alinéas 3 et 4 de l'accord intercantonal du 25 novembre 1994 sur les marchés publics (AIMP) avec modifications du 15 mars 2001 (AIMP; RSB 731.2-1).

⁶⁷ MICHEL DAUM / DAVID RECHSTEINER, in Herzog/Daum (éd.), *op. cit.*, note 5 ad article 30.

⁶⁸ RUTH HERZOG, in Herzog/Daum (éd.), *op. cit.*, note 2 ad article 104.

S'agissant du *moment* de la survenance du dommage, il convient de noter qu'il ne doit pas forcément correspondre à celui de la saisine du Tribunal administratif. C'est la raison pour laquelle une requête tendant à la fourniture de sûretés en garantie des dépens peut être déposée pendant toute la durée de la litispendance devant le Tribunal administratif. Le dommage ne doit pas non plus s'être déjà produit lors du dépôt de la requête: il suffit que sa probabilité d'occurrence ultérieure soit rendue plausible.

S'agissant de la *vraisemblance* du dommage, il est possible de se référer aux exigences de droit procédural relatives aux moyens de preuve.

Alinéa 2

La fixation d'un seuil applicable au montant du dommage doit limiter le nombre de requêtes et permettre d'éviter les charges administratives qui seraient occasionnées par des prétentions d'importance mineure, dès lors que toute requête relative à la fourniture de sûretés oblige le Tribunal administratif à vérifier que l'ensemble des conditions sont remplies.

La notion de coûts de construction se réfère à l'article 11, alinéa 1, lettre e du décret du 22 mars 1994 concernant la procédure d'octroi du permis de construire (DPC)⁶⁹. En vertu de cette disposition, ces coûts comprennent aussi les travaux exécutés à titre personnel, mais sans les frais d'élaboration du projet, d'acquisition du terrain, d'équipement et les intérêts du crédit de construction. Le montant du dommage ne doit pas être en deçà de cinq pour cent des coûts de construction et atteindre au moins 25 000 francs. En d'autres termes, il n'est pas possible d'exiger la fourniture de sûretés lorsque les coûts de construction sont inférieurs à 500 000 francs.

Alinéa 3

L'autorité instruisant la procédure doit, avant le prononcé de sa décision obligeant une partie à fournir des sûretés, accorder à cette dernière le droit d'être entendue. Il lui incombe d'indiquer les motifs à l'appui de sa décision, dans la mesure où ils ne découlent pas manifestement des circonstances de la procédure (cf. art. 52, al. 2 LPJA). Les sûretés peuvent par exemple être fournies au moyen d'une garantie bancaire. Du fait de l'obligation d'entendre la partie, l'autorité n'est pas en mesure de traiter la requête dans les dix jours, comme le demande la motion Kropf (313-2015). Elle doit toutefois statuer sans retard.

La décision ordonnant la fourniture de sûretés – à l'instar des décisions rendues sur la base de l'article 105, alinéas 1, 2 et 3 LPJA – est une ordonnance d'instruction (décision incidente). Dès lors que des sûretés ne peuvent être exigées que dans la procédure devant le Tribunal administratif, les voies de droit permettant d'attaquer l'ordonnance d'instruction sont régies par la LTF. Cela signifie – pour ce qui est des dispositions pertinentes ici – que le recours est recevable uniquement si l'ordonnance peut causer un préjudice irréparable (art. 93, al. 1, lit. a LTF). Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, tel est le cas lorsque l'obligation de fournir des sûretés est imposée sous commination d'irrecevabilité du recours en cas de non-versement⁷⁰. Cette réglementation correspond à l'article 61, alinéa 3 LPJA pour la procédure au niveau cantonal⁷¹.

Si la partie ne paie pas le montant exigé dans le délai imparti, son recours est déclaré irrecevable. Cette réglementation, qui s'appuie sur celle de l'article 105, alinéa 4 LPJA, répond à une exigence formulée dans la motion. Elle implique, comme l'article 105, alinéa 4 LPJA, l'octroi d'un court délai supplémentaire à la partie qui n'a pas respecté le délai initial.

⁶⁹ RSB 725.1

⁷⁰ FELIX UHLMANN, in Basler Kommentar, 2^e édition 2011, notes 2 ss, en particulier note 5 ad article 93 LTF.

⁷¹ Cf. MICHEL DAUM, in Herzog/Daum (éd.), op. cit., note 43 ad article 61, RUTH HERZOG, in Herzog/Daum (éd.), op. cit., note 31 ad article 105.

La motion demande enfin que la décision rendue au sujet de l'affaire soit déterminante pour ce qui adviendra de la garantie fournie. Cela va de soi et n'est dès lors pas expressément mentionné dans la loi. L'article 105, alinéa 3 LPJA ne prévoit d'ailleurs pas non plus de disposition allant dans ce sens⁷².

Alinéa 4

L'octroi de l'assistance judiciaire à la partie recourante est un autre motif de rejet de la requête. Comme dans la procédure de requête tendant à la fourniture de sûretés en garantie des dépens prévue à l'article 105, alinéa 3 LPJA, une décision doit d'abord être rendue au sujet de la demande d'assistance judiciaire. En cas d'admission, l'obligation de fournir des sûretés devient caduque et une caution déjà versée doit être restituée⁷³.

5. Place du projet dans le programme gouvernemental de législature (programme législatif) et dans d'autres planifications importantes

La révision partielle de la LPJA figure dans le programme législatif 2018 à 2021.

6. Répercussions financières, répercussions sur le personnel et l'organisation

La révision de la LPJA et les modifications indirectes apportées à la législation spéciale n'auront guère de *répercussions financières* pour le canton ou pour les communes. La nouvelle teneur de l'article 105, alinéas 1 et 1a LPJA pourrait toutefois avoir un impact positif pour le canton puisqu'elle permet désormais d'exiger une avance de frais de la part des personnes requérantes ou recourantes domiciliées à l'étranger, ce qui va diminuer le montant des frais de procédure irrécouvrables. Par ailleurs, le nouvel alinéa 2a de l'article 116 LPJA destiné à faciliter l'exécution de décisions peut avoir des retombées favorables pour les finances cantonales et communales.

Il n'y a pas lieu de s'attendre à des *répercussions sur le personnel et l'organisation*.

7. Répercussions sur les communes

La LPJA s'applique également aux procédures de droit administratif devant les communes. La nouvelle réglementation de l'article 104, alinéa 4 LPJA va représenter un allègement substantiel puisqu'il permet à ces dernières de prétendre plus souvent au remboursement de leurs frais d'avocat. Un autre effet positif est attendu du nouvel alinéa 2a de l'article 116 LPJA, comme indiqué au chiffre 6 supra. Pour le surplus, la révision ne devrait pas avoir d'impact notable pour les communes.

8. Répercussions sur l'économie

Il n'y a pas lieu de s'attendre à des répercussions concrètes sur l'économie.

⁷² Cf. RUTH HERZOG, in Herzog/Daum (éd.), op. cit., note 18 ad article 105.

⁷³ RUTH HERZOG, in Herzog/Daum (éd.), op. cit., notes 13 et 29 ad article 105.

9. Résultat de la procédure de consultation

9.1 Synthèse

Le projet a suscité 51 prises de position portant sur des questions de fond. La mise en œuvre de la motion Mentha (239-2014) intitulée «Harmonisation des règles de suspension des délais dans la procédure administrative», qui chargeait le Conseil-exécutif de créer dans la LPJA les bases légales nécessaires à l'application de règles de suspension des délais, a rencontré un accueil largement défavorable. Les autres modifications proposées ont en revanche été majoritairement saluées, même si la modification de la LC (garantie par la partie recourante des coûts de la partie adverse) a aussi engendré de vives critiques. Certains destinataires ont par ailleurs suggéré d'autres modifications de la LPJA et de la LC qui ne faisaient pas l'objet du projet mis en consultation.

9.2 Suspension des délais

Les prises de position *négligentes* critiquaient en substance les points suivants:

- L'introduction d'une suspension générale des délais portant sur huit semaines par année civile au total aurait notamment des répercussions sur l'ensemble des *procédures de plan de route ou de plan d'aménagement des eaux* ainsi que *d'octroi du permis de construire*, retardant considérablement le moment de l'entrée en force. *L'allongement des procédures* qui en résulterait est indésirable et irait à l'encontre de l'intérêt public à une rapide mise en œuvre des projets d'infrastructure. Il contredirait également les mesures d'accélération réclamées en maintes occasions. Par ailleurs, une suspension des délais permettrait aux parties et en particulier à leurs représentants et représentantes juridiques de *ralentir les procédures de manière ciblée* sans que les autorités administratives ou judiciaires ne puissent y remédier.
- Les nombreuses *dérogations* inscrites dans la législation spéciale ne sont pas aisées à trouver et les communes ne bénéficiant pas d'un soutien juridique risquent de ne pas y être attentives dans leur travail quotidien. Cela pourrait conduire à ce que les tribunaux soient plus fréquemment appelés à traiter des questions de respect du délai applicable au dépôt des écrits. La réglementation proposée, qui comporte de nombreuses exceptions dans les lois spéciales, montre bien que la suspension des délais créera une situation juridique complexe, voire *confuse*.
- Même les tenants de la suspension des délais demandent que les *recours contre les permis de construire en soient exceptés* au motif qu'ils confrontent pratiquement toujours des personnes privées dont les intérêts sont contradictoires, contrairement à ce qui se passe dans les autres procédures de justice administrative où les particuliers sont opposés aux pouvoirs publics.
- A une époque où la numérisation se généralise et où toutes les procédures s'accélèrent, la charge de travail des petites études d'avocat n'est pas un argument en faveur de la suspension des délais. Prévoir des périodes de vacances est désormais anachronique et engendre des *pics de travail* auprès des autorités de recours.

L'Association des avocats bernois (AAB) relève que les *avis* de ses membres *divergent* au sujet de la suspension des délais. De solides arguments ont été invoqués aussi bien en faveur qu'en défaveur de son introduction.

Quatre partis politiques, les Juristes démocrates bernois, les villes de Berne et de Berthoud ainsi que l'Union cantonale des arts et métiers PME Bernoises saluent expressément l'introduction d'une suspension des délais. Deux partisans de celle-ci réfutent cependant toutes les exceptions.

Le bilan de la procédure de consultation révèle qu'une nette majorité des prises de position est défavorable à l'introduction d'une suspension des délais, tandis que seule une minorité l'approuve sans réserve. D'aucuns, sans y être opposés, demandent des modifications concernant les exceptions. Il est

donc renoncé à la mise en œuvre de la motion Mentha et à toute nouvelle réglementation prévoyant une suspension des délais.

9.3 Modifications de la LC

9.3.1 Garantie par la partie recourante des dépens de la partie adverse (motion Kropf [313-2015])

La réglementation proposée suscite les commentaires suivants:

- Les droits des citoyens et des citoyennes ne sauraient dépendre de leurs possibilités financières. Si des voisins entendent se défendre contre un projet de grand bâtiment jusqu'au Tribunal fédéral, ils ne doivent pas avoir à craindre l'obligation de verser une avance élevée. L'argument invoquant l'emploi procédurier de l'opposition et le ralentissement de la procédure n'est que partiellement justifié dès lors que le DPC prévoit déjà la possibilité de répercuter les frais de procédure sur les opposants ayant agi de manière abusive. La responsabilité en cas d'acte illicite prévue à l'article 41 CO apporte déjà une réponse suffisante à la demande faisant l'objet de la motion Kropf.
- La proposition de fixer à 50 000 francs de dommages le seuil en deçà duquel le dépôt d'une garantie ne se justifie pas est trop rigide. Elle revient pratiquement à exclure cette possibilité dans le cas des petits et moyens projets. Le seuil doit être fixé proportionnellement aux coûts de construction.
- L'exception accordée aux associations doit être biffée. Si un recours a de bonnes chances d'aboutir, ces dernières n'ont pas à craindre de devoir acquitter des sûretés, d'autant qu'elles ont généralement une solide assise financière.
- Une réglementation analogue à celle qu'il est prévu d'appliquer aux recours contre les permis de construire devrait être introduite pour les recours contre les décisions rendues en matière d'aménagement local.
- Il convient de préciser expressément que seules peuvent être astreintes à verser des sûretés les parties recourantes qui ont précédemment formé *opposition*.

Malgré de nombreuses prises de position critiques, la majorité des destinataires de la procédure de consultation est favorable au projet. La mise en œuvre de la motion Kropf est maintenue. Les propositions d'amélioration concernant le seuil applicable aux dommages et la précision selon laquelle les parties recourantes doivent avoir formé opposition au préalable sont par ailleurs retenues.

9.3.2 Propositions additionnelles de modification de la LC

- Deux participants à la procédure de consultation ont suggéré d'étendre la perception de frais de procédure aux oppositions au sens des articles 35 ss LC lorsque les opposants et opposantes succombent. Cette suggestion, qui déborde le cadre de la présente révision et n'a pas de rapport avec la mise en œuvre de la motion Kropf, n'a pas été retenue.
- Des communes ont demandé l'examen de l'opportunité d'attribuer à une autre Direction que la DIJ la compétence de connaître des recours contre les décisions d'approbation de l'Office des affaires communales et de l'organisation du territoire (OACOT) en matière d'aménagement local, dès lors que ce dernier lui est subordonné. Cette proposition n'est pas retenue car le système légal des voies de droit est justement conçu de telle sorte que les Directions réexaminent les recours contre les décisions rendues par leurs offices (art. 62, al. 1, lit. a LPJA).

9.4 Autres aspects de la révision

- Article 33 LPJA (écrits prolixes): l'AAB est favorable à cette réglementation, à l'inverse des Juristes démocrates bernois, qui émettent des réserves quant à sa compatibilité avec les principes de l'Etat de droit. Les autres destinataires saluent la proposition tout en se demandant si elle aura véritablement

des répercussions dans la pratique. – Il est vrai que cette question se pose, mais cela n'empêche pas l'adoption de la disposition.

- Précision des voies de droit permettant de saisir le Conseil-exécutif (art. 64 LPJA): il ressort des quelques avis émis à ce propos que la radiation du mot «directement» à la lettre *a* n'apporte aucune amélioration. Il y est donc renoncé.
- Notion de «représentation d'une partie *par un avocat ou une avocate* agissant à titre professionnel» (art. 104, al. 1 LPJA): il est ressorti de la procédure de consultation qu'une adaptation du texte allemand à la formulation française aurait une conséquence indésirable dès lors qu'elle priverait les *notaires* du droit au remboursement des dépens en cas de *représentation en justice*. Pour que ce groupe professionnel continue de bénéficier de la possibilité offerte par l'article 104, alinéa 1, c'est le texte *français* qui est adapté à la teneur allemande. Il n'est donc plus question que de «représentation d'une partie *à titre professionnel*», ce qui vaut aussi bien pour les avocats et avocates que pour les notaires.

Article 104, alinéa 4 LPJA: une modification donnant «en règle générale» aux communes le *droit* au remboursement de leurs dépens a été suggérée par onze d'entre elles. Jusqu'ici, elles n'y avaient «en règle générale» *pas droit*. La critique portait sur le postulat à la base de la disposition, selon lequel ces collectivités sont forcément dotées de structures leur permettant de défendre correctement leurs intérêts en procédure de recours. Or, tel n'est pas le cas, à tout le moins pour les petites et moyennes communes confrontées à des procédures de recours complexes contre leurs plans d'aménagement local. Il a été tenu compte de ce besoin dans le projet.

- Modifications de la LIMu: le projet a rencontré l'adhésion des destinataires de la procédure de consultation. Il tient compte de la demande du Bureau pour la surveillance de la protection des données, qui portait sur un accès plus restrictif des bureaux du registre foncier aux données en vertu de l'article 16a LIMu (droits d'accès selon la LFDP). L'article 17a, alinéa 1 (preuve que les conditions d'exonération sont remplies) a fait l'objet d'une modification rédactionnelle proposée par le Tribunal administratif.
- Article 21a LiCPM (projets pilotes selon le CPC): la non-concordance entre le texte de loi et le rapport a été corrigée.
- Article 10 LiCCS (application de la LPJA en tant que droit procédural): une correction de nature terminologique a été apportée au texte allemand dans l'ensemble de la loi, à la demande du Tribunal administratif.
- Une majorité des préavis était favorable aux autres aspects du projet. Diverses suggestions d'ordre rédactionnel ont été prises en compte.

9.5 Propositions additionnelles de modification de la LPJA ainsi que d'autres lois et décrets

Certains destinataires ont suggéré d'autres changements concernant des aspects qui ne faisaient pas l'objet du projet:

- L'article 61, alinéa 1a LC attribue à l'OACOT la compétence de connaître des recours (en matière de droit de vote) dans les procédures d'approbation des prescriptions et plans communaux en matière de construction et d'aménagement afin d'éviter une scission des voies de droit en cas de grief invoqué contre l'application de la procédure simplifiée. Selon les préfectures, cette disposition est insuffisante lorsque, par exemple, une révision du règlement d'organisation, une modification des prescriptions en matière de construction et une élection sont simultanément inscrites à l'ordre du jour d'une assemblée communale. Il conviendrait selon elles d'examiner l'opportunité d'inscrire dans la LPJA une disposition permettant au Tribunal administratif de décider quelle instance précédente est compétente à raison de la matière dans un tel cas. – Hormis le Secrétariat général des préfectures, aucun destinataire n'a émis de proposition allant dans ce sens. Il n'y a pas lieu actuellement de la prendre en considération.
- Le Tribunal administratif suggère de régler dans la LPJA le champ d'application de la notification par «*courrier A Plus*». Il estime opportun que la loi permette une autre forme de notification que le pli recommandé et l'acte judiciaire dans les cas où *aucune preuve de la notification* n'est nécessaire. –

Cette suggestion pertinente sera prise en considération dans le second volet de la révision de la LPJA qui traitera de la communication électronique.

- Il n'est pas donné suite aux propositions visant une réglementation dans la LPJA des voies de droit contre les actes matériels ainsi que de la notion de décision. Cette dernière est un élément central de la LPJA et les modifications requises déborderaient le cadre de la présente révision.
- La proposition de modifier le décret concernant les frais de procédure et les émoluments administratifs des autorités judiciaires et du Ministère public (DFP) n'est pas retenue. En effet, l'unification des tarifs applicables aux frais de procédure dans les procédures de recours d'une part et d'action d'autre part doit être appréhendée dans un contexte plus large.

10. Proposition

Le Conseil-exécutif propose au Grand Conseil d'approuver la présente modification législative.