

100.2021.198

NIG/REN

**Tribunal administratif du canton de Berne**  
Cour des affaires de langue française

**Jugement du 15 novembre 2021**

Droit administratif

B. Rolli, président  
P. Keller et M. Moeckli, juges  
G. Niederer, greffier

**A.** \_\_\_\_\_  
représentée par Me B. \_\_\_\_\_  
recourante

contre

**Commune municipale de C.** \_\_\_\_\_  
agissant par son Conseil municipal  
intimée

et

**Préfecture du Jura bernois**  
Rue de la Préfecture 2, case postale 106, 2608 Courtelary

relatif à une décision sur recours de cette dernière du 27 mai 2021  
(refus de délivrer l'autorisation d'utiliser le domaine public)



**En fait:**

**A.**

A. \_\_\_\_\_ a conclu un contrat de bail le 4 juin 2020 portant sur l'usage d'un local commercial situé à la rue X. \_\_\_\_\_ à C. \_\_\_\_\_ (parcelle n° Y. \_\_\_\_\_, sise dans le périmètre du plan de quartier "Vieille Ville" et dont le bâtiment est inscrit en tant qu'objet digne de protection). Le 15 juin 2020, elle a déposé une demande auprès de la Municipalité de C. \_\_\_\_\_ (ci-après: la Commune, puis l'intimée), tendant à la mise à disposition d'un emplacement sur la rue piétonne jouxtant le bâtiment concerné par son projet. L'emplacement concerné accueille déjà la terrasse d'un autre restaurant, situé en face de son immeuble (parcelle n° Z. \_\_\_\_\_, appartenant à la Commune). Par écrit du 19 juin 2020 (reçu le 29 juillet 2020), l'intéressée a aussi déposé une demande de permis de construire auprès de la Préfecture du Jura bernois (ci-après: la Préfecture). Celui-ci avait pour objet la transformation et le changement d'affectation du local (jusqu'alors utilisé comme salon de coiffure), afin de pouvoir y ouvrir un établissement de "restauration rapide", de même qu'installer et exploiter une terrasse. Le 13 août 2020, après avoir invité (en vain) la requérante à discuter d'un accord avec le restaurateur situé en face, pour le partage de la terrasse, la Commune a fait savoir à l'intéressée qu'elle avait décidé de laisser la jouissance de la totalité de la terrasse à ce dernier. La Commune en a aussi avisé la Préfecture, au moyen d'un rapport officiel du 5 octobre 2020, produit dans la procédure relative à l'octroi du permis de construire. Par envoi du 20 octobre 2020, la requérante a recouru contre l'écrit du 13 août 2020 auprès de la Préfecture.

**B.**

Le 17 décembre 2020, la Préfecture a délivré un permis de construire (sous conditions et charges) pour le changement d'affectation et la transformation du local "pour de la restauration rapide", en prenant acte de deux réserves de droit et en précisant que la terrasse ne faisait pas l'objet de cette

autorisation. Dans une procédure séparée et par décision sur recours du 27 mai 2021, elle a rejeté le recours de l'intéressée du 20 octobre 2020.

### **C.**

Désormais représentée par une mandataire professionnelle, la requérante a recouru contre la décision sur recours de la Préfecture du 27 mai 2021, en concluant en substance, principalement, à l'annulation de cet acte et à l'octroi de l'autorisation d'usage accru du domaine public sur la parcelle n° Z.\_\_\_\_\_ du ban de la Commune, pour l'exploitation d'une terrasse à la rue X.\_\_\_\_\_ à C.\_\_\_\_\_, de même que, subsidiairement, à l'octroi d'une autorisation d'utiliser le domaine public sur la moitié nord de cette parcelle, le tout sous suite de frais et dépens. La Préfecture a renoncé à produire un préavis et a renvoyé à sa décision sur recours du 27 mai 2021, ce qu'elle a communiqué le 2 août 2021. L'intimée a conclu au rejet du recours, dans la mesure de sa recevabilité, au terme d'une réponse du 15 septembre 2021, déposée dans le délai prolongé qui lui a été accordé pour ce faire. Par courrier du 22 octobre 2021, la recourante a personnellement précisé un élément du dossier.

### **En droit:**

#### **1.**

**1.1** D'après l'art. 40 al. 1 LPJA, les autorités de justice administrative ont la faculté d'annuler d'office une procédure administrative ou de justice administrative pendante devant elles, lorsque des règles essentielles de procédure ont été violées au point qu'une juste solution de l'affaire est impossible ou considérablement compromise. Le TA ne peut toutefois annuler d'office une procédure ou une décision que s'il est l'autorité de recours compétente (fonctionnellement, ainsi qu'à raison du lieu et de la

matière; MICHEL DAUM, in: HERZOG/DAUM [édit.], *Kommentar zum bernischen VRPG*, 2020 [cité: Kommentar], art. 40 n. 3). En l'espèce, la décision sur recours attaquée se fonde sur le droit public. Conformément à l'art. 74 al. 1 de la loi cantonale du 23 mai 1989 sur la procédure et la juridiction administratives (LPJA, RSB 155.21) et en l'absence d'une exception prévue aux art. 75 ss LPJA, le TA est compétent pour connaître du présent litige. Il l'est dès lors également pour prononcer une éventuelle annulation d'office.

**1.2** L'annulation d'office d'une procédure, au sens de l'art. 40 LPJA, exige en règle générale qu'une partie ait saisi l'autorité de recours dans le délai de recours, mais pas que ce moyen de droit ait été introduit dans les formes (voir art. 32 LPJA), ni qu'il conclut à l'annulation d'office de la procédure (M. DAUM, in: HERZOG/DAUM [édit.], *Kommentar*, art. 40 n. 1). Le recours de droit administratif du 28 juin 2021 ayant été déposé par l'intéressée dans le délai prévu par l'art. 81 LPJA (ch. III.1 du recours du 28 juin 2021), il importe donc peu d'examiner s'il satisfait aux autres conditions de recevabilité et s'il tend à l'annulation d'office de la procédure.

## **2.**

Dans la décision sur recours attaquée, la Préfecture a relevé que l'envoi de l'intimée du 13 août 2020 constituait une décision formelle susceptible de recours. Bien que ce document ne comportait aucune indication des voies de droit et seulement une motivation très sommaire, la Préfecture a expliqué que cette solution se justifiait, puisque le courrier niait tout droit de la recourante d'utiliser la terrasse litigieuse et qu'il en résultait ainsi pour elle des conséquences juridiques. La Préfecture a aussi déclaré qu'au regard de la réglementation communale, le Conseil municipal (qui avait signé cette lettre) était compétent pour statuer sur la demande de la recourante, en vue d'exploiter la terrasse sur le domaine public. De plus, la Préfecture a signalé qu'il ne lui appartenait pas de se prononcer quant au droit de la recourante à un usage accru du domaine public dans la procédure relative au permis de construire, si bien qu'elle a traité le recours de l'intéressée contre la décision de l'intimée dans une procédure séparée.

Elle a également avancé qu'elle était compétente à raison de la matière pour statuer (sur recours) à propos du droit à un usage accru du domaine public.

### 3.

Cela étant, se pose à titre liminaire la question de savoir si c'est à juste titre que la Préfecture a admis que l'envoi de l'intimée du 13 août 2020 constituait une décision. L'intimée l'avait en effet nié devant cette autorité (voir dossier [dos.] Préfecture p. 38). Or, si l'approche de l'intimée devait être confirmée, aucun recours n'aurait été ouvert et aucune procédure n'aurait pu être menée, faute d'objet à contester. En effet, l'existence d'un tel objet est une condition de la procédure de recours (ATF 122 V 36 c. 2a, 119 Ib 36 c. 1b; voir aussi RUTH HERZOG, in: HERZOG/DAUM [édit.], Kommentar, art. 72 n. 12).

**3.1** Déterminer si une injonction d'une autorité revêt la qualité de décision dépend seulement de savoir si elle présente les caractéristiques structurelles correspondant à la notion matérielle de la décision (ATF 144 II 376 c. 4.1). La forme ne joue aucun rôle. Certes, l'inobservation des exigences de forme peut constituer un vice. Celle-ci n'a toutefois pas d'influence sur le caractère juridique de l'injonction concrète de l'autorité (MARKUS MÜLLER, *Bernische Verwaltungsrechtspflege*, 2021, p. 119 et 130). La LPJA ne prévoit aucune définition légale de la notion (matérielle) de décision. La pratique renvoie à cet égard à la définition de l'art. 5 de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA, RS 172.021; JAB 2018 p. 310 c. 5.3; M. MÜLLER, in: HERZOG/DAUM [édit.], Kommentar, art. 49 n. 7). Selon cette disposition, constituent des décisions les injonctions des autorités fondées (ou qui auraient dû se fonder) sur le droit public fédéral (ou en l'occurrence cantonal, voire communal) dans un cas individuel (ATF 122 V 189 c. 1) et ayant pour objet: la création, la modification ou la suppression de droits ou d'obligations, le constat de l'existence, de l'inexistence ou de la portée de droits ou d'obligations, le rejet de conclusions tendant à la création, la modification, la suppression ou la constatation de droits ou obligations, ou la non-entrée en matière sur

une telle conclusion. Sont partant considérées comme des décisions les mesures étatiques et unilatérales, individuelles et concrètes, prises par l'autorité en application du droit administratif, qui sont destinées à avoir des effets juridiques et qui ont un caractère obligatoire et contraignant (ATF 139 V 72 c. 2.2.1; JAB 2015 p. 263 c. 1.4, 2013 p. 423 c. 2.2, 2013 p. 301 c. 1.2).

**3.2** La notion (matérielle) de décision exige dès lors que l'acte en cause ait été rendu par une autorité (voir art. 2 LPJA). De plus, puisqu'il doit s'agir d'une "injonction", il en résulte implicitement qu'elle doit être unilatérale et avoir un effet contraignant (ATF 137 II 409 c. 6.1). Le caractère unilatéral exclut donc du contentieux administratif objectif le contentieux contractuel, en particulier celui relevant des contrats de droit public (ou de droit administratif; BENOIT BOVAY, *Procédure administrative*, 2015, p. 332). De même, l'injonction doit viser une situation individuelle et concrète (ATF 135 II 328 c. 2.1), à savoir une personne déterminée (éventuellement plusieurs personnes déterminées) et un état de fait défini. L'injonction doit en outre reposer sur le droit public (étant précisé que même si l'art. 5 PA évoque le "droit public", il se réfère surtout au droit administratif) et non sur le droit privé. Enfin, l'élément central de la décision consiste dans le fait que celle-ci doit régler un rapport juridique, qui oppose (typiquement) une autorité étatique à une personne privée externe à l'administration (voir arrêt du Tribunal fédéral [TF] 2C\_1061/2017 du 2 août 2018 c. 1.4). Acte juridique, la décision se distingue ainsi des actes matériels ("Realakte"; M. MÜLLER, op. cit., p. 122 à 125), des actes administratifs internes, des préavis, des renseignements, des recommandations ou des admonestations, ainsi que des mesures d'organisation (ATF 141 II 233 c. 3.1; THIERRY TANQUEREL, *Manuel de droit administratif*, 2018, p. 280 à 288).

**3.3** Au cas particulier, le courrier litigieux du 13 août 2020 est rédigé sur le papier à en-tête de l'intimée et a été signé "au nom du Conseil municipal" par le maire ainsi que par le chancelier de la municipalité. Il a été adressé à la recourante et mentionne comme objet la: "[...] demande de terrasse à la rue X.\_\_\_\_\_". L'intimée explique dans ce document que celui-ci fait suite à la demande de la recourante, du 15 juin 2020, tendant à obtenir une terrasse sur le domaine public et qu'il intervient après un premier prononcé

du 29 juin 2020, par lequel il avait été proposé à l'intéressée de se mettre d'accord avec l'actuel bénéficiaire de la terrasse, pour partager cette dernière. L'intimée ajoute que la recourante "a fait opposition" à cette "décision" le 21 juillet 2020, si bien que son "recours" a été présenté et discuté lors d'une séance du Conseil municipal (le 10 août 2020). Enfin, avant la formule de salutations, il est précisé que: "[l]e Conseil municipal a pris position et décidé de laisser la jouissance de la totalité de la terrasse à l'actuel locataire, le restaurant <D. \_\_\_\_\_>". Le courrier du 13 août 2020 a par ailleurs été remis en copie à cet établissement (dos. Préfecture p. 23).

**3.4** En l'espèce, il est vrai que l'écrit du 13 août 2020 ne cite aucune règle juridique, qu'il ne contient aucun motif, qu'il ne dit rien à propos des (éventuels) frais de procédure et qu'il est dépourvu de l'indication des voies de droit. Cet acte ne comporte ainsi pas tous les éléments formels nécessaires à une décision (voir art. 52 LPJA). Dans sa prise de position du 18 novembre 2020, produite devant la Préfecture, l'intimée avait du reste affirmé que cette lettre n'était qu'une information destinée à la recourante (dos. Préfecture p. 38). Il n'en reste toutefois pas moins que cet envoi émanait d'une commune (soit d'une autorité au sens de l'art. 2 al. 1 let. b LPJA) et qu'il permettait de saisir que, par ce moyen, la demande de l'intéressée du 15 juin 2020, tendant à lui permettre de bénéficier d'une terrasse sur le domaine public, était rejetée par l'intimée. En effet, comme l'a relevé l'autorité inférieure (dos. Préfecture p. 7), dans la mesure où il a ainsi été communiqué à la recourante que l'intimée confirmait l'octroi de l'emplacement de la terrasse au restaurant "D. \_\_\_\_\_", la recourante devait en déduire logiquement que sa requête était écartée, ce d'autant plus qu'elle était la destinataire du courrier en cause, qui n'avait été remis au restaurant précité qu'en copie. L'intimée a d'ailleurs confirmé ce point de vue dans l'envoi qu'elle a ensuite adressé à son service de la gestion du territoire, le 9 septembre 2020 (dos. Préfecture p. 14, voir aussi p. 16 § 4 in fine). Qui plus est, bien que la demande de la recourante ne figure pas au dossier, sa correspondance du 21 juillet 2020 permet de déterminer que sa demande portait seulement sur l'emplacement utilisé par le restaurant "D. \_\_\_\_\_" et aucunement sur une extension de celle-ci ou sur une autre zone. De plus, il n'était question pour la recourante que de l'utilisation

de l'intégralité de la terrasse sise en face de son établissement (l'intéressée ayant refusé un partage de cette dernière avec le restaurant "D. \_\_\_\_\_"; dos. Préfecture p. 22, voir aussi le recours du 20 octobre 2020, qui précise que la terrasse était déjà louée, de même que le courrier de l'intimée du 13 août 2020, qui se réfère expressément à "la terrasse [...] qui se situe devant la parcelle n° Y. \_\_\_\_\_ à la rue X. \_\_\_\_\_ [...]). Cela étant, force est ainsi d'admettre que l'intimée a statué de façon unilatérale et contraignante (le terme "décidé" figure d'ailleurs expressément dans ce courrier du 13 août 2020). En outre, puisqu'était concerné le droit de la recourante à un usage accru de la parcelle n° Z. \_\_\_\_\_ du ban de C. \_\_\_\_\_, le prononcé litigieux visait une situation individuelle et concrète. Enfin, dans la mesure où il n'est pas contesté au vu du dossier que le prononcé du 13 août 2020 a été établi au regard des art. 24 et 33 du règlement de police administrative de l'intimée du 10 décembre 2010 (ci-après: RPA), en lien avec l'ordonnance de l'intimée du 1<sup>er</sup> novembre 2020 sur l'utilisation du domaine public (ci-après: ODP), il faut constater que cet acte était fondé sur le droit administratif (voir dos. Préfecture p. 9 et 34). Certes, l'art. 24 al. 2 RPA dispose que, sur le territoire de l'intimée, les surfaces du domaine public sont "louées" moyennant un "contrat de bail" et qu'un "loyer" est perçu. Cependant, il résulte sans équivoque de l'art. 2 ODP qu'une autorisation est en tous les cas nécessaire pour l'installation d'une terrasse sur le domaine public (voir aussi art. 3 al. 2, art. 6 al. 1, art. 9 al. 2 et art. 12 s. ODP). Ainsi, en dépit du libellé de l'art. 24 RPA, la reconnaissance du droit d'utiliser un emplacement de terrasse sur le domaine public de l'intimée est concrétisée par le biais d'une décision administrative fondée sur la réglementation communale et non par un contrat de bail (contrairement à ce que l'intimée écrit, voir dos. Préfecture p. 38 § 4 in fine). Partant, au vu de ce qui précède, malgré ses vices formels, le courrier du 13 août 2021 doit bien être considéré comme une décision (voir TF 1C\_417/2019 du 11 février 2020 c. 3.1).

#### **4.**

**4.1** Il faut ensuite déterminer si c'est à bon droit que la Préfecture s'est déclarée compétente à raison de la matière pour connaître du recours du

20 octobre 2020 contre la décision du 13 août 2020, indépendamment de la procédure pendante devant elle, visant l'octroi d'un permis de construire pour l'aménagement de la terrasse litigieuse. La Préfecture a relaté à cet égard que, dans la procédure visant l'octroi du permis de construire, il lui incombait uniquement de délivrer ou non ce dernier, mais pas de statuer sur la question du refus de l'intimée de délivrer l'autorisation d'utilisation du domaine public. En se référant à la loi cantonale du 9 juin 1985 sur les constructions (LC, RSB 721.0) dans son ensemble, la Préfecture a ainsi déclaré que, dans la procédure relative au permis de construire, il lui appartenait seulement d'examiner l'éventuel accord du propriétaire foncier pour fonder sa décision en matière de droit des constructions. Elle a du reste ajouté qu'en cas de recours contre sa décision sur le permis de construire, l'autorité de recours (à savoir la Direction des travaux publics et des transports [DTT]) n'examinerait d'ailleurs pas non plus la problématique de l'usage accru du domaine public (p. 4 de la décision sur recours).

**4.2** La rue X.\_\_\_\_\_ est une rue pourvue de pavés et séparée en son milieu par un canal, partiellement couvert par un grillage. Le restaurant "D.\_\_\_\_\_" est situé en face de celui de la recourante, du côté est de la rue X.\_\_\_\_\_. Il dispose d'une terrasse de chaque côté du canal, à savoir de 8 m de long et de 3 m de large du côté ouest du canal et de 5 m de long et de 1,7 m de large du côté est dudit canal. La surface restante de la partie est (entre la terrasse et le restaurant "D.\_\_\_\_\_") est laissée libre afin de permettre la circulation des véhicules des ayants droit (dos. Préfecture p. 19, 36 et 62). Selon les photographies figurant au dossier, le restaurateur bénéficiant de la terrasse a installé quatre tables rectangulaires dans la partie ouest et deux tables rondes dans la partie est, avec un total d'environ 24 chaises. Des parasols et bacs de fleurs ont aussi été posés (dos. Préfecture 27).

### **4.3**

**4.3.1** L'usage commun du domaine public permet à tous les usagers d'utiliser le domaine public et d'y pratiquer des activités sans restriction pour les tiers. La limite de l'usage commun est dépassée lorsque l'utilisation excède, par sa nature ou son intensité, le cadre de ce qui est usuel ou conforme, respectivement entrave l'utilisation par d'autres

utilisateurs du domaine public. Il convient en particulier de tenir compte des circonstances locales. L'usage accru du domaine public est généralement soumis à un régime d'autorisation, visant principalement à coordonner les différentes utilisations de l'espace public. Selon l'art. 664 al. 1 du Code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC, RS 101), les biens du domaine public sont soumis à la haute police de l'Etat sur le territoire duquel ils se trouvent. Les cantons ou les communes peuvent donc réglementer l'usage qui en est fait par les particuliers. Ils sont en principe libres de décider par qui et à quelles conditions le domaine public peut être utilisé (TF 2C\_975/2017 du 15 mai 2017 c. 4.1 et 6.1.3).

**4.3.2** En l'espèce, l'emplacement litigieux doit être utilisé pour y installer des tables, chaises, parasols et bacs à fleurs (soit des objets mobiliers non rattachés au sol) et pour une durée limitée (du 1<sup>er</sup> avril au 31 octobre, ainsi qu'en dehors de certaines manifestations, voir art. 2 al. 2 ODP et art. 24 al. 2 RPA). La terrasse se situe sur le fonds de l'intimée (soit une parcelle publique), qui plus est sur une route en partie ouverte à la circulation et qui traverse la vieille ville de l'intimée (voir pour cet aspect: art. 68 al. 1 de la loi cantonale du 4 juin 2008 sur les routes [LR, RSB 732.11]). L'installation de la terrasse va par ailleurs au-delà de l'utilisation usuelle d'une telle parcelle et entrave en partie celle des autres utilisateurs du domaine public. Il convient dès lors de confirmer qu'elle consacre un usage accru du domaine public (voir dans le même sens: TF 2C\_244/2021 du 8 juillet 2021 c. 3.3.2, 2C\_819/2014 du 3 avril 2015 c. 5.2 s., 2C\_167/2012 du 1<sup>er</sup> octobre 2012 c. 4.3, s'agissant de cas similaires visant l'exploitation d'une terrasse). C'est donc à juste titre que la Préfecture a confirmé ce point et admis que la terrasse nécessitait une autorisation (art. 1 s. ODP). Les parties ne le contestent d'ailleurs aucunement.

#### **4.4**

**4.4.1** Conformément à l'art. 22 al. 1 de la loi fédérale du 22 juin 1979 sur l'aménagement du territoire (LAT, RS 700), aucune construction ou installation ne peut être créée ou transformée sans autorisation de l'autorité compétente. D'après la jurisprudence, pour déterminer si l'aménagement prévu est soumis à la procédure d'autorisation, il faut évaluer si, en général, d'après le cours ordinaire des choses, il entraînera des

conséquences telles qu'il existe un intérêt de la collectivité ou des voisins à un contrôle préalable (ATF 139 II 134 c. 5.2 et les références citées). Le TF suit à cet égard une approche fondée avant tout sur des critères qualitatifs plutôt que quantitatifs (TF 1A.276/2006 du 25 avril 2007 c. 5.3, 1A.202/2003 du 17 février 2004 c. 3.3). D'après celle-ci, il est ainsi possible que certains projets nécessitent un permis de construire, non pas du fait de leurs éléments constructifs, mais plutôt en raison de leur exploitation (WALDMANN/HÄNNI, *Handkommentar RPG*, 2006, art. 22 n. 10). L'art. 22 al. 1 LAT est directement applicable et pose une exigence minimale. Les lois cantonales peuvent décider d'un régime plus sévère et soumettre à l'obligation du permis de construire des projets qui en seraient dispensés selon l'art. 22 LAT ou excepter les petites constructions et installations de l'obligation du permis de construire, pour autant que celles-ci n'aient pas une influence notable sur le territoire, l'équipement et l'environnement. Cependant, les cantons ne peuvent exclure de l'obligation du permis de construire, des projets qui y seraient soumis sous l'angle de l'art. 22 LAT (ATF 139 II 134 c. 5.2, 120 Ib 379 c. 3c; TF 1C\_518/2016 du 26 septembre 2017 c. 4.2, 1C\_47/2008 du 8 août 2008 c. 2.5.1; WALDMANN/HÄNNI, op. cit., art. 22 n. 12; ZAUGG/LUDWIG, *Kommentar zum bernischen BauG*, 2020, art. 1a n. 10 et les références citées).

**4.4.2** Il n'est ici pas litigieux que l'utilisation de la terrasse soit soumise à l'obtention préalable d'un permis de construire. En effet, cette exigence s'applique notamment aux constructions mobilières prévues pour une durée de plusieurs mois (voir art. 6 let. m et o du décret cantonal du 22 mars 1994 concernant la procédure d'octroi du permis de construire [DPC, RSB 725.1]). Sous cet angle, il est donc également sans importance que la construction soit fixée au sol de manière permanente ou qu'elle soit simplement posée sur celui-ci et qu'elle soit destinée à être permanente ou simplement temporaire (WALDMANN/HÄNNI, op. cit., art. 22 n. 11). De plus, le TF a déjà jugé que l'installation d'une terrasse comportant 25 places était soumise à l'exigence d'un permis de construire (TF 1C\_47/2008 du 8 août 2008). Le TA s'est prononcé dans le même sens, s'agissant d'une terrasse de 18 places (VGE 23406 du 29 janvier 2009 c. 3.1; ZAUGG/LUDWIG, op. cit., art. 1a n. 26), ainsi que dans le cas d'un projet tendant à installer six tables hautes, en insistant sur l'impact d'une telle exploitation sur les

environs (VGE 23396 du 29 janvier 2009 c. 3.3). Il ne saurait en aller autrement de la terrasse litigieuse.

**4.5** Reste à examiner comment ces procédures doivent être ordonnées.

**4.5.1** Selon la jurisprudence du TF, l'application du droit matériel doit être coordonnée, à savoir que son contenu doit être harmonisé, lorsque plusieurs dispositions de droit matériel sont applicables à la réalisation d'un projet et qu'il existe un lien factuel si étroit entre ces normes que celles-ci ne peuvent être appliquées séparément et indépendamment les unes des autres. Dans de tels cas, l'application du droit matériel doit également être coordonnée de façon appropriée sur le plan procédural. Cette obligation de coordination matérielle et procédurale résulte notamment de l'interdiction de l'arbitraire, du principe de l'unité et de l'absence de contradiction de l'ordre juridique, ainsi que de l'interdiction du déni de justice et des entraves au droit fédéral (ATF 137 II 182 c. 3.7.4.1 et les références citées). Selon le TF, la coordination matérielle est réalisée de manière optimale lorsqu'une seule autorité de première instance est compétente. Lorsque plusieurs autorités de première instance doivent examiner des questions juridiques qui doivent être coordonnées, elles doivent s'organiser (coordination formelle ou procédurale), de manière à atteindre une coordination qualitativement équivalente à celle qui résulterait du prononcé d'une autorité unique. Si des décisions sont rendues séparément, elles doivent pouvoir faire l'objet d'une seule procédure de recours (JAB 2008 p. 360 c. 3.2; ARNOLD MARTI, in: AEMISEGGER et al. [édit.], *Commentaire pratique LAT – Autorisation de construire, protection juridique et procédure*, 2020, art. 25a n. 3 et les références citées). Ces principes ont été concrétisés dans la loi cantonale du 21 mars 1994 de coordination (LCoord, RSB 724.1). L'art. 1 LCoord dispose que, lorsque des constructions, des installations et des objets (projets) requièrent des autorisations, concessions, accords ou approbations de plusieurs autorités, les procédures sont coordonnées par l'autorité directrice dans le cadre de la procédure directrice, à moins que la législation spéciale n'exclue expressément l'application de la présente loi (voir art. 2a al. 1 LC et art. 25a al. 1 LAT). A l'inverse, si un projet peut être réalisé sur la seule base d'un permis de construire, sans qu'il ne soit nécessaire d'obtenir d'autres

autorisations, il n'y a pas lieu de procéder à une coordination, même si d'autres mesures doivent être prises en même temps et requièrent leurs propres autorisations. Selon la pratique du TA, il ne s'agit pas de savoir si les différentes procédures peuvent être coordonnées, mais s'il existe un besoin de coordination au sens de la jurisprudence du TF (voir c. 4.5.1 in initio; JAB 2008 p. 360 c. 3.3, 2002 p. 443 c. 2a). Un tel besoin doit être admis lorsque plusieurs procédures se recoupent et qu'il existe un risque que des décisions contradictoires, voire non concordantes soient rendues (WALDMANN/HÄNNI, op. cit., art. 25a n. 32 et la jurisprudence citée). Pareille situation peut survenir lorsque les conditions à examiner sont (totalement ou partiellement) identiques, lorsque l'autorité dispose d'un pouvoir d'appréciation, lorsqu'une décision doit être prise dans plusieurs procédures sur une question de principe liée à la situation du projet ou à des aspects spécifiques de ce dernier, ou encore si des charges ou conditions attachées au projet affectent aussi d'autres procédures (VGE 23396 du 29 janvier 2009 c. 4.2 et les références citées).

**4.5.2** Au cas particulier, il est vrai que l'intimée a surtout fondé sa décision du 13 août 2020 sur des éléments sans incidence dans la procédure d'octroi du permis de construire. L'intimée a en effet procédé à une pesée des intérêts en présence entre, d'une part, ceux du restaurateur bénéficiant de la terrasse à maintenir cette dernière dans son intégralité et, d'autre part, ceux de la recourante à disposer d'une partie du domaine public pour exploiter son établissement. L'intimée a en outre examiné l'état de fait au regard du principe de la confiance et de la protection de la situation acquise, en insistant sur le fait que la recourante savait que la terrasse qu'elle convoitait était déjà attribuée lorsqu'elle avait adressé sa demande d'usage accru du domaine public. L'intimée a aussi pris en considération que le projet portait (selon elle) sur de la restauration rapide et en a déduit que le besoin de la recourante d'exploiter la terrasse était moindre que celui du restaurateur voisin (dos. Préfecture p. 60 s.; voir aussi p. 2 du mémoire de réponse de l'intimée du 15 septembre 2021). Ces différents aspects ont ensuite été appréciés par la Préfecture, dans sa décision sur recours du 27 mai 2021, en particulier sous l'angle du droit à la liberté économique et du principe de l'égalité de traitement (art. 27 et art. 8 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 [Cst., RS

100]). Il n'en reste toutefois pas moins que le simple fait que l'installation de la terrasse projetée nécessite à la fois une autorisation pour un usage accru du domaine public et un permis de construire, suffit pour admettre l'existence d'un besoin de coordination (TF 1A.181/2000 du 30 octobre 2000 c. 4d; WALDMANN/HÄNNI, op. cit., art. 25a n. 25). En effet, la procédure d'octroi du permis de construire est de première importance par rapport à celle visant l'usage accru du domaine public, puisque l'existence de la première de ces autorisations est non seulement une condition, mais aussi la limite en vue de l'octroi de la seconde (TF 1C\_47/2008 du 8 août 2008 c. 2.4 et 2.5.1 s.). La procédure d'octroi du permis de construire est par ailleurs la procédure directrice au sens de l'art. 5 al. 1 LCoord, soit la procédure qui, la première, permet un examen global (art. 5 al. 4 LCoord). Il en résulte qu'il n'est pas possible de décider à l'avance de l'autorisation d'un usage accru du domaine public (VGE 23406 du 29 janvier 2009 c. 3 s., 23396 du 29 janvier 2009 c. 4.4; ZAUGG/LUDWIG, op. cit., art. 2a n. 3b). En particulier, la délivrance du permis de construire dépendra des nuisances engendrées par le projet (raison pour laquelle le TF avait du reste soumis une telle installation à l'obtention du permis de construire, voir TF 1C\_47/2008 du 8 août 2008). Cependant, cette problématique est aussi pertinente, sous l'angle de l'usage accru du domaine public. Par cette dernière, l'intimée peut en effet imposer des restrictions plus importantes que celles pouvant émaner d'un permis de construire, par exemple par une restriction saisonnière ou d'autres conditions d'exploitation. Le permis de construire, une fois accordé, demeure d'ailleurs inchangé jusqu'à ce qu'une modification du projet donne lieu à une nouvelle exigence de permis de construire. De surcroît, en se prononçant séparément sur le droit de la recourante à un usage accru du domaine public, alors que la question de l'octroi d'un permis de construire était pendante auprès de la Préfecture, l'intimée n'a pas tenu compte du fait que sa décision était susceptible de recours devant la Préfecture, alors que celle émanant de cette dernière, relative au permis de construire, devait être attaquée devant la DTT (comme la Préfecture l'a justement souligné; art. 61 al. 1 let. a LPJA; art. 40 al. 1 LC). Or, contrairement à ce que la Préfecture a finalement retenu (p. 4 in fine de la décision sur recours), l'autorité statuant sur l'octroi d'un permis de construire ne peut se prononcer sur cet objet en faisant fi du point de savoir si une autorisation d'usage accru du domaine public peut être

accordée. En effet, si une construction doit être réalisée sur le fonds d'autrui, comme c'est le cas en l'espèce, il incombe à l'autorité d'octroi du permis de construire de s'assurer de l'accord du propriétaire foncier, le but étant d'éviter qu'un projet fasse l'objet d'une procédure de permis de construire alors qu'il ne pourra de toute manière pas être réalisé (art. 10 al. 2 du décret cantonal du 22 mars 1994 sur la procédure d'octroi du permis de construire [DPC, RSB 725.1]; TF 1C\_561/2019 du 12 octobre 2020 c. 3.1; ZAUGG/LUDWIG, op. cit., art. 34 n. 10, art. 2a n. 4a et art. 1a n. 3). Ce faisant, si le TA devait prendre position sur cette question dans la présente procédure, des aspects relevant du droit des constructions serait appréciés avant même que les autorités compétentes ne se soient prononcées définitivement à leur sujet, dans la procédure d'octroi du permis de construire. De plus, le TA statuerait alors sans une connaissance globale des impacts générés par le projet en cause, en particulier de celui des nuisances, et serait en outre susceptible de devoir réexaminer les mêmes questions, en cas de recours contre la décision portant sur le permis de construire. Par conséquent, il y a lieu d'admettre un lien factuel particulièrement étroit entre les deux procédures en cause. Celles-ci auraient dès lors dû être coordonnées. En omettant cette particularité de la procédure, l'intimée, puis la Préfecture, ont donc violé le principe de coordination (art. 4 al. 1, art. 5 al. 1 et art. 9 al. 1 LCoord).

## 5.

Selon la jurisprudence du TA, la violation du principe de coordination constitue un vice de procédure au sens de l'art. 40 al. 1 LPJA (JAB 2001 p. 563 c. 3a, 1999 p. 205 c. 4; M. DAUM, in: HERZOG/DAUM [édit.], Kommentar, art. 40 n. 14). En effet, conformément à ce principe, l'intimée ne pouvait pas rendre une décision au sujet de l'usage accru du domaine public. Il incombait au contraire à la Préfecture de rendre une décision globale, intégrant à la fois la décision sur le droit d'usage accru du domaine public et celle concernant spécifiquement le permis de construire. Indépendamment des griefs soulevés à son encontre, cette décision globale aurait alors pu être attaquée devant la TTE, puis ensuite seulement devant le TA (voir c. 1.2 in fine). Cette procédure n'ayant pas été

respectée, tant la décision sur recours de la Préfecture du 27 mai 2021 que la décision de l'intimée du 13 août 2020 doivent être annulées d'office, conformément à l'art. 40 al. 1 LPJA. A cet égard, il n'est pas nécessaire d'entendre les parties au préalable (JAB 2005 p. 317 [VGE 21951 du 17 août 2004] c. 3.1 [non publié]; M. DAUM, in: HERZOG/DAUM [édit.], Kommentar, art. 40 n. 4 et art. 21 n. 22). La cause doit donc être renvoyée à la Préfecture, en tant qu'autorité directrice, afin qu'elle rende une décision globale respectant les principes de la LCoord. Au cours de cette procédure coordonnée, il appartiendra à l'intimée de décider à nouveau de l'octroi d'une autorisation de l'usage accru du domaine public. Cette décision ne sera toutefois pas attaquable séparément mais sera partie de la décision globale de la Préfecture (art. 4 al. 1 et art. 9 al. 2 let. a LCoord; VGE 23396 du 29 janvier 2009, c. 5.3).

## **6.**

Au vu de ce résultat, point n'est besoin d'examiner le recours du 28 juin 2021 et notamment de statuer sur la réquisition de preuve de la recourante, à savoir la mise en œuvre d'une inspection locale par le TA (conclusion n° 3 du recours du 28 juin 2021).

## **7.**

**7.1** L'art. 40 LPJA ne prévoit aucune règle concernant la liquidation des frais de procédure et des dépens, si bien qu'il convient de se référer aux principes généraux applicables en la matière (art. 102 ss LPJA; JAB 2013 p. 301 [VGE 2011/489 du 20 février 2013] c. 3.2 [non publié], 2004 p. 37 c. 3, 2004 p. 529 c. 6; M. DAUM, in: HERZOG/DAUM [édit.], Kommentar, art. 40 n. 5).

**7.2** En l'occurrence, l'annulation d'office résulte tant de la démarche de l'intimée que de celle de la Préfecture. Les frais de procédure ne peuvent toutefois être mis à la charge de ces derniers, la Préfecture étant un organe du canton et l'intimée n'étant pas atteinte dans ses intérêts pécuniaires

(art. 108 al. 2 LPJA). Ces autorités n'ont du reste pas non plus droit à des dépens (art. 108 al. 3 et art. 104 al. 2 s. LPJA). Quant à la recourante, il ne peut être admis qu'elle a obtenu gain de cause ou qu'elle a succombé, puisqu'elle n'a pas conclu à l'annulation d'office de la procédure. Elle ne saurait dès lors supporter de frais (art. 108 al. 1 LPJA; JAB 2009 p. 341 [VGE 2007/22974 du 3 avril 2008] c. 11.1 [non publié]). Pour la même raison, même si elle est représentée en justice, elle ne peut prétendre à des dépens (art. 104 al. 1 et art. 108 al. 3 LPJA; JAB 2001 p. 563 c. 4b; M. DAUM, in: HERZOG/DAUM [édit.], Kommentar, art. 40 n. 5, ainsi qu'art. 108 n. 25 et n. 39).

## **8.**

Les décisions rendues en dernière instance cantonale dans des causes de droit public peuvent en principe faire l'objet d'un recours en matière de droit public auprès du TF, conformément à l'art. 82 let. a de la loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF, RS 173.110; voir aussi l'art. 86 al. 1 let. d LTF). Le recours n'est toutefois recevable qu'à l'encontre des décisions qui mettent fin à la procédure (art. 90 LTF). Tel n'est cependant pas le cas d'une décision de renvoi, qui constitue une décision incidente (ATF 141 V 330 c. 1.1 et les références citées). Dès lors que le présent jugement ne met pas un terme à la procédure tendant à l'octroi d'un permis de construire et d'une autorisation d'usage accru du domaine public, le recours en matière de droit public n'est dès lors recevable qu'aux conditions de l'art. 93 LTF.

**Par ces motifs:**

1. La décision de la Municipalité de C.\_\_\_\_\_ du 13 août 2020 et la décision sur recours de la Préfecture du Jura bernois du 27 mai 2021 sont annulées d'office. La cause est renvoyée à cette dernière afin qu'elle procède au sens des considérants.
2. Il n'est pas perçu de frais de procédure; l'avance de frais versée par la recourante lui sera restituée dès l'entrée en force du présent jugement.
3. Il n'est pas alloué de dépens.
4. Le présent jugement est notifié (R):
  - à la mandataire de la recourante,
  - à l'intimée,
  - à la Préfecture du Jura bernois (avec son dossier).

Le juge:

Le greffier:

**Voie de recours**

Dans les 30 jours dès sa notification, le présent jugement peut faire l'objet d'un recours en matière de droit public auprès du Tribunal fédéral, Schweizerhofquai 6, 6004 Lucerne, conformément aux art. 39 ss, 82 ss et 90 ss de la loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF, RS 173.110).