

Le 21 mars 2018

Renseignements:

Directoire des préfetures
Scheibenstrasse 3
3600 Thoune
Téléphone: 031 635 98 87
Courriel: rsta.geschaefsstelle@jgk.be.ch

Destinataires:

- Communes municipales et communes mixtes
- Préfetures
- Divers abonnés

Information

Guide relatif à la législation sur les résidences secondaires: procédure d'octroi du permis de construire et police des constructions

1. Introduction

1.1 Contexte et but

La loi fédérale¹ et l'ordonnance² sur les résidences secondaires sont entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2016. Le présent guide doit donner aux autorités d'octroi du permis de construire (communes et préfetures) ainsi qu'aux autres personnes intéressées un aperçu de la législation sur les résidences secondaires (LRS et ORSec) et contribuer à ce que l'application de la loi soit aussi uniforme que possible, jusqu'à ce qu'il existe une pratique judiciaire consolidée.

Le guide se fonde sur le texte de la loi sur les résidences secondaires et de l'ordonnance d'exécution (commentaires y relatifs compris³), sur les travaux préparatoires⁴ ainsi que, pour certains aspects, sur la jurisprudence administrative et la pratique judiciaire découlant de l'ordonnance du Conseil fédéral sur les résidences secondaires⁵, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2013, à titre de réglementation transitoire jusqu'à l'entrée en vigueur de la LRS. Du point de vue juridique, les textes de loi (loi et ordonnance) ainsi que la pratique judiciaire qui sera établie sont déterminants.

1.2 Destinataires

Communes directement concernées: les communes dont la proportion de résidences secondaires est supérieure à 20 pour cent sont particulièrement concernées (cf. annexe).

¹ Loi fédérale du 20 mars 2015 sur les résidences secondaires (LRS; RS 702).

² Ordonnance du 4 décembre 2015 sur les résidences secondaires (ORSec; RS 702.1).

³ Commentaires relatifs à l'ordonnance sur les résidences secondaires publiés par l'Office fédéral du développement territorial le 18 novembre 2015 (ci-après: commentaires ORSec).

⁴ Message du Conseil fédéral du 19 février 2014 concernant la loi fédérale sur les résidences secondaires (ci-après: message LRS; FF 2014 p. 2209 ss et bulletin officiel du Conseil national et du Conseil des Etats [affaire n°14.023]).

⁵ Ordonnance du 22 août 2012 sur les résidences secondaires (RS 702).

Autres communes: toutes les communes – même celles dont la proportion de résidences secondaires est égale ou inférieure à 20 pour cent – doivent remettre chaque année à l'Office de la statistique (OFS) les données relatives à leurs habitants au 31 décembre et introduire ces données dans le Registre fédéral des bâtiments et des logements (RegBL).

Etablissement de l'inventaire des logements et détermination de la proportion de résidences secondaires: l'information intitulée «Etablissement de l'inventaire des logements et détermination de la proportion de résidences secondaires» du 27 janvier 2016 (ISCB n° 7/721.0/15.1) ainsi que la directive du 16 décembre 2015 de la Direction de la justice, des affaires communales et des affaires ecclésiastiques intitulée «Transfert au registre foncier de mentions («résidence principale», «logement affecté à l'hébergement touristique», «taux minimal de résidences permanentes») sur des unités de propriété par étage constituées ultérieurement / des parcelles distraites» (ISCB n° 2/215.321.2/1.1) fournissent des renseignements sur les tâches devant être accomplies par toutes les communes selon la LRS.

1.3 Informations complémentaires

1.3.1. Commentaires

Wolf Stephan / Pfammatter Aaron (éd.); Zweitwohnungsgesetz (ZWG) unter Einbezug der Zweitwohnungsverordnung (ZVV), Berne, 2017

1.3.2. Articles

Alig Jonas, Das Zweitwohnungsgesetz, Jusletter du 1^{er} décembre 2014

Alig Jonas, Das Zweitwohnungsgesetz, ZBI 2016, p. 227 ss

Alig Jonas, Der Wohnungsbegriff des Zweitwohnungsgesetzes (ZWG), Jusletter du 30 mai 2016

Bianchi François, La loi sur les résidences secondaires, une première approche, RNRF 96 2015, p. 293 ss

Dettwiler Emanuel, Der Entwurf des Zweitwohnungsgesetzes, Die Ausnahme als Regel, RSJ 2014, p. 341 ss

Gächter Thomas, Rechtsmissbrauch im öffentlichen Recht, Unter besonderer Berücksichtigung des Bundessozialversicherungsrechts, thèse d'habilitation, Zurich 2015

Galbraith Louisa, Plausibilität der Nutzung als Erstwohnung, CJN du 15 octobre 2015

Gäumann Stefan/Stöhr Andrea Franco, Die Querfinanzierung von strukturierten Beherbergungsbetrieben gemäss Zweitwohnungsgesetz, Baurecht 2016, p. 271 ss

Höfler Stefan, Uhlmann Felix, Boxler Adrian, Der «Monsterparagraph» – wie (un-)verständlich ist er wirklich?, LeGes – Gesetzgebung und Evaluation, 1/2017, p. 97 ss

Küenzi Bruno, Das neue Zweitwohnungsgesetz (ZWG) – Umsetzung im Kanton Bern ab 2016, bulletin du GAC 1/2016, p. 8 ss

Spori Niklaus, Das neue Zweitwohnungsgesetz, eine Übersicht, bulletin du GAC 1/2016, p. 1 ss

Waldmann Bernhard, Zweitwohnungsbau: Zulässigkeit von Zweitwohnungen die auf einem früheren projektbezogenen Sondernutzungsplan beruhen, Baurecht 2016, p. 90 ss

Zufferey Jean-Baptiste, Les lits «tièdes» en matière de résidences secondaires, BR 2016, p. 281 ss

1.3 3. Guides

Guides disponibles sur le site de l'Office fédéral du développement territorial (ARE), à l'adresse:
<http://www.are.admin.ch/>.

Aide à l'exécution du Département de l'économie publique et des affaires sociales des Grisons relative à la loi et à l'ordonnance sur les résidences secondaires (depuis 2016)

Remaniement de la présente ISCB

La présente ISCB a été élaborée par le Directoire de préfectures le 26 janvier 2016 et révisée le 21 mars 2018.

1.4 Table des matières et structure

1.4.1 Table des matières

1. Introduction	1
1.1 Contexte et but	1
1.2 Destinataires	1
1.3 Informations complémentaires	2
1.4 Table des matières et structure	4
1.4.1 Table des matières	4
1.4.2 Structure	5
2. Champ d'application et définitions	6
2.1 Champ d'application géographique et matériel	6
2.2 Définitions	7
2.2.1 Logement	7
2.2.2 Résidence principale	8
2.2.3 Logement assimilé à une résidence principale	10
2.2.4 Résidence secondaire	12
3. Principe: interdiction de nouvelles résidences secondaires	13
4. Création de nouveaux logements	14
4.1 Logements soumis à une restriction d'utilisation	14
4.1.1 Résidences principales	14
4.1.2 Logements dans le bâtiment du propriétaire	15
4.1.3 Logements dans des établissements d'hébergement organisés	17
4.1.4 Réquisition d'inscription de la mention au registre foncier	20
4.2 Nouveaux logements sans restriction d'utilisation	22
4.2.1 Logements non exploités dans le cadre de constructions et de transformations hôtelières	22
4.2.2 Réaffectation de chambres d'hôtel en logements non exploités (hôtels créés sous l'ancien droit)	25
4.2.3 Nouveaux logements sans restriction d'utilisation dans des bâtiments protégés	27
5. Modification de la construction et de l'utilisation de logements existants	31
5.1 Logements créés sous l'ancien droit	31
5.1.1 Définition	31
5.1.2 Modification de la construction et de l'utilisation	33
5.1.3 Mesures en cas d'abus et d'évolutions indésirables	36
5.2 Modification et suspension des restrictions d'utilisation	37
5.2.1 Modification de restrictions d'utilisation	37
5.2.2 Suspension des restrictions d'utilisation	38
5.2.2.1 Suspension en raison de circonstances particulières	38
5.2.2.2 Suspension dans le cas où aucun locataire ne peut être trouvé	40
6. Exécution	43
6.1 Autorité de surveillance	43
6.2 Obligations d'annoncer	44
6.3 Mesures administratives en cas d'utilisation illicite et exécution	46

6.4	Evaluation	49
6.5	Questions de procédure	50
6.6	Dispositions pénales	53
7.	Dispositions transitoires	55
7.1	Champ d'application temporel	55
7.2	Plans d'affectation spéciaux liés à un projet.....	56
7.3	Préavis donnés avant le 18 décembre 2007	57

1.4.2 Structure

Les explications relatives aux différentes thématiques abordées dans le présent guide sont présentées de la manière suivante:

Rappel de la base légale (LRS, ORSec, ...)
Informations / commentaires avec indication de la source (p. ex. arrêt du Tribunal fédéral, feuille fédérale, ...)

2. Champ d'application et définitions

2.1 Champ d'application géographique et matériel⁶

Art. 1 LRS

La présente loi définit les conditions auxquelles sont soumises la construction de nouveaux logements ainsi que la modification de logements existants et de leur affectation dans les communes qui comptent une proportion de résidences secondaires supérieure à 20 %.

L'article 1 LRS ne définit pas de manière exhaustive le champ d'application géographique et matériel de la loi⁷. Il se fonde dans une large mesure sur le mandat constitutionnel inscrit à l'article 75b de la Constitution fédérale⁸.

Champ d'application géographique: La LRS est appliquée dans les communes qui comptent une proportion de résidences secondaires supérieure à 20 pour cent⁹.

Champ d'application matériel: La loi règle en particulier les deux aspects suivants:

- admissibilité de la construction de nouveaux logements (art. 6 à 9 LRS);
- admissibilité de la modification de logements existants et de leur affectation (art. 10 à 12 LRS).

Applicabilité de la LRS: La loi sur les résidences secondaires ne s'applique aux demandes de permis de construire que si les conditions suivantes sont notamment remplies (outre la question du champ d'application temporel):

- l'immeuble concerné se trouve dans une commune qui compte une proportion de résidences secondaires supérieure à 20 pour cent;
- l'objet de la demande de permis de construire (nouvelle construction ou modification d'un logement existant ou de son affectation) est un logement au sens de l'article 2 LRS.

⁶ S'agissant du champ d'application temporel, cf. chiffre 7.1 ci-après.

⁷ Cf. chiffre 1.2 ci-dessus.

⁸ Constitution fédérale de la Confédération suisse (Cst; RS 101).

⁹ Pour plus de détails, cf. information ISCB du 27 janvier 2016 intitulée «Etablissement de l'inventaire des logements et détermination de la proportion de résidences secondaires» (ISCB n° 7/721.0/15.1).

2.2 Définitions

2.2.1 Logement

Article 2, alinéa 1 LRS

¹ Est un logement au sens de la présente loi un ensemble de locaux qui remplit les conditions suivantes:

- a. être propre à un usage d'habitation;
- b. former une unité de construction;
- c. disposer d'un accès soit depuis l'extérieur, soit depuis un espace commun à plusieurs logements à l'intérieur du bâtiment;
- d. être équipé d'une installation de cuisine; et
- e. ne pas constituer un bien meuble.

Définition de la notion de logement: Puisque le champ d'application matériel de la LRS (cf. ch. 2.1 ci-dessus) se fonde sur la notion de logement au sens de la législation sur les résidences secondaires, la définition de cette notion est particulièrement importante.

Généralités: Les conditions énumérées à l'article 2, alinéa 1 LRS (lit. a à e) sont cumulatives et doivent donc toutes être remplies pour admettre l'existence d'un logement. Une seule pièce peut constituer un logement, si toutes les conditions sont remplies¹⁰. Les locaux qui étaient utilisés à des fins d'habitation au moment de la votation du 11 mars 2012 sont considérés comme des logements. L'utilisation est déterminante.

Adéquation pour un usage d'habitation (lit. a): La question de savoir si les locaux sont loués à court ou à long terme n'est pas déterminante. Par ailleurs, si des locaux sont temporairement utilisés pour un autre usage que l'habitation, ils constituent tout de même un logement^{11 12}.

Accès depuis l'extérieur (lit. c): Est considérée comme un accès depuis l'extérieur une porte qui donne sur l'extérieur et, comme un accès depuis un espace commun à l'intérieur du bâtiment, une cage d'escalier par exemple¹³.

Possibilité de cuisiner (lit. d): Le critère portant sur la possibilité de cuisiner permet d'exclure de la notion de logement les chambres individuelles des maisons de retraite pour personnes âgées, les mansardes, les hôtels, etc. Seules les installations fixes avec un évier qui servent à la préparation des repas sont considérées comme des installations de cuisine. L'existence d'installations techniques prévues pour l'agencement ultérieur d'une installation de cuisine remplit aussi le critère d'une installation de cuisine. Pour les constructions nouvelles à usage d'habitation, l'autorité compétente doit par conséquent examiner très minutieusement, dans le cadre de la procédure d'octroi du permis de construire, si la possibilité d'installer ultérieurement une cuisine est prévue dans les plans du projet¹⁴.

Constructions mobilières (lit. e): Les habitations mobiles telles que les camping-cars et les caravanes ne constituent pas des logements, même si elles ne sont pas déplacées. Les constructions installées sur une fondation ancrée dans le sol ne sont cependant plus considérées comme des constructions mobilières¹⁵.

¹⁰ Message LRS, FF 2014, p. 2219.

¹¹ Message LRS, FF 2014, ibid.

¹² Les locaux destinés à la vente ou au commerce, ainsi que les garages, les enclos et les bâtiments en ruines ne sont pas considérés comme des logements, pour autant qu'ils ne soient pas utilisés à des fins d'habitation (cf. aide à l'exécution du canton des Grisons, n. ad art. 2 LRS).

¹³ Message LRS, FF 2014, p. 2220.

¹⁴ Message LRS, FF 2014, p. 2220.

¹⁵ Message LRS, FF 2014, ibid.

2.2.2 Résidence principale

Article 2, alinéa 2 LRS

² Est une résidence principale au sens de la présente loi un logement occupé par une personne au moins ayant comme commune d'établissement au sens de l'art. 3, let. b, de la loi du 23 juin 2006 sur l'harmonisation de registres¹⁶ la commune dans laquelle se trouve le logement.

Article 3, lettre b LHR

Au sens de la présente loi, on entend par:

commune d'établissement: commune dans laquelle une personne réside, de façon reconnaissable pour des tiers, avec l'intention d'y vivre durablement et d'y avoir le centre de ses intérêts personnels; une personne est réputée établie dans la commune où elle a déposé le document requis; elle ne peut avoir qu'une commune d'établissement.

Définition de la notion de résidence principale: Est considéré comme une résidence principale un logement qui est occupé, du moins selon la mention inscrite au registre foncier, par au moins une personne établie précisément à cette adresse dans la commune concernée (art. 3 LHR).

Domicile au sens de la loi sur l'harmonisation des registres: Le domicile au sens de la LHR n'est pas toujours le même que le domicile civil ou fiscal, même si les définitions de ces trois notions sont très proches.

Domicile au sens des prescriptions communales sur le taux d'habitation permanente: Les communes qui disposent de prescriptions sur le taux d'habitation permanente qui leur sont propres, conformément à l'article 73 LC¹⁷, exigent souvent que les personnes qui ont durablement leur résidence principale dans la commune y aient aussi leur domicile civil et fiscal au sens de l'article 23 CCS¹⁸. Selon cet article, une personne a son domicile «au lieu où elle réside avec l'intention de s'y établir»; le CCS précise que «le séjour dans une institution de formation ou le placement dans un établissement d'éducation, un home, un hôpital ou une maison de détention ne constitue en soi pas le domicile». Selon la pratique judiciaire, c'est l'intention de s'établir durablement à un endroit qui est déterminante¹⁹. Cette intention doit être perceptible pour des tiers²⁰. Dans certains cas, le domicile selon la LRS et selon les prescriptions communales sur le taux d'habitation permanente ne coïncident pas.

Preuve du domicile: Les personnes qui allèguent avoir leur lieu de domicile à un certain endroit doivent le prouver. La maxime inquisitoire qui a cours dans les processus administratifs ne change rien à l'attribution du fardeau de la preuve²¹. Outre le fait que la personne concernée doit

¹⁶ Loi fédérale du 23 juin 2006 sur l'harmonisation des registres des habitants et d'autres registres officiels de personnes (loi fédérale sur l'harmonisation des registres, LHR ; RS 431.02).

¹⁷ Loi du 9 juin 1985 sur les constructions (LC; RSB 721.0).

¹⁸ Code civil suisse du 10 décembre 2007 (CC; RS 210).

¹⁹ Cf. p. ex. ACE 121 I 14, c. 4.a) et ses renvois.

²⁰ ATF 136 II 405 c. 4.3.

²¹ Fabian Moesching, in: Wolf/Pfammatter, Kommentar zum ZWG, Berne 2017, n. 15 ad art. 2 LRS.

s'être annoncée auprès de la commune et y avoir déposé les documents requis, il doit sembler plausible, d'un point de vue objectif et au vu de l'ensemble des circonstances, qu'elle ait établi ou transféré son domicile à cet endroit (où se trouve désormais le centre de son existence et de ses intérêts). Conformément à l'article 3, lettre *b* LHR, une personne ne peut avoir son domicile dans la commune concernée que si, aux yeux de tiers ayant un regard objectif, elle y passe la plus grande partie de son temps (et pas seulement ses loisirs ou ses vacances) ou qu'il semble vraisemblable, sur la base d'autres critères (activité professionnelle ou extra-professionnelle dans la nouvelle commune d'établissement), qu'elle y ait désormais le centre de son existence et de ses intérêts²².

Les résidences principales doivent être utilisées par au moins une personne ayant le centre de son existence dans la commune concernée. Dans le cas des couples ne partageant pas le même domicile, il convient d'examiner, au vu des circonstances particulières, si la situation est plausible ou s'il s'agit simplement d'une manière de contourner la loi. A cet égard, l'évaluation dépend dans une large mesure de la plausibilité de l'affirmation selon laquelle l'un des membres du couple a effectivement le centre de son existence dans la commune où la proportion de résidences secondaires admise est dépassée.

Le transfert du domicile du propriétaire ne change rien au fait que celui-ci ne peut utiliser son logement que comme résidence principale ou pour une autre affectation assimilée à une résidence principale. Pour autant que les conditions ad hoc soient remplies, une suspension de la restriction d'utilisation peut intervenir en raison de circonstances particulières (art. 14, al. 1, lit. *a* LRS) ou si le logement concerné ne trouve pas preneur sur le marché (art. 14, al. 1, lit. *b* LRS).

²² S'agissant de l'interprétation de la notion de «centre de l'existence», il est possible de se référer à celle de domicile civil au sens de l'article 23 du Code civil suisse ainsi que de la littérature et de la jurisprudence s'y rapportant.

2.2.3 Logement assimilé à une résidence principale

Article 2, alinéa 3 LRS

³ Est assimilé à une résidence principale un logement qui remplit l'une des conditions suivantes:

- a. être occupé durablement pour les besoins d'une activité lucrative ou d'une formation²³;
- b. être occupé durablement par un ménage privé qui occupe durablement un autre logement situé dans le même bâtiment²⁴;
- c. être occupé durablement par des personnes non tenues de s'annoncer au contrôle des habitants, notamment par du personnel diplomatique et des requérants d'asile;
- d. être vacant depuis deux ans au plus, habitable et proposé pour une location durable ou mis en vente (logement inoccupé)²⁵;
- e. être utilisé pour l'agriculture et ne pas être accessible toute l'année à des fins agricoles en raison de son altitude²⁶;
- f. être utilisé par une entreprise pour l'hébergement de personnel pendant de courtes périodes²⁷;
- g. être utilisé comme logement de service pour des personnes qui travaillent notamment dans des établissements hôteliers, des hôpitaux et des foyers;
- h. être affecté temporairement et licitement à une autre utilisation que l'habitation²⁸.

Logements assimilés à des résidences principales: L'article 2, alinéa 3 LRS assimile certains logements à des résidences principales. Ces logements ne sont donc pas des résidences secondaires.

Logements utilisés à des fins lucratives ou de formation: Dans le cas des indépendants, il convient d'exiger qu'ils exercent désormais une partie importante de leur activité professionnelle depuis leur commune d'établissement, lorsqu'il s'agit d'une commune où la proportion de résidences secondaires admise est dépassée, et qu'ils y installent par conséquent leur bureau ou leur entreprise (ou dans les environs). Une adaptation de l'inscription au registre du commerce constitue aussi un indice probant à cet égard. Si le bureau ou l'entreprise se limite à une boîte aux lettres et une ligne téléphonique (ou autre) ou si la personne indépendante continue d'exercer son activité professionnelle dans une large mesure au même endroit qu'auparavant, il faut partir du principe que la loi est contournée. Les obstacles placés par le législateur sont relativement importants. Il semble que l'on se soit fondé sur le modèle des résidents à la semaine, qui séjournent, principalement les jours de semaine mais parfois durablement, dans la commune concernée.

Quant aux personnes exerçant une activité lucrative dépendante, il s'agit d'exiger qu'elles aient leur lieu de travail dans la commune de leur domicile, si la proportion de résidences secondaires admise y est dépassée, ou dans les environs et qu'elles passent la nuit dans la commune en question durant la semaine ou les jours où elles travaillent. Sont réservés les cas dans lesquels il

²³ Il s'agit notamment des logements occupés par des résidents à la semaine (message LRS, FF 2014, p. 2220).

²⁴ Par exemple lorsqu'une grande famille occupe deux ou plusieurs logements dans le même bâtiment (message LRS, FF 2014, p. 2221).

²⁵ Seuls des logements vacants qui viennent d'être construits ou qui ont précédemment été utilisés à titre de résidence principale sont considérés comme des logements inoccupés au sens de cette disposition. Les logements qui sont vacants depuis plus d'un an ainsi que les résidences secondaires inoccupées n'en font pas partie (message LRS, FF 2014, *ibid.*).

²⁶ Il s'agit notamment de logements utilisés pour les besoins de l'agriculture de montagne (message LRS, FF 2014, *ibid.*).

²⁷ Il s'agit notamment de logements servant principalement à l'hébergement temporaire de personnel saisonnier ou d'aides auxiliaires dans l'agriculture (message LRS, *ibid.*).

²⁸ Une autre utilisation que l'habitation (bureau, cabinet) est considérée comme temporaire si elle ne nécessite pas de travaux de construction pour rétablir l'usage originel d'habitation (message LRS, FF 2014, *ibid.*).

peut être établi de manière plausible que le centre de l'existence d'une personne se trouve dans la commune concernée pour d'autres raisons.

Logements vacants: Par logements vacants sont entendus uniquement les logements qui viennent d'être construits ou qui ont précédemment été utilisés à titre de résidence principale. Si un logement répondant à ces critères n'a pas été proposé sur le marché à la location sur une longue durée ou à la vente ou qu'il l'a été pendant plus de deux ans sans trouver preneur, il n'est plus considéré comme un logement assimilé à une résidence principale.²⁹

Affectation agricole: Les étables et chalets d'alpage constituent des exemples typiques. S'il est mis un terme à l'affectation agricole, ces biens-fonds sont considérés comme des résidences secondaires.³⁰

Communes disposant de prescriptions sur le taux d'habitation permanente: Les communes qui continuent de disposer de prescriptions sur le taux d'habitation permanente qui leur sont propres, conformément à l'article 73 LC, peuvent mettre les logements assimilés à des résidences secondaires au sens de l'article 2, alinéa 3 LRS sur un pied d'égalité avec les résidences principales au niveau communal mais ne sont pas tenues de le faire. Si elles y renoncent, de tels logements ne peuvent être autorisés que si les conditions définies dans le droit communal sont remplies (p. ex. si le taux d'habitation permanente minimal prévu par le règlement de construction est respecté).

²⁹ Fabian Moesching, in: Wolf/Pfammatter, Kommentar zum ZWG, Berne 2017, n. 20 ad art. 2 LRS.

³⁰ Fabian Moesching, in: Wolf/Pfammatter, Kommentar zum ZWG, Berne 2017, n. 21 ad art. 2 LRS.

2.2.4 Résidence secondaire

Article 2, alinéa 4 LRS

⁴ Est une résidence secondaire au sens de la présente loi tout logement qui n'est ni une résidence principale ni un logement assimilé à une résidence principale.

Définition négative des résidences secondaires: La LRS définit les résidences secondaires par la négative. Tous les logements qui ne sont ni des résidences principales ni assimilés à des résidences principales sont des résidences secondaires. Les logements affectés à l'hébergement touristique au sens de l'article 7, alinéa 1, lettre *b* en relation avec l'alinéa 2, lettres *a* et *b* LRS appartiennent par conséquent à cette catégorie. Ils forment toutefois un sous-groupe spécifique et ne sont ainsi pas concernés par l'interdiction de construire de nouvelles résidences secondaires dans les communes comptant une proportion de résidences secondaires supérieure à 20 pour cent.

3. Principe: interdiction de nouvelles résidences secondaires

Article 6 LRS

¹ Dans les communes dont la proportion de résidences secondaires déterminée conformément à l'art. 5 est supérieure à 20 %, aucune nouvelle résidence secondaire ne peut être autorisée. Si cette proportion est inférieure à 20 %, mais que l'octroi d'une autorisation de construire conduirait, dans une commune, au dépassement de cette limite de 20 %, l'autorisation ne peut pas être délivrée.

² Demeure réservée la création de nouveaux logements au sens de l'art. 7, al. 1, let. b, et des art. 8³¹, 9³², 26³³ ou 27³⁴.

Interdiction de nouvelles résidences secondaires: L'article 6 LRS concrétise le principe général énoncé à l'article 75b Cst. L'interdiction de construire de nouvelles résidences secondaires dans les communes comptant une proportion de résidences secondaires supérieure à 20 pour cent comprend notamment³⁵:

- la construction de logements qui ne se trouvent pas dans le même bâtiment que celui où le propriétaire a son domicile principal ou qui ne s'inscrivent pas dans le cadre d'un établissement d'hébergement organisé;
- le changement d'affectation de locaux utilisés jusqu'ici à des fins artisanales ou agricoles pour les transformer en résidences secondaires;
- le changement d'affectation ou l'agrandissement de logements créés sous l'ancien droit allant au-delà des conditions prévues à l'article 11, alinéas 1 à 3 LRS.

³¹ Nouveaux logements en relation avec des entreprises d'hébergement organisées (cf. ch. 4.2.1 ci-dessous).

³² Nouveaux logements dans des bâtiments protégés (cf. ch. 4.2.2 ci-dessous).

³³ Résidences secondaires autorisées sur la base d'un plan d'affectation spécial entré en force avant le 11 mars 2012 (cf. ch. 7.2 ci-dessous).

³⁴ Résidences secondaires autorisées sur la base d'une demande préalable à laquelle il a été donné une réponse qui affirme que le projet peut obtenir une autorisation (sans restriction d'utilisation) avant le 18 décembre 2007 (cf. ch. 7.3 ci-dessous).

³⁵ Les dispositions relatives aux nouvelles constructions (art. 8 et 9 LRS; cf. ch. 4 ci-dessous) et à la modification de logements créés selon l'ancien droit sont réservées (art. 10 à 12 LRS; cf. ch. 5 ci-dessous).

4. Création de nouveaux logements

4.1 Logements soumis à une restriction d'utilisation

4.1.1 Résidences principales

Article 7 LRS

¹ Dans les communes qui comptent une proportion de résidences secondaires supérieure à 20 %, de nouveaux logements ne peuvent être autorisés qu'à la condition d'être utilisés:

- a. comme résidence principale ou comme logement assimilé à une résidence principale au sens de l'art. 2, al. 3; ou
- b. *[comme logement affecté à l'hébergement touristique; chiffres 4.1.2 et 4.1.3 ci-après].*

Création de résidences principales: L'article 7, alinéa 1, lettre a LRS prévoit que de nouveaux logements peuvent être créés dans les communes qui comptent une proportion de résidences secondaires supérieure à 20 pour cent pour autant qu'ils soient utilisés comme résidence principale.

Permis de construire assorti d'une charge sous la forme d'une restriction d'utilisation:

L'autorité d'octroi du permis de construire est tenue d'assortir son autorisation d'une charge sous la forme d'une restriction d'utilisation comme «résidence principale ou logement assimilé à une résidence principale au sens de l'article 7, alinéa 1, lettre a LRS» en cas de création d'une nouvelle résidence principale, de modification de l'affectation de locaux utilisés jusqu'alors autrement qu'à des fins d'habitation au sens de l'article 2, alinéa 1 LRS ou d'agrandissement d'un logement créé sous l'ancien droit allant au-delà des conditions prévues par l'article 11, alinéa 3 LRS (art. 7, al. 3 LRS)³⁶.

Restriction d'utilisation «résidence principale» et abus de droit: Le Tribunal fédéral s'est déjà exprimé dans plusieurs arrêts sur le danger que constitue l'abus de droit s'agissant de la construction de résidences principales dans les communes ayant atteint le seuil de résidences secondaires autorisé³⁷. Il convient de déterminer au cas par cas si l'utilisation des logements concernés en tant que résidences principales est plausible. L'évolution démographique ainsi que l'offre et la demande sur le marché des résidences principales peuvent notamment constituer des critères pertinents à cet égard. En principe, l'autorité d'octroi du permis de construire peut cependant se fonder sur la déclaration effectuée par les auteurs de la demande de permis de construire. Il revient à l'autorité de police des constructions de contrôler l'utilisation effective des logements. Un abus de droit doit apparaître manifeste. De vagues soupçons ne sont pas suffisants.³⁸

³⁶ Les logements pour lesquels est inscrite la mention «résidence principale ou logement assimilé à une résidence principale selon l'article 7, alinéa 1, lettre a LRS» ne peuvent être utilisés que comme résidence principale (cf. ch. 2.2 ci-dessus) ou comme logement assimilé à une résidence principale (cf. ch. 2.3 ci-dessus). Les autorités de police des constructions, en collaboration avec les contrôles des habitants, doivent vérifier que tel est le cas et prendre des mesures si nécessaire (cf. ch. 6 ci-dessous).

³⁷ Cf. ATF 142 II 206 ss, qui contient une synthèse de la jurisprudence.

³⁸ Pfamatter Aron, in: Wolf/Pfammatter, Kommentar zum ZWG, Berne 2017, n. 7 ss ad art. 7 LRS

4.1.2 Logements dans le bâtiment du propriétaire

Article 7 LRS

¹ Dans les communes qui comptent une proportion de résidences secondaires supérieure à 20 %, de nouveaux logements ne peuvent être autorisés qu'à la condition d'être utilisés:

- a. *[comme résidence principale; chiffre 4.1.1 ci-dessus];*
- b. comme logement affecté à l'hébergement touristique.

² Un logement est réputé affecté à l'hébergement touristique uniquement s'il est mis de manière durable à la disposition d'hôtes pour des séjours de courte durée, aux conditions usuelles du marché et conformes à l'usage local; de plus, il doit remplir l'une des conditions suivantes:

- a. être situé dans le même bâtiment que celui où le propriétaire a son domicile principal;
- b. *[être mis sur le marché dans le cadre d'un établissement d'hébergement organisé; chiffre 4.1.3 ci-après].*

Création de logements dans le bâtiment du propriétaire: La création d'un logement peut être autorisée comme «logement dans le bâtiment du propriétaire»³⁹ conformément à l'article 7, alinéas 1, lettre *b* et 2, lettre *a* LRS si les conditions suivantes sont remplies:

- le logement est **affecté à l'hébergement touristique;**
- **le propriétaire habite dans le même bâtiment**, où il a son domicile principal⁴⁰.

Cette catégorie de logements affectés à l'hébergement touristique doit permettre aux habitants de la commune, lors de la construction d'une résidence principale, de créer un appartement supplémentaire qu'ils pourront louer à des vacanciers.

Quatre logements dans le bâtiment du propriétaire au maximum: Selon le message LRS, il est admissible de créer jusqu'à quatre logements de ce type par résidence principale⁴¹. La question de savoir si les différents logements occupent chacun un étage n'est pas pertinente. La situation des logements dans le même bâtiment que celui où le propriétaire a son domicile principal constitue le critère déterminant.

Permis de construire assorti de charges: Il paraît opportun, jusqu'à l'édiction, le cas échéant, de nouvelles directives, que l'autorité d'octroi du permis de construire assortisse de charges l'autorisation de créer des logements dans le bâtiment du propriétaire. Les conditions suivantes, formulées par l'ARE dans sa notice explicative concernant l'octroi d'autorisations de construire, doivent dès lors être remplies:

- le propriétaire des logements concernés doit habiter dans le même bâtiment et jouer activement son rôle d'hôte;
- les logements concernés ne doivent pas être personnalisés;
- ils doivent remplir les exigences minimales édictées par la Fédération suisse du tourisme en ce qui concerne les appartements de vacances classifiés;
- ils doivent être proposés aux conditions usuelles du marché et de manière durable, notamment en haute saison, par l'intermédiaire d'une organisation professionnelle de commercialisation et

³⁹ On entend par là que le logement fait partie du bâtiment dans lequel le propriétaire vit lui-même.

⁴⁰ Dans un arrêt rendu le 6 octobre 2016 (A1 16 10), le Tribunal cantonal valaisan a annulé les permis de construire délivrés pour quatre chalets destinés à l'hébergement touristique, notamment au motif qu'il ne suffit pas que le propriétaire de l'un des chalets y vive et assume de façon active un «rôle d'accueil», étant donné qu'il n'est pas propriétaire des autres chalets.

⁴¹ Message LRS, FF 2014, p. 2225.

de distribution, de la centrale de réservation d'un organisme de tourisme ou d'une autre institution adaptée;

– ils doivent servir exclusivement à héberger des hôtes pour des séjours de courte durée.

4.1.3 Logements dans des établissements d'hébergement organisés

Article 7 LRS

¹ Dans les communes qui comptent une proportion de résidences secondaires supérieure à 20 %, de nouveaux logements ne peuvent être autorisés qu'à la condition d'être utilisés:

- a. *[comme résidence principale; chiffre 4.1.1 ci-dessus]*
- b. comme logement affecté à l'hébergement touristique.

² Un logement est réputé affecté à l'hébergement touristique uniquement s'il est mis de manière durable à la disposition d'hôtes pour des séjours de courte durée, aux conditions usuelles du marché et conformes à l'usage local; de plus, il doit remplir l'une des conditions suivantes:

- a. *[être situé dans le même bâtiment que celui où le propriétaire a son domicile principal; chiffre 4.1.2 ci-dessus];*
- b. ne pas être équipé en fonction des besoins personnels du propriétaire et être mis sur le marché dans le cadre d'un établissement d'hébergement organisé.

Article 4 ORSec

Il s'agit d'un établissement d'hébergement organisé au sens de la LRS, si les conditions suivantes sont remplies:

- a. il comprend des services et des infrastructures de type hôtelier standards utilisés par la majorité des clients;
- b. il est organisé selon une conception d'exploitation de type hôtelier;
- c. l'exploitation se fait dans le cadre d'une entreprise homogène.

Création de logements dans des établissements d'hébergement organisés: L'article 7, alinéa 1, lettre *b* LRS en relation avec l'article 7, alinéa 2, lettre *b* LRS ainsi que l'article 4 ORSec décrivent les conditions qui doivent être remplies pour la création de logements affectés à l'hébergement touristique dans des établissements d'hébergement organisés. Les logements

- sont proposés pour une utilisation exclusivement de courte durée par des hôtes de manière durable et aux conditions usuelles du marché et conformes à l'usage local;
- ne sont pas personnalisés;
- sont exploités dans le cadre d'un établissement d'hébergement organisé.

Exigences auxquelles doivent satisfaire les établissements d'hébergement organisés: Dans ses commentaires relatifs à l'article 4 ORSec, l'ARE précise: «Les trois conditions au sens des lettres *a* à *c* (services de type hôtelier, concept d'exploitation de type hôtelier, exploitation homogène) doivent être cumulativement remplies. Les critères déterminants pour savoir si l'on est en présence d'un établissement d'hébergement organisé sont notamment les suivants:

- **offre suffisante de services et d'infrastructures de type hôtelier:** Il s'agit de services et d'infrastructures qui typiquement sont offerts par des hôtels (comme p. ex. réception, service de chambre, installations communes comme piscine intérieure, équipements sportifs, restaurants et salles de jeu habituellement accessibles à la plupart des clients, l'essentiel ici étant que de tels services soient proposés et qu'ils puissent être accessibles aux clients); on peut aussi envisager que certains des services ou des infrastructures soient fournis par des partenaires de la région;
- **existence d'un concept de type hôtelier:** Figurent comme exemple de telles formes d'hébergement des résidences de type hôtelier comme des hôtels resort (hôtel avec des chambres et des logements exploités touristiquement), des resorts de vacances et des villages

de vacances (p.ex. REKA, Landal).

– **gestion uniforme de l'établissement;**

– **type de commercialisation:** L'exploitation commerciale et la commercialisation sont organisées de telle manière que les logements sont proposés de manière durable aux conditions usuelles du marché et conformes à l'usage local – notamment aussi en haute saison – pour qu'ils fassent aussi réellement l'objet d'une demande.»⁴²

Propriétés par étages: «Les logements en propriété par étages présentent des risques particuliers, que ce soit pour les aspects spéculatifs qu'ils présentent ou pour les investissements de rénovation requis. Il convient donc de respecter des critères supplémentaires:

– **utilisation personnelle:** L'utilisation personnelle des logements doit rester faible. Par analogie avec les conditions fixées dans le cadre de l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger, une utilisation personnelle de 120 jours par an au maximum, dont 40 jours en haute saison, semble admissible⁴³. Le logement peut être utilisé par les propriétaires, les membres de leurs familles, des amis ou des connaissances; l'utilisation peut être gratuite ou payante et ne doit pas dépasser trois semaines par haute saison (une utilisation du logement par les groupes de personnes mentionnées via la plate-forme de location accessible à tous aux conditions correspondantes reste en outre toujours possible); la location durable du logement doit être exclue;

– **fonds de rénovation:** Existence d'un fonds de rénovation: celui-ci doit être disponible pour l'exploitant et pour le propriétaire, les processus décisionnels pour la réalisation des travaux de rénovation doivent être définis et l'exploitant et le propriétaire doivent disposer d'une marge de manœuvre suffisante; il s'agit de limiter le risque à long terme lié à l'absence d'entente entre les propriétaires par étage par rapport aux investissements de rénovation;

Afin que ces points puissent être suffisamment examinés, il convient de déposer également les documents suivants avec la demande de permis de construire: l'acte constitutif et les éventuels règlements ainsi que les contrats de location et d'exploitation, s'il en existe déjà.»⁴⁴

Expertise: Ni la LRS ni l'ORSec ne prévoient d'expertise obligatoire pour les logements dans des établissements d'hébergement organisés. L'autorité d'octroi du permis de construire a toutefois la possibilité, dans le but d'examiner les informations fournies par les maîtres d'ouvrage, de demander notamment un rapport technique au beco ou une expertise à des spécialistes indépendants (p. ex. à la Société suisse de crédit hôtelier).

Jurisprudence quasiment inexistante: A l'heure actuelle, il n'existe quasiment aucune jurisprudence sur les établissements d'hébergement organisés au sens de l'article 7, alinéa 2, lettre *b* LRS. Il est clair que la présence d'une réception ne suffit pas à faire d'un immeuble comprenant plusieurs logements de vacances un établissement d'hébergement organisé (arrêt A1 16 10 du

⁴² Commentaires ORSec, pp 5 s.

⁴³ Mémento du beco concernant l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger, exigences imposées aux centres de vacances désirant être reconnus comme des établissements stables (en allemand), teneur de 2012, p. 3. Aaron Pfammatter, qui critique la limite fixe de trois semaines en haute saison et qui part du principe que, en dehors de celle-ci, l'utilisation personnelle ne devrait pas connaître de restriction, souscrit à une interprétation différente (Wolf/Pfammatter, ZWG-Kommentar, n. 28 ad art. 7 LRS).

⁴⁴ Commentaires ORSec, ibid.

Tribunal cantonal valaisan du 6 octobre 2016). Le Tribunal administratif des Grisons a quant à lui validé le permis de construire autorisant la réaffectation d'un ancien hôtel en établissement d'hébergement organisé (arrêt R 15 76 du 12 avril 2016). Le projet prévoyait la construction d'un bâtiment de trois étages comprenant 16 résidences secondaires affectées à l'hébergement touristique et d'un restaurant. L'espace consacré à la restauration, situé au rez-de-chaussée, devait être subdivisé en restaurant, bar à tapas, bar lounge et coin raclette. Au premier sous-sol, il était prévu d'aménager des locaux frigorifiques, ainsi que des espaces de stockage, des caves et des locaux à skis. Environ un tiers de la surface devait être utilisée pour créer un espace bien-être et fitness. Une expertise réalisée par la Société suisse de crédit hôtelier (SCH) a révélé que la durabilité économique du projet était assurée.

Permis de construire assorti de charges: Jusqu'à l'édiction, le cas échéant, de nouvelles directives, les conditions à l'octroi de permis de construire pour des logements dans des établissements d'hébergement organisés, formulées dans la notice explicative concernant l'octroi d'autorisations de construire de l'ARE, peuvent être reprises en substance – même après l'entrée en vigueur de la LRS. Selon l'ARE, un permis de construire peut notamment être octroyé moyennant le respect des charges suivantes:

- les appartements ne sont pas personnalisés;
- le concept d'exploitation de type hôtelier, les solutions usuelles dans le secteur pour le financement d'investissements de rénovation ainsi que les contrats qui constituaient des conditions pour l'octroi du permis de construire continuent d'être disponibles;
- les logements sont proposés aux conditions usuelles du marché et de manière durable, notamment en haute saison;
- les logements servent exclusivement à héberger des hôtes pour des séjours de courte durée;
- des services typiquement offerts par des hôtels sont accessibles à la majorité des clients;
- les propriétaires, les membres de leur famille ainsi que leurs amis et connaissances n'utilisent le logement concerné, de manière gratuite ou payante, que trois semaines au maximum en haute saison.
- les propriétaires apportent tous les deux ans à la commune la preuve qu'ils respectent les charges auxquelles ils sont soumis.

4.1.4 Réquisition d'inscription de la mention au registre foncier

Article 7 LRS

¹ (...)

² (...)

³ L'autorité compétente pour les autorisations de construire assortit son autorisation d'une charge sous la forme d'une restriction d'utilisation au sens de l'al. 1, let. a, ou de l'al. 2, let. a ou b. Si l'autorisation de construire n'est pas assortie d'une telle charge et qu'il ne s'agit pas d'une autorisation au sens des art. 8, 9, 26 ou 27, il est présumé que la restriction d'utilisation visée à l'al. 1, let. a, s'applique.

⁴ Immédiatement après l'entrée en force de l'autorisation de construire, l'autorité compétente pour les autorisations de construire ordonne à l'office du registre foncier de mentionner au registre la restriction d'utilisation relative au bien-fonds concerné.

Article 3 ORSec

¹ La servitude à mentionner au registre foncier en vertu de la LRS pour les logements soumis à une restriction d'utilisation doit avoir la teneur suivante:

- a. résidence principale ou logement assimilé à une résidence principale au sens de l'art. 7, al. 1, let. a, LRS;
- b. logement affecté à l'hébergement touristique au sens de l'art. 7, al. 2, let. a, LRS (logement dans le même bâtiment que celui où le propriétaire a son domicile principal, ou
- c. logement affecté à l'hébergement touristique au sens de l'art. 7, al. 2, let. b, LRS (logement dans le cadre d'un établissement d'hébergement organisé).

² La mention au registre foncier doit en outre comprendre, pour chaque logement, les numéros d'identification (EGID et EWID), conformément à l'art. 5, al. 2, let. a et b, de l'ordonnance du 31 mai 2000 sur le Registre fédéral des bâtiments et des logements⁴⁵.

Réquisition d'inscription de la mention au registre foncier: Les restrictions d'utilisation découlant de la législation sur les résidences secondaires figurent sous la forme d'une charge dans le permis de construire; il convient d'indiquer au conservateur du registre foncier quelle est la mention qui doit être inscrite au registre parmi les possibilités suivantes:

- «résidence principale ou logement assimilé à une résidence principale au sens de l'article 7, alinéa 1, lettre a LRS»;
- «logement affecté à l'hébergement touristique au sens de l'article 7, alinéa 2, lettre a LRS (logement situé dans le même bâtiment que celui où le propriétaire a son domicile principal)»;
- «logement affecté à l'hébergement touristique au sens de l'article 7, alinéa 2, lettre b LRS (logement dans le cadre d'un établissement d'hébergement organisé)»;
- «restriction du droit d'aliénation conformément à l'article 8, alinéa 2 LRS pour les logements non exploités qui restent durablement la propriété d'un établissement d'hébergement organisé», pour autant que l'autorité d'octroi du permis de construire assortisse d'une charge l'autorisation de construire des logements non exploités en relation avec de nouvelles constructions ou des transformations hôtelières⁴⁶;
- «taux minimal de résidences permanentes» dans le cas où l'autorité d'octroi du permis de cons-

⁴⁵ RS 431.481.

⁴⁶ Cf. chiffre 4.2.1 ci-après.

truire assortit l'autorisation d'une charge sur la base des prescriptions communales en vigueur;

- «restriction selon permis de construire» dans le cas de charges prévues dans la décision rendue par l'Office des affaires communales et de l'organisation du territoire (OACOT) en vertu de la LAT (art. 24 ss LAT⁴⁷, art. 37, 39 ou 44 OAT⁴⁸).

Numéros d'identification du bâtiment et du logement: La mention au registre foncier doit en outre comprendre, pour chaque logement, les numéros d'identification (EGID et EWID; art. 3, al. 2 ORSec) dès lors qu'ils sont connus au moment de l'attribution du permis de construire. Si tel n'est pas le cas, l'autorité d'octroi du permis de construire demande ultérieurement ces informations à l'organe communal compétent et les transmet au bureau du registre foncier.

Notification du permis de construire au bureau du registre foncier: L'autorité d'octroi du permis de construire notifie au bureau du registre foncier le permis de construire dès que celui-ci est entré en force. Il convient de demander au bureau du registre foncier une confirmation d'exécution. L'inscription doit faire l'objet d'un contrôle.

La mention au registre foncier ne constitue pas un obstacle à l'aliénation: Le but d'une mention au registre foncier est d'informer, et non de créer un obstacle à l'aliénation. En cas de mutation, il revient au notaire d'attirer l'attention des acheteurs sur les restrictions d'utilisation inscrites au registre foncier. La commune est quant à elle responsable de veiller à ce que l'utilisation soit correcte.

Constitution ultérieure d'unités de propriété par étage et de parcelles distraites: La directive de la Direction de la justice, des affaires communales et des affaires ecclésiastiques du 16 décembre 2015 concernant le transfert de mentions au registre foncier (ISCB n° 2/215.321.2/1.1) est déterminante à cet égard. Le bureau du registre foncier procède d'office au transfert. Si une autorité d'octroi du permis de construire, une autorité de police des constructions ou une préfecture a connaissance d'une épuration incomplète ou erronée, elle a le droit de faire inscrire a posteriori la mention correcte de la restriction d'utilisation.

⁴⁷ Loi fédérale du 22 juin 2017 sur l'aménagement du territoire (LAT; RS 700).

⁴⁸ Ordonnance du 28 juin 2000 sur l'aménagement du territoire (OAT; RS 700.1).

4.2 Nouveaux logements sans restriction d'utilisation⁴⁹

4.2.1 Logements non exploités dans le cadre de constructions et de transformations hôtelières

Article 8 LRS

¹ Dans les communes qui comptent une proportion de résidences secondaires supérieure à 20 %, des établissements d'hébergement organisés peuvent être autorisés à créer des logements sans restriction d'utilisation au sens de l'art. 7, al. 1, si les conditions suivantes sont remplies:

- a. l'établissement ne peut être exploité de manière rentable qu'au moyen des revenus produits par la création de tels logements;
- b. le propriétaire ou l'exploitant est en mesure, sur demande, de prouver que les revenus réalisés par ces logements sont investis dans la construction ou l'exploitation de l'établissement;
- c. les surfaces utiles principales de ces logements n'excèdent pas 20 % de l'ensemble des surfaces utiles principales des chambres et des logements;
- d. il existe une unité architecturale et fonctionnelle entre ces logements et l'établissement, à moins que des motifs afférents à la protection des monuments ou des sites ne s'y opposent;
- e. aucun intérêt prépondérant ne s'y oppose.

² Pour les logements créés en vertu de l'al. 1 qui restent durablement la propriété d'un établissement d'hébergement organisé et sont loués par celui-ci, la surface utile principale au sens de l'al. 1, let. c, peut atteindre 33 % au plus de l'ensemble des surfaces utiles principales. Une telle restriction du droit d'aliénation doit être mentionnée au registre foncier. L'art. 7, al. 4 et 5, est applicable par analogie.

³ Si l'établissement crée des logements tant au sens de l'al. 1 que de l'al. 2, la proportion maximale de 33 % est réduite de la valeur obtenue en multipliant par 13 % le quotient de la surface des logements au sens de l'al. 1 et de la somme des surfaces des logements au sens des al. 1 et 2.

⁴ Réaffectation de chambres d'hôtel en logements non exploités dans des hôtels créés sous l'ancien droit (cf. ch. 4.2.2 ci-dessous);

⁵ Une expertise indépendante doit apporter la preuve que les conditions prévues aux al. 1 ou 4 sont remplies. Le Conseil fédéral fixe les modalités.

Article 5 ORSec

¹ L'expertise au sens de l'art. 8, al. 5, LRS s'effectue sur mandat du requérant. La désignation de l'expert nécessite l'accord de l'autorité compétente pour les autorisations de construire.

³ Dans les cas relevant de l'art. 8, al. 1, LRS, l'expertise doit s'exprimer sur:

- a. la rentabilité présente et future de l'établissement ou des établissements;
- b. le financement croisé et l'utilisation des revenus.

⁴ Réaffectation de chambres d'hôtel en logements non exploités dans des hôtels créés sous l'ancien droit (cf. ch. 4.2.2 ci-après);

⁴⁹ Les logements faisant l'objet de la section 2 du chapitre 4 LRS correspondent aux cas exceptionnels mentionnés à l'article 6, alinéa 2 LRS puisque, dans ces cas-là, des communes qui ont une proportion de résidences secondaires supérieure à 20 pour cent peuvent créer de nouveaux logements sans restriction d'utilisation au sens de l'article 7, alinéa 1 (message LRS, FF 2014, p. 2228).

Logements non exploités dans le cadre de constructions et de transformations hôtelières:

L'article 8, alinéas 1 à 3 LRS règle les cas de figure suivants de création de logements sans restriction d'utilisation dans le but d'un financement indirect de construction ou de transformation hôtelière:

- **Logements à vendre:** La création de logements sans restriction d'utilisation destinés à la vente est possible pour autant que leurs surfaces utiles n'excèdent pas 20 pour cent de l'ensemble des surfaces utiles des chambres et des logements (art. 8, al. 1 LRS);
- **Logements restant la propriété de l'établissement d'hébergement organisé:** Dès lors que les logements restent durablement la propriété de l'établissement d'hébergement organisé et qu'ils sont loués par celui-ci, la surface utile peut atteindre 33 pour cent au plus de l'ensemble des surfaces utiles des logements sans restriction d'utilisation (art. 8, al. 2 LRS).
- **Forme mixte:** L'article 8, alinéa 3 LRS règle la forme mixte, dans laquelle une partie des logements non exploités est vendue et l'autre partie reste la propriété de l'établissement d'hébergement organisé. Dans ce cas de figure, la proportion maximale de logements non exploités admissible est réduite de la valeur obtenue en multipliant par 13 % le quotient de la surface des logements au sens de l'alinéa 1 et de la somme des surfaces des logements au sens des alinéas 1 et 2. En d'autres termes, la proportion de logements non exploités pouvant être créés varie entre 33 et 20 pour cent en fonction de la part de logements destinés à la vente par rapport à l'ensemble des logements prévus (plus la part de logements destinés à la vente augmente, moins la proportion est élevée).

Autres conditions devant être remplies pour l'octroi d'un permis de construire: Outre la limitation proportionnelle du nombre maximal de logements non exploités admissible, ce type de logements, quel que soit le cas de figure, doit remplir les conditions suivantes:

- **Rentabilité:** L'établissement ne peut pas être exploité ou continuer d'être exploité de manière rentable sans les revenus produits par ces logements;
- **Preuve concernant les investissements:** Le propriétaire ou l'exploitant doit pouvoir prouver, sur demande, que les revenus issus des logements sont investis dans la construction ou l'exploitation de l'hébergement organisé⁵⁰.
- **Unité fonctionnelle:** Les logements s'inscrivent dans la même unité architecturale et fonctionnelle que l'entreprise d'hébergement organisé, à moins que des raisons liées à la protection des sites et du patrimoine ne s'y opposent. Selon le message LRS⁵¹, les logements peuvent par exemple former un ensemble groupé de maisons disposant d'équipements communs, d'un parc de stationnement central et d'installations communautaires qui sont à la disposition des propriétaires.

Expertise indépendante: Une expertise indépendante effectuée sur mandat de la personne requérante doit apporter la preuve que les conditions mentionnées ci-dessus sont remplies (art. 8, al. 5 LRS). Conformément aux commentaires de l'ARE concernant l'ordonnance sur les résidences secondaires, l'autorité d'octroi du permis de construire doit vérifier si l'expert qui a réalisé

⁵⁰ Aaron Pfammatter (Wolf/Pfammatter, ZWG-Kommentar, n. 12 ad art. 8 LRS) estime qu'on peut se demander de quelle manière la preuve concernant les investissements doit être apportée. Si une telle preuve est exigée, une simple déclaration attestant que les revenus sont investis dans l'exploitation devrait suffire. Le législateur ne précise pas dans quoi les revenus doivent être investis. Selon Pfammatter, il est possible d'utiliser les revenus pour couvrir les coûts et pertes courants ou pour assurer la rentabilité d'une autre manière, pour autant que les investissements permettent une bonne gestion de l'exploitation du point de vue économique.

⁵¹ Message LRS, FF 2014, p. 2229.

la proposition d'expertise qui lui est soumise offre la garantie d'une expertise indépendante. L'ARE mentionne à cet égard que la Société suisse de crédit hôtelier, par exemple, offre une telle garantie, ce qui n'est pas le cas d'une association interprofessionnelle⁵².

Contenu de l'expertise: Selon l'ARE, «[l']expertise doit se prononcer sur les aspects suivants:

- **Rentabilité:** il doit être établi que la création de résidences sans restrictions d'utilisation au sens de l'art. 7 al. 1 LRS sert au financement croisé d'un nouvel établissement d'hébergement organisé ou à la poursuite de l'exploitation d'un tel établissement.
- **Affectation des revenus:** il doit être établi que les revenus générés par les logements soient investis dans la construction ou l'exploitation de l'hébergement organisé et qu'ils sont nécessaires pour permettre ou pour poursuivre son exploitation économique. Sur demande le propriétaire ou l'exploitant doit fournir de telles preuves (v. art. 8 al. 1 let. b LRS). Le fait que les logements soient prévus pour la vente ou la location n'a aucune importance dans ce contexte.
- Plusieurs établissements peuvent créer ensemble des logements sans restriction d'utilisation au sens de l'art. 7, al. 1 LRS aux fins de financement susmentionnées. Les conditions au sens de l'art. 8, al. 1, let. a et b LRS doivent toutefois être remplies individuellement par chacun des établissements.

L'expertise ne doit pas se prononcer sur les critères au sens de l'art. 8, al. 1, let. c à e LRS.»⁵³

⁵² Commentaires ORSec, p. 6.

⁵³ Commentaires ORSec, ibid. L'autorité d'octroi du permis de construire a également la possibilité, afin de vérifier les informations fournies par les maîtres d'ouvrage sur l'existence, actuelle ou future, d'un établissement d'hébergement organisé, de demander un rapport technique au beco ou une expertise à un expert indépendant (p. ex. à la Société suisse de crédit hôtelier, SCH).

4.2.2 Réaffectation de chambres d'hôtel en logements non exploités (hôtels créés sous l'ancien droit)

Article 8 LRS

¹ Logements non exploités dans le cadre de constructions et de transformations hôtelières (cf. ch. 4.2.1 ci-dessus)

² Logements non exploités dans le cadre de constructions et de transformations hôtelières (cf. ch. 4.2.1 ci-dessus)

³ Logements non exploités dans le cadre de constructions et de transformations hôtelières (cf. ch. 4.2.1 ci-dessus)

⁴ Un établissement qui existait déjà le 11 mars 2012 peut être réaffecté en logements sans restriction d'utilisation au sens de l'art. 7, al. 1, à hauteur de 50 % de sa surface utile principale au plus, si les conditions suivantes sont remplies:

- a. il est exploité depuis 25 ans au moins;
- b. il ne peut plus être exploité de manière rentable ni être transformé en logements affectés à l'hébergement touristique;
- c. le fait qu'il ne peut plus être exploité de manière rentable n'est pas imputable à un comportement fautif du propriétaire ou de l'exploitant;
- d. aucun intérêt prépondérant ne s'y oppose.

⁵ Une expertise indépendante doit apporter la preuve que les conditions prévues aux al. 1 ou 4 sont remplies. Le Conseil fédéral fixe les modalités.

Article 5 ORSec

¹ L'expertise au sens de l'art. 8, al. 5, LRS s'effectue sur mandat du requérant. La désignation de l'expert nécessite l'accord de l'autorité compétente pour les autorisations de construire.

² Logements non exploités dans le cadre de constructions et de transformations hôtelières (cf. ch. 4.2.1 ci-dessus);

³ Dans les cas relevant de l'art. 8, al. 4, LRS, l'expertise doit s'exprimer sur:

- a. la rentabilité présente et future de l'exploitation;
- b. la durée de l'exploitation, et
- c. la question, si un éventuel comportement fautif du propriétaire ou de l'exploitant a conduit à ce que l'établissement concerné ne peut plus être géré de manière économique.

Réaffectation de chambres d'hôtel en logements non exploités dans des hôtels créés sous l'ancien droit: L'article 8, alinéa 4 LRS présente les conditions auxquelles les établissements d'hébergement organisés qui existaient déjà avant le 11 mars 2012 (hôtels créés sous l'ancien droit) peuvent réaffecter en logements sans restriction d'utilisation au sens de l'article 7, alinéa 1 LRS jusqu'à 50 pour cent au plus de leur surface utile.

Compte tenu de la garantie étendue des droits acquis, il est possible, conformément à l'article 11, alinéa 2 LRS appliqué par analogie, de démolir un bâtiment en entier, de le reconstruire dans les limites du volume et de la surface utile principale préexistants et d'exploiter la possibilité de créer, sur la moitié de cette surface, des logements sans restriction d'utilisation. En revanche, il n'est pas admissible de démolir une exploitation qui n'est pas rentable pour reconstruire uniquement des logements sans restriction d'utilisation, même si la limite fixée à 50 pour cent de la surface utile principale préexistante est respectée⁵⁴.

Expertise indépendante: Une expertise indépendante effectuée sur mandat de la personne

⁵⁴ Aaron Pfammatter, in: Wolf/Pfammatter, ZWG-Kommentar, n. 25 ad art. 8 LRS.

requérante doit apporter la preuve que les conditions posées pour la réaffectation sont remplies (art. 8, al. 5 LRS). Conformément aux commentaires de l'ARE concernant l'ordonnance sur les résidences secondaires, l'autorité d'octroi du permis de construire doit vérifier si l'expert qui a réalisé la proposition d'expertise qui lui est soumise offre la garantie d'une expertise indépendante. L'ARE mentionne à cet égard que la Société suisse de crédit hôtelier, par exemple, offre une telle garantie, ce qui n'est pas le cas d'une association interprofessionnelle⁵⁵.

Contenu de l'expertise: Conformément aux commentaires ORSec «[l']expertise doit fournir des informations sur les aspects suivants:

- **Durée de l'exploitation:** L'établissement d'hébergement doit avoir été exploité depuis au moins 25 ans; la durée doit exclure tout changement d'affectation abusif; 25 ans correspondent à un cycle d'amortissement et d'usure usuel; cette durée d'exploitation minimale est également réputée respectée si, pendant cette période, l'exploitation a été interrompue de façon usuelle suite à des transformations, des changements de propriétaire et d'autres situations similaires;
- **[Rentabilité insuffisante:]** il doit être établi que l'établissement d'hébergement ne peut plus être exploité de manière économique, même pas par une réaffectation en résidences secondaires non exploitées au sens de l'art. 8 al. 1 et 2 LRS. En outre, il doit être établi que l'exploitation ne peut pas être réaffecté en logement affectés à l'hébergement touristique;
- **[Absence de comportement fautif:]** la rentabilité insuffisante ne doit pas être due à un comportement fautif imputable au propriétaire ou à l'exploitant; il y a comportement fautif notamment lorsque des bénéfices ont été systématiquement prélevés de l'exploitation, alors qu'ils auraient dû être investis dans des travaux d'entretien et de remise en état ou provisionnés pour des investissements de rénovation;

L'expertise ne doit pas se prononcer sur le critère énoncé à l'art. 8, al. 4, let. d LRS.»⁵⁶

⁵⁵ Commentaires ORSec, p. 6.

⁵⁶ Commentaires ORSec, pp 6 et 7. L'autorité d'octroi du permis de construire a également la possibilité, afin de vérifier les informations fournies par les maîtres d'ouvrage relatives au fait qu'un établissement d'hébergement organisé a existé, de demander un rapport au beco ou une expertise à un expert indépendant (p. ex. à la Société suisse de crédit hôtelier, SCH).

4.2.3 Nouveaux logements sans restriction d'utilisation dans des bâtiments protégés

Article 9 LRS

¹ Dans les communes qui comptent une proportion de résidences secondaires supérieure à 20 %, de nouveaux logements sans restriction d'utilisation au sens de l'art. 7, al. 1, peuvent, à l'intérieur des zones à bâtir, être autorisés dans des bâtiments protégés ou caractéristiques du site si les conditions suivantes sont remplies:

- a. cela ne porte pas atteinte au caractère protégé du bâtiment, en particulier si son aspect extérieur et sa structure architecturale demeurent inchangés pour l'essentiel;
- b. la conservation à long terme du bâtiment ne peut pas être assurée d'une autre manière;
- c. aucun intérêt prépondérant ne s'y oppose.

² En dehors des zones à bâtir, la construction de nouveaux logements sans restriction d'utilisation au sens de l'art. 7, al. 1, est soumise aux dispositions du droit sur l'aménagement du territoire.

³ Demeurent réservées les autres conditions du droit fédéral et du droit cantonal.

Article 6 ORSec

¹ Les bâtiments caractéristiques du site au sens de l'art. 9, al. 1, LRS sont des constructions qui par leur emplacement et leur forme apportent une contribution essentielle à la qualité du site bâti à conserver et à l'identité de la localité.

² Les cantons mettent en place une procédure permettant de déterminer quels sont les bâtiments caractéristiques du site.

Art. 15a OC

¹ Les communes désignent les bâtiments caractéristiques du site au sens de l'art. 6 ORSec dans le cadre de la procédure d'édiction des plans d'affectation.

Nouveaux logements sans restriction d'utilisation dans des bâtiments protégés:

L'article 9 LRS énonce les conditions auxquelles de nouveaux logements sans restriction d'utilisation peuvent être autorisés dans des bâtiments protégés au sens de l'article 7, alinéa 1, à l'intérieur des zones à bâtir. Cette disposition vise à assurer la conservation des bâtiments protégés ainsi que des bâtiments caractéristiques du site. Si la conservation ne peut pas être assurée d'une autre manière, il convient d'autoriser, pour autant que les conditions soient remplies, l'utilisation des bâtiments concernés en tant que résidences secondaires, à savoir une affectation au logement sans restriction.

Examen préalable portant sur une restriction d'utilisation: Lorsqu'une demande relative à un nouveau logement dans un bâtiment protégé est déposée, il convient, selon le message LRS, de commencer par vérifier si une utilisation (partielle ou totale) en tant que résidence principale ou en tant que logement affecté à l'hébergement touristique peut être envisagée^{57 58}.

Pesée des intérêts: Même si toutes les autres conditions sont remplies, il s'agit, dans la pratique, de peser soigneusement les intérêts en présence: d'une part l'intérêt de protection de monuments

⁵⁷ Message LRS, FF 2014, p. 2230.

⁵⁸ Selon l'interprétation de Beat Stalder (Wolf/Pfammatter, ZWG-Kommentar, n. 37 ad art. 9 LRS), cette exigence doit être appliquée de manière raisonnable. Les preuves devant être demandées aux personnes requérantes dépendent de chaque cas particulier. Dans tous les cas, il convient de renoncer à demander des preuves disproportionnées, par exemple une véritable expertise de la rentabilité.

historiques ou de constructions caractéristiques d'un site ou d'un paysage et d'autre part l'intérêt à la limitation du nombre de résidences secondaires demandée par l'article constitutionnel. Comme exemples, le message LRS cite le cas d'une réaffectation à la résidence secondaire d'un ancien moulin bien conservé (dans lequel les intérêts prépondérants de la protection du patrimoine devraient souvent l'emporter) ainsi que celui d'un projet de réaffectation d'une ancienne étable indépendante (où le permis de construire devrait le plus souvent être refusé)⁵⁹. Il est recommandé, dans tous les cas, de consulter les services cantonaux concernés.

⁵⁹ Message LRS, FF 2014, pp 2230-2231.

Délimitation de la notion de bâtiments protégés en général: S'agissant de la notion de bâtiments protégés au sens de l'article 9, alinéa 1 LRS, le Conseil fédéral est dans un premier temps parti du principe que les conditions posées à l'octroi d'un permis de construire un logement sans restriction d'utilisation ne seraient remplies que pour les bâtiments qui sont protégés par une décision concrète et individuelle⁶⁰. La formulation de l'article 9 LRS ne répond pas à la question de savoir si un bâtiment protégé doit être placé sous protection par une décision concrète et individuelle, elle dit seulement qu'il doit être dans tous les cas «protégé». Il a été renoncé à faire figurer dans la LRS l'exigence d'une décision de protection individuelle.

Délimitation de la notion de bâtiments protégés dans le canton de Berne: Le fait qu'un objet figure dans le recensement architectural du canton de Berne au sens de l'article 10d, alinéa 1, lettre a LC comme étant «digne de conservation ou de protection» ne suffit pas pour que, si les conditions énoncées à l'article 9 LRS sont remplies, un logement sans restriction d'utilisation puisse y être créé. En revanche, la création d'un logement peut y être autorisée, toujours sous réserve des conditions de l'article 9 LRS, dans les deux cas suivants:

- classement d'un bâtiment conformément aux articles 13 ss LPat⁶¹;
- inscription d'un bâtiment digne de protection dans un plan d'affectation (plan de quartier communal, régional ou cantonal, réglementation fondamentale en matière de construction de la commune) de manière contraignante pour les propriétaires fonciers⁶².

Bâtiments caractéristiques du site: S'agissant des bâtiments caractéristiques du site, le Conseil fédéral est dans un premier temps parti du principe qu'ils devaient être caractéristiques d'un site désigné dans l'ISOS⁶³ et avoir été placés sous protection dans le cadre d'un plan d'affectation⁶⁴. L'article 9 LRS a été modifié par la suite. Par conséquent, l'ORSec se contente de donner une définition des bâtiments caractéristiques du site et laisse aux cantons le soin de créer une procédure de détermination des bâtiments qui remplissent les conditions, ce qui correspond à l'attribution des compétences dans le domaine de la protection de la nature et du paysage. Il a été renoncé à l'idée de préciser que, en cas de doute sur un site, celui-ci devait être inscrit dans l'ISOS⁶⁵.

Définition de la notion de bâtiments caractéristiques du site: Il s'agit des bâtiments qui se trouvent dans une zone centrale ou dans une zone de protection des sites et qui, en raison de leur aspect extérieur (cf. critères ci-dessous), exercent, dans l'espace public, une influence positive sur la spécificité du site.

⁶⁰ Message LRS, FF 2014, ibid.

⁶¹ Loi du 8 septembre 1999 sur la protection du patrimoine (LPat; RSB 426.41). Le bâtiment est dès lors protégé au sens de l'article 9 LRS. Le droit cantonal donne la priorité à l'accord de mise sous protection (classement). Etant donné que les mesures de protection arrêtées par convention ou par décision entrée en force doivent être mentionnées au registre foncier (art. 18 LPat) et que les monuments ainsi protégés sont inscrits dans la liste des biens du patrimoine immobilier classés, les exigences de l'article 9, alinéa 1 LRS sont remplies.

⁶² Une fois inscrite dans un plan d'affectation, la désignation d'un bâtiment comme étant digne de protection est contraignante et les restrictions d'utilisation au sens de l'article 10b, alinéas 1 et 2 LC sont applicables aux propriétaires fonciers, aux autres personnes privées, aux autorités et aux organisations de protection. Lorsque les restrictions d'utilisation légales s'appliquent, il serait contraire aux règles de la bonne foi que les avantages qui y sont liés le cas échéant ne soient pas garantis.

⁶³ Inventaire fédéral des sites construits à protéger en Suisse.

⁶⁴ Message LRS, FF 2014, p. 2231.

⁶⁵ Commentaires LRSec, p. 7. S'agissant de la mise sous protection de ces bâtiments, les explications relatives aux bâtiments protégés sont aussi valables; la Confédération part toutefois du principe que les cantons ont aussi la possibilité de prévoir l'élaboration d'un inventaire des bâtiments caractéristiques du site.

Critères applicables aux bâtiments caractéristiques du site (et devant tous être remplis):

- **forme** (volumétrie, architecture, qualité, caractéristique unique);
- **emplacement** (position reconnaissable au bord d'une route, à un croisement, «valeur de situation»);
- contribution à la **qualité du site bâti à conserver** et à l'**identité** de la localité (p. ex. du point de vue historique et culturel).

Possibilités de mise en œuvre dans la procédure d'édiction des plans d'affectation: Les communes doivent indiquer les bâtiments caractéristiques du site au sens de l'article 6 ORSec de la manière suivante dans la procédure d'édiction des plans d'affectation:

- mise en œuvre dans le cadre d'une procédure de révision ordinaire de l'aménagement local (cas idéal) ou
- réglementation d'un cas particulier dans le cadre de la procédure d'édiction des plans d'affectation ou dans un plan de quartier; dans ce cas, il convient de présenter dans le rapport explicatif au sens de l'article 47 OAT⁶⁶ une stratégie relative à l'ensemble du développement territorial portant sur toute la zone centrale ou toute la zone de protection des sites d'une commune ou au moins d'une localité.

Dans le rapport explicatif, il convient d'indiquer, pour tous les bâtiments concernés, en quoi il s'agit de bâtiments caractéristiques du site et dans quelle mesure ceux-ci contribuent, de par leur emplacement et leur forme, à la qualité du site bâti à conserver et à l'identité de la localité.

Bases pour la définition des bâtiments caractéristiques du site:

- inventaire fédéral des sites construits à protéger en Suisse (ISOS),
- inventaire des sites construits à protéger en Suisse (ISOS) d'importance régionale et locale⁶⁷,
- recensement architectural
- GAL sur le site construit (à l'intention des communes, notamment dans le but de les soutenir dans le développement de leur site construit)

Procédure ultérieure: Alors que le Service de l'aménagement local et régional de l'OACOT examine et approuve en règle générale la détermination des bâtiments caractéristiques du site dans la procédure d'édiction des plans d'affectation, il revient ensuite à la préfecture ou à la commune compétente d'octroyer le permis de construire. Conformément à l'article 9, alinéa 1, lettre a LRS, un permis de construire n'est octroyé que si le projet ne porte pas atteinte au caractère protégé du bâtiment, en particulier si son aspect extérieur et sa structure architecturale demeurent inchangés pour l'essentiel. Il convient en outre de prouver, dans la procédure d'octroi du permis de construire, que la conservation à long terme du bâtiment ne peut pas être assurée d'une autre manière (lit. b) et qu'aucun intérêt prépondérant ne s'y oppose (lit. c).

En dehors des zones à bâtir, il convient d'examiner l'admissibilité de nouveaux logements dans des bâtiments protégés selon les dispositions de la LAT relatives à la construction hors de la zone à bâtir. Il s'agit notamment des constructions dignes de protection au sens de l'article 24d, alinéa 2 LAT ainsi que des bâtiments protégés en tant qu'éléments caractéristiques du paysage. Ces derniers sont aujourd'hui régis par l'article 39, alinéas 2 à 5 OAT.

⁶⁶ Ordonnance du 28 juin 2000 sur l'aménagement du territoire (OAT; RS 700.1)

⁶⁷ Les sites construits d'importance régionale et locale ont été inventoriés dans un premier temps à l'aide des méthodes employées pour dresser l'ISOS. Ils ne font pas partie de celui-ci et n'ont donc pas d'effet juridique au sens de l'article 5 de la loi fédérale sur la protection de la nature et du paysage.

5. Modification de la construction et de l'utilisation de logements existants

5.1 Logements créés sous l'ancien droit

5.1.1 Définition

Article 10 LRS

Au sens de la présente loi, un logement créé selon l'ancien droit est un logement qui a été créé de manière conforme au droit en vigueur avant le 11 mars 2012 ou était au bénéfice d'une autorisation définitive à cette date.

Définition de la notion de «logements créés sous l'ancien droit»: L'article 10 LRS définit la notion de «logements créés sous l'ancien droit».

Garantie des droits acquis du point de vue du droit des résidences secondaires: Un logement créé de manière conforme au droit au 11 mars 2012 doit rester utilisable pour la fonction envisagée au moment du changement d'affectation ou du dépôt de la demande de permis de construire, comme le prévoit l'article 24c, alinéa 1 LAT, applicable par analogie. S'il n'est plus utilisé à des fins d'habitation depuis plus de dix ans, la garantie des droits acquis n'a en règle générale plus cours, à moins que le volume construit ait bien été conservé.

Utilisation à des fins commerciales: Les constructions qui ont été autorisées et érigées à des fins commerciales ne sont pas considérées comme des logements créés selon l'ancien droit. En revanche, un logement qui a été utilisé temporairement à des fins commerciales (bureau, étude) est considéré comme tel, pour autant qu'il puisse à nouveau être utilisé à des fins d'habitation sans que des travaux de constructions doivent être réalisés (p. ex. installation d'une cuisine)⁶⁸.

Logements créés selon l'ancien droit en dehors de la zone à bâtir: Le droit sur l'aménagement du territoire régit les logements créés selon l'ancien droit en dehors de la zone à bâtir. S'agissant des étables et des chalets d'alpage, il convient de tenir compte de la directive ISCB n°...; pour ces catégories de bâtiments, la question de l'utilisation en tant que résidence secondaire ne se pose pas, conformément à l'article 42 OAT. S'agissant des habitations conformes à l'affectation de la zone, tout changement d'affectation (logement en général) pouvant être autorisé en vertu du droit de l'aménagement du territoire doit impérativement être assorti de la charge «utilisation en tant que résidence principale ou en tant que logement assimilé à une résidence principale».

Questions relatives à l'application du droit dans le temps: Pour toutes les questions relatives à l'application du droit dans le temps, il convient de se référer aux articles 25 et 26 LRS.

Logements créés sous l'ancien droit dans des communes qui comptent désormais une proportion de résidences secondaires supérieure à 20 pour cent: Conformément au message LRS, le principe suivant s'applique aux constructions réalisées après le 11 mars 2012 dans des communes où la proportion de résidences secondaires n'a dépassé 20 pour cent qu'après l'entrée en vigueur de la LRS: «il est légitime de considérer que ces bâtiments sont préexistants au regard de la loi, mais pas à la lumière de l'art. 75b Cst. Par conséquent, la transformation ultérieure d'une résidence principale en une résidence secondaire, par exemple, ne peut pas être librement autorisée puisqu'un tel bâtiment a été réalisé sachant que l'art. 75b Cst. était en vigueur depuis le 11 mars 2012. L'appréciation de tels cas nécessite une

⁶⁸ Voir aussi l'aide à l'exécution du canton des Grisons relative à la LRS et à l'ORSec.

pesée des intérêts en présence dans chaque situation concrète et doit être laissée à la pratique.»⁶⁹

⁶⁹ Message LRS, FF 2014, pp 2231-2232.

5.1.2 Modification de la construction et de l'utilisation

Article 11 LRS

¹ Sous réserve de restrictions d'utilisation existantes ou futures du droit cantonal ou communal, le mode d'habitation des logements créés selon l'ancien droit est libre.

² De tels logements peuvent, dans les limites des surfaces utiles principales préexistantes, être rénovés, transformés et reconstruits. Lorsque des logements supplémentaires en résultent, ceux-ci peuvent être autorisés sans restriction d'utilisation selon l'art. 7, al. 1. Demeurent réservées les autres conditions du droit fédéral et du droit cantonal.

³ L'agrandissement des logements créés selon l'ancien droit au sein de la zone à bâtir ne peut excéder 30 % des surfaces utiles principales qui existaient le 11 mars 2012 dans la mesure où il n'en résulte aucun logement supplémentaire. Hors de la zone à bâtir, les agrandissements restent autorisés dans les limites des prescriptions relatives à la construction hors de la zone à bâtir.

⁴ Lorsque les agrandissements dépassent le plafond fixé à l'al. 3, ils sont autorisés pour autant que le logement soit déclaré en tant que résidence principale au sens de l'art. 7, al. 1, let. a, ou en tant que logement affecté à l'hébergement touristique au sens de l'art. 7, al. 1, let. b, en relation avec l'art. 7, al. 2, let. a ou b, et que les conditions d'autorisation y relatives soient remplies. L'autorité compétente pour les autorisations de construire assortit son autorisation d'une restriction d'utilisation correspondante et, immédiatement après l'entrée en force de l'autorisation de construire, ordonne à l'office du registre foncier de mentionner au registre la restriction d'utilisation relative au bien-fonds concerné.

Garantie des droits acquis: L'article 11, alinéas 1 et 2 garantit les droits acquis pour les logements créés sous l'ancien droit pour ce qui est de leur utilisation en tant que résidences secondaire. Dans la mesure où un logement créé sous l'ancien droit remplit l'une des conditions citées à l'article 10 LRS, son mode d'habitation est libre, conformément à l'article 11, alinéa 1 LRS. Des dispositions cantonales ou communales plus restrictives (p. ex. réglementation communale sur le taux d'habitation permanente) sont réservées.

Démolition suivie d'une reconstruction: Si la surface utile principale existante n'est pas agrandie, la garantie des droits acquis ne connaît pas de restriction. Le mode d'habitation du logement est libre. Dans cette situation, le propriétaire peut agrandir, transformer ou démolir puis reconstruire le logement en vue de l'utiliser comme résidence secondaire. Les autres dispositions légales en matière de construction et d'aménagement du territoire sont naturellement réservées.

Selon le message LRS, dans le cas d'une démolition suivie d'une reconstruction, un «léger déplacement du lieu d'implantation» est même possible⁷⁰. Par «déplacement léger» on entend, dans la zone à bâtir, un déplacement sur la même parcelle. En dehors de la zone à bâtir, il convient de se fonder sur la pratique relative à la LAT.

S'agissant des demandes de permis de construire pour une démolition suivie d'une reconstruction, il est indispensable que la personne requérante fournisse des plans satisfaisants du bâtiment existant. Il est en outre recommandé de se rendre sur place avant la démolition pour vérifier que les plans sont exacts.

Augmentation du nombre de logements, regroupements de logements: Les conditions applicables aux démolitions suivies d'une reconstruction permettent une augmentation du nombre de logements par la reconfiguration des locaux. En cas d'augmentation simultanée de la surface utile prin-

⁷⁰ Message LRS, FF 2014, p. 2232.

cipale, aucun logement supplémentaire sans restriction d'utilisation ne peut être créé⁷¹. Le regroupement de plusieurs logements en un ou plusieurs grands logements est admissible sans restriction d'utilisation. Les changements soumis à autorisation à l'intérieur du bâtiment (protection contre le feu et l'eau, etc.) sont réservés.

Agrandissement de logements créés selon l'ancien droit sans restriction d'utilisation:

L'article 11, alinéa 3 LRS fixe les limites dans lesquelles l'agrandissement de logements créés sous l'ancien droit sans restriction d'utilisation (résidences principales ou logements affectés à l'hébergement touristique) est possible, à savoir:

- **à l'intérieur de la zone à bâtir:** jusqu'à 30 pour cent au plus de la surface utile principale existante;
- **hors de la zone à bâtir:** dans les limites de la surface brute de plancher imputable et des prescriptions relatives à la construction hors de la zone à bâtir (art. 16 a et 24 ss LAT). Les dérogations de l'OACOT selon les articles 24 ss LAT sont dans tous les cas réservées.

Transfert des possibilités d'agrandissement à d'autres logements ou bâtiments: Le transfert des possibilités d'agrandissement à un autre logement du même bâtiment n'est pas expressément prévu dans la LRS, mais il respecte l'objectif poursuivi par celle-ci⁷². En revanche, tout transfert entre des logements appartenant à différents bâtiments est exclu.

Démolition suivie d'une reconstruction et agrandissement combinés: L'agrandissement de la surface utile principale de logements créés sous l'ancien droit jusqu'à 30 pour cent au plus est aussi possible sans restriction d'utilisation dans le cas d'une démolition suivie d'une reconstruction. L'article 11, alinéas 2 et 3 LRS doit permettre la rénovation du patrimoine existant et son agrandissement modéré sans restriction d'utilisation. C'est la raison pour laquelle il n'a pas semblé opportun, pour les logements qui ne sont pas soumis à la restriction d'utilisation «résidence principale», de ne permettre la démolition suivie d'une reconstruction que si les maîtres d'ouvrage renoncent à tout agrandissement de la surface utile principale⁷³. La démolition suivie d'une reconstruction et un agrandissement combinés sont en principe aussi possibles hors de la zone à bâtir, bien qu'il convienne à cet égard de distinguer entre les différentes exceptions prévues par les articles 24 ss LAT.

Agrandissement avec restriction d'utilisation: Lorsque l'agrandissement d'un logement créé sous l'ancien droit dépasse le plafond fixé à l'article 11, alinéa 3 LRS, le logement concerné doit être utilisé en tant que résidence principale ou en tant que logement affecté à l'hébergement touristique (art. 11, al. 4 LRS). L'autorité d'octroi du permis de construire assortit son autorisation d'une restriction d'utilisation et demande à l'office du registre foncier de mentionner cette dernière au registre⁷⁴.

Surfaces utiles principales et secondaires selon la norme SIA 416, chiffre 2: La norme SIA 416 est déterminante pour définir la notion de surface utile principale⁷⁵. Selon cette norme, toute surface qui sert à la destination et à l'utilisation du bâtiment fait partie de la surface utile. Celle-ci se compose

⁷¹ Si un grand logement est séparé plusieurs unités d'habitation et que, simultanément, la surface utile principale augmente, le propriétaire décide quels sont les logements inscrits en tant que résidences principales au registre foncier.

⁷² Contrairement à ce que prévoit l'aide à l'exécution du canton des Grisons relative à la LRS et à l'ORSec.

⁷³ Hors de la zone à bâtir aussi, il est possible d'agrandir la surface brute de plancher dans le cadre d'une démolition suivie d'une reconstruction, dans la mesure où la législation sur l'aménagement du territoire le permet.

⁷⁴ Si l'agrandissement prévu dépasse le plafond fixé à l'article 11, alinéa 3 LRS, il convient de donner aux personnes requérantes la possibilité de modifier leur projet ou de demander de quelle charge l'autorisation sera assortie et quelle est la restriction d'utilisation qui sera mentionnée au registre foncier.

⁷⁵ Message LRS, FF 2014, p. 2232.

de la surface utile principale et de la surface utile secondaire. Pour distinguer entre les différents types de surface (surface utile principale, surface utile secondaire, surfaces de construction, surfaces de dégagement, surfaces d'installations), il convient de se référer à l'ordonnance sur les notions et les méthodes de mesure dans le domaine de la construction (ONMC)⁷⁶.

Surface utile principale: La surface utile principale est la partie de la surface utile qui correspond à l'affectation et à l'utilisation principale du bâtiment au sens strict (p. ex. logement, activités)⁷⁷. En ce qui concerne les logements, il s'agit notamment des pièces habitables, des cuisines, des salles de bains, etc. Les espaces de bien-être et les piscines couvertes, notamment, font aussi partie de la surface utile principale, pour autant qu'ils bénéficient d'un éclairage naturel.

Surface utile secondaire: La surface utile secondaire est la partie de la surface utile qui vient compléter la surface utile principale. En ce qui concerne les logements, il s'agit par exemple de la buanderie, du grenier et des caves, des réduits, des espaces destinés aux véhicules, des abris, des locaux à poubelles, etc.

Ne font pas partie des surfaces utiles (principale et secondaire):

- les balcons,
- les galeries ouvertes,
- les entrées ouvertes;
- dans les bâtiments agricoles: le rural (écurie, remise, grange, etc.).

Pas de restriction d'utilisation en cas d'agrandissement des surfaces utiles secondaires ou de création d'annexes et de petites constructions: Etant donné que, selon l'ONMC, les annexes et petites constructions ne peuvent comprendre que des surfaces utiles secondaires, aucune restriction d'utilisation n'est nécessaire pour ces constructions. Dans les communes qui n'ont pas encore mis en œuvre l'ONMC et qui distinguent entre les annexes et petites constructions habitées et non habitées, il convient de procéder, pour les annexes et petites constructions habitées, de la même manière que pour les bâtiments principaux⁷⁸.

Dans le même ordre d'idées, de nouvelles places de stationnement, de nouveaux abris, des garages fermés, des balcons et des terrasses peuvent notamment être créés sans la restriction d'utilisation «résidence principale».

Dans les cas où l'agrandissement de la surface utile comporte un risque que la surface supplémentaire ainsi créée soit utilisée comme surface utile principale, le permis de construire doit être assorti d'une interdiction du changement d'affectation, qui doit être mentionnée au registre foncier.

⁷⁶ L'ordonnance du 25 mai 2011 sur les notions et les méthodes de mesure dans le domaine de la construction (ONMC; RSB 721.3) a permis au canton de mettre en œuvre ses obligations découlant de son adhésion à l'accord intercantonal du 22 septembre 2005 harmonisant la terminologie dans le domaine des constructions (AIHC). La notion de surface de plancher (art. 28 ONMC) est reprise de l'AIHC, qui se fonde sur la norme SIA 416 (2003) SN 504 416 (commentaire AIHC, état du 3.9.2013, relatif à l'indice brut d'utilisation du sol, chiffre 5). Il est donc possible de se fonder sur l'ONMC pour distinguer les différentes surfaces.

⁷⁷ Message LRS, FF 2014, p. 2232.

⁷⁸ Comme pour les logements créés sous l'ancien droit, il est par exemple possible de pourvoir à tout moment ces constructions d'une isolation extérieure, puisque celle-ci fait partie de la surface de construction.

5.1.3 Mesures en cas d'abus et d'évolutions indésirables

Article 12 LRS

¹ Au besoin, les cantons et les communes prennent les mesures nécessaires pour empêcher des abus et des évolutions indésirables qui pourraient résulter d'une utilisation sans limites de logements créés selon l'ancien droit en tant que résidences secondaires.

² A cette fin, les cantons peuvent limiter davantage que la présente loi la réaffectation en résidence secondaire d'un logement utilisé jusqu'ici comme résidence principale et les modifications prévues à l'art. 11, al. 2 à 4. Pour autant que les modifications de la construction et de l'utilisation ne soient pas soumises à autorisation de construire, les cantons peuvent les y soumettre.

Mesures visant à empêcher les abus et les évolutions indésirables: L'article 12, alinéa 1 LRS charge les cantons et les communes de prendre, au besoin, les mesures nécessaires pour empêcher les abus⁷⁹ liés à la réaffectation de logements créés selon l'ancien droit.

Limitation de la réaffectation de logements créés selon l'ancien droit: Conformément à l'article 12, alinéa 2 LRS, les cantons et les communes peuvent limiter les possibilités de réaffecter en résidences secondaires des logements utilisés jusqu'ici comme résidences principales en allant plus loin que les prescriptions de la LRS et soumettre les modifications de la construction et de l'affectation de logements existants qui y sont liées à l'obtention d'un permis de construire. La LRS permet en outre aux cantons d'édicter des prescriptions qui régissent de manière plus restrictive la création et l'utilisation de logements (art. 3, al. 2 LRS).

Mesures d'aménagement préventives: Selon le message LRS, les cantons et les communes doivent empêcher les évolutions indésirables en prenant des mesures d'aménagement préventives, par exemple en délimitant, dans un plan d'affectation, un périmètre à l'intérieur duquel les changements d'affectation de résidences principales en résidences secondaires ne sont autorisés que lorsque des raisons particulières l'exigent, ou si un contingent de changements d'affectation a été défini à l'avance⁸⁰.

⁷⁹ Selon le message LRS, FF 2014, p. 2233, des abus peuvent par exemple résulter du fait que des personnes domiciliées dans la commune vendent leur résidence principale au centre de la localité à des personnes de l'extérieur. Si ces personnes déménagent en parallèle dans une autre résidence principale, peut-être même nouvelle, dans la même commune, cela peut entraîner un dépeuplement des centres de localités, mais aussi un accroissement du mitage du paysage. Par ailleurs, la liberté de changer l'affectation d'une résidence principale en une résidence secondaire dans les communes touristiques peut avoir pour conséquence de chasser la population résidante des centres des villages où les résidences principales se raréfient et deviennent inabordables.

⁸⁰ Message LRS, FF 2014, p. 2233.

5.2 Modification et suspension des restrictions d'utilisation

5.2.1 Modification de restrictions d'utilisation

Article 13 LRS

¹ Les modifications des restrictions d'utilisation suivantes requièrent une autorisation de construire:

- a. la modification de l'utilisation prévue à l'art. 7, al. 1, let. a, en utilisation comme logement affecté à l'hébergement touristique;
- b. la modification de l'utilisation dans le cadre des catégories d'utilisation prévues à l'art. 7, al. 2.

Article 7 ORSec

¹ Un logement soumis à une restriction d'utilisation selon l'art. 7, al. 1, let. b, LRS peut aussi être utilisé en tant que logement selon l'art. 7, al. 1, let. a, LRS.

² Le propriétaire du logement doit annoncer le changement d'utilisation à l'autorité compétente pour les autorisations de construire dans un délai de 30 jours dès l'emménagement dans le logement.

Réaffectations soumises à l'obtention d'un permis de construire: Selon l'article 13 LRS, les réaffectations suivantes sont soumises à l'obtention d'un permis de construire:

- transformation d'une résidence principale en logement affecté à l'hébergement touristique,
- transformation d'un logement dans le même bâtiment que celui où le propriétaire a son domicile principal en un logement exploité en la forme hôtelière et inversement.

S'agissant des logements créés sous l'ancien droit⁸¹, les changements d'affectation simples (logement à logement) qui n'ont pas de répercussions sur l'équipement ou l'environnement ne nécessitent pas, du point de vue de la LRS, l'obtention d'un permis de construire⁸².

Cas douteux⁸³: En cas de doute sur la nécessité d'obtenir un permis de construire pour un projet particulier, le préfet ou la préfète statue sur la base de l'article 48 DPC⁸⁴.

Réaffectations soumises à l'obligation d'annoncer: La transformation d'un logement affecté à l'hébergement touristique en résidence principale ou en logement assimilé à une résidence principale (art. 7 LRS) est soumise à l'obligation d'annoncer.

Réaffectations sans obligation d'obtenir un permis de construire ni d'annoncer: La réaffectation d'une résidence principale en logement assimilé à une résidence principale n'est pas soumise à l'obligation d'obtenir un permis de construire ni à celle d'annoncer.

⁸¹ Logements déjà existants ou au bénéfice d'une autorisation définitive le 11 mars 2012.

⁸² Si la commune dispose de prescriptions sur le taux d'habitation permanente, tous les changements d'affectation requièrent un permis de construire, puisque le simple fait de changer d'affectation a des répercussions sur le règlement de zone, qui prévoit un nombre minimal de résidences principales (Rolf Mühlemann, «Umnutzung einer Wohnung zu einer Zweitwohnung: Baubewilligungspflicht?», bulletin du GAC 1/2012, p. 12).

⁸³ Dans le cas où un voisin ou une organisation ayant qualité pour faire opposition constate par la suite qu'un changement d'affectation a eu lieu sans qu'un permis de construire ait été obtenu, il ou elle peut, même si la préfecture en a décidé autrement, former un recours dans les 30 jours à compter de la constatation et faire valoir qu'un permis de construire aurait été nécessaire.

⁸⁴ Décret du 22 mars 1994 concernant la procédure d'octroi du permis de construire (DPC; RSB 725.1).

5.2.2 Suspension des restrictions d'utilisation

5.2.2.1 Suspension en raison de circonstances particulières

Article 14 LRS

¹ L'autorité compétente pour les autorisations de construire suspend, à la demande du propriétaire, une restriction d'utilisation au sens de l'art. 7, al. 1, pendant une durée déterminée, lorsque l'une des conditions suivantes est remplie:

- a. la restriction d'utilisation ne peut temporairement pas être respectée en raison de circonstances particulières telles que décès, changement de domicile ou changement d'état civil;
- b. *[Suspension dans le cas où aucun locataire ne peut être trouvé: cf. ch. 5.2.2.2 ci-après].*

² *[Suspension dans le cas où aucun locataire ne peut être trouvé: cf. ch. 5.2.2.2 ci-après].*

³ *[Suspension dans le cas où aucun locataire ne peut être trouvé: cf. ch. 5.2.2.2 ci-après].*

⁴ Le Conseil fédéral règle la durée des suspensions et de leurs prolongations, ainsi que les détails de la preuve au sens de l'al. 1, let. b, en particulier les exigences relatives à la mise sur le marché du logement.

Article 8 ORSec: Suspension conformément à l'art. 14, al. 1, let. a, LRS

¹ L'autorité compétente pour les autorisations de construire limite la suspension à une durée de deux ans au plus, en vertu de l'art. 14, al. 1, let. a, LRS. Elle peut exceptionnellement prolonger ce délai de deux ans au plus si des motifs pertinents le justifient.

² Une nouvelle prolongation est admise si les conditions énoncées à l'art. 9 sont remplies.

Conditions d'une suspension des restrictions d'utilisation en raison de circonstances particulières: L'article 14, alinéa 1, lettre a LRS permet la suspension des restrictions d'utilisation dans les cas où une restriction d'utilisation ne peut pas, pour des raisons objectives, être temporairement respectée⁸⁵.

La suspension a valeur de dérogation. C'est pourquoi elle requiert des circonstances particulières, et exige qu'on soit en présence d'un cas spécial. Il convient par conséquent de faire preuve de modération⁸⁶.

Circonstances particulières: L'article 14, alinéa 1, lettre a LRS cite à titre d'exemple de circonstances qui peuvent justifier une suspension les cas suivants (liste non exhaustive⁸⁷):

- décès,
- changement de domicile,
- changement d'état civil.

Procédure: Le propriétaire adresse la demande de suspension à l'autorité d'octroi du permis de construire qui a assorti l'autorisation d'une restriction d'utilisation. La demande doit être admise lorsque le propriétaire peut prouver que les conditions d'une suspension sont remplies. La demande de suspension doit être publiée dans la feuille officielle d'avis ainsi que dans la Feuille officielle du Jura bernois.

⁸⁵ Message LRS, FF 2014, p. 2233.

⁸⁶ Jäger/Hauser, in: Wolf/Pfammatter, ZWG-Kommentar, n. 9 ad art. 14 LRS.

⁸⁷ Jäger/Hauser, op. cit., n. 23 ad art. 14 LRS. Les deux auteurs mentionnent d'autres exemples de circonstance particulière: déménagement soudain à la suite d'un changement de travail, divorce ou mariage, modification de la situation personnelle en raison d'un handicap ou de l'âge.

Durée de la suspension et prolongation: L'autorité compétente suspend la restriction d'utilisation pour une durée déterminée de deux ans au plus.

Elle peut, dans des cas exceptionnels, prolonger la suspension de deux au plus, lorsque des motifs pertinents le justifient (art. 8 ORSec). La prolongation de la suspension n'est possible que si les conditions énoncées à l'article 9 ORSec⁸⁸ sont remplies.

Ni l'ORSec ni les commentaires y relatifs ne précisent ce qui est entendu par motifs pertinents. Jusqu'à ce qu'une pratique judiciaire relative à cette disposition soit établie, la question relève de l'appréciation de l'autorité d'octroi du permis de construire.

⁸⁸ Suspension dans le cas où aucun locataire ne peut être trouvé (cf. ch. 5.2.2.2 ci-après).

5.2.2.2 Suspension dans le cas où aucun locataire ne peut être trouvé

Article 14 LRS

¹ L'autorité compétente pour les autorisations de construire suspend, à la demande du propriétaire, une restriction d'utilisation au sens de l'art. 7, al. 1, pendant une durée déterminée, lorsque l'une des conditions suivantes est remplie:

- a. *[Suspension en raison de circonstances particulières: cf. chiffre 5.2.2.1 ci-dessus];*
- b. le propriétaire apporte la preuve que le logement a été proposé sur le marché et qu'il a vainement recherché des personnes disposées à utiliser légalement le logement à un prix raisonnable.

² Elle prolonge la suspension selon l'al. 1, let. b, lorsque le propriétaire apporte la preuve que les exigences sont toujours remplies.

³ Elle ordonne, en même temps que la suspension au sens de l'al. 1, let. b, et lors de chaque prolongation, une réestimation de la valeur officielle du logement aux frais du requérant.

⁴ Le Conseil fédéral règle la durée des suspensions et de leurs prolongations, ainsi que les détails de la preuve au sens de l'al. 1, let. b, en particulier les exigences relatives à la mise sur le marché du logement.

Article 9 ORSec: Suspension conformément à l'art. 14, al. 1, let. b, LRS

¹ L'autorité compétente pour les autorisations de construire limite la suspension à une durée de deux ans au plus, en vertu de l'art. 14, al. 1, let. b, LRS. Elle prolonge la suspension si le propriétaire fournit la preuve que les conditions énoncées à l'art. 14, al. 1 let. b, LRS sont toujours remplies. La prolongation est à chaque fois de deux ans au plus.

² Le propriétaire doit attester dans chaque cas:

- a. que des annonces ont régulièrement été publiées selon les usages du marché;
- b. que le logement a été proposé aux conditions usuelles du marché et conformes à l'usage local, et
- c. que le logement a été en tout temps prêt à être occupé par un locataire ou un acquéreur.

³ A défaut de preuve selon l'art. 14, al. 1, let. b, LRS, l'autorité compétente pour les autorisations de construire refuse la suspension. Si des mesures administratives prévues à l'art. 17 LRS sont envisagées, elle transmet le dossier à l'autorité compétente.

⁴ Sur requête du propriétaire, l'office du registre foncier, dans le cas prévu à l'art. 14, al. 1, let. b, LRS, complète la mention de la restriction d'utilisation par l'indication de la suspension temporaire.

Conditions d'une suspension des restrictions d'utilisation dans le cas où aucun locataire ne peut être trouvé: L'article 14, alinéa 1, lettre *b* LRS prévoit la suspension des restrictions d'utilisation dans le cas où, objectivement, aucun locataire n'a pu être trouvé dans le respect de ces restrictions. Le propriétaire doit prouver que le logement a été proposé sur le marché et que, la demande étant inexistante, il ne se trouve personne pour faire un usage légal du logement aux conditions usuelles du marché local. Pour les logements affectés à l'hébergement touristique, cela signifie également que les recherches pour trouver des personnes disposées à utiliser légalement le logement comme résidence principale ont été vaines.

La suspension d'une restriction d'utilisation en vertu du droit sur les résidences secondaires dans le cas où aucun locataire ne peut être trouvé a également valeur de dérogation. C'est pourquoi elle requiert des circonstances particulières et exige qu'on soit en présence d'un cas spécial. Il convient par conséquent de faire preuve de modération⁸⁹.

⁸⁹ Jäger/Hauser, in: Wolf/Pfammatter, ZWG-Kommentar, n. 9 ad art. 14 LRS.

Procédure: La suspension intervient sur requête du propriétaire. Une demande est adressée à l'autorité d'octroi du permis de construire qui a assorti l'autorisation d'une restriction d'utilisation. La demande de suspension doit être publiée dans la feuille officielle d'avis ainsi que dans la Feuille officielle du Jura bernois.

Elle doit être admise lorsque le propriétaire peut prouver que les conditions d'une suspension sont remplies. Dans le cas où la suspension est demandée pour la raison qu'aucun locataire n'a pu être trouvé, le propriétaire doit, selon l'article 9, alinéa 2 ORSec, dans tous les cas prouver:

- que des annonces ont régulièrement été publiées dans des médias ou sur des portails Internet appropriés ou à d'autres endroits également appropriés (affichages par exemple);
- que le logement a été proposé aux conditions usuelles du marché et conformes à l'usage local, et
- que le logement a été en tout temps prêt à être occupé par un locataire ou un acquéreur.

La tâche de l'autorité consiste à décider compte tenu de toutes les circonstances si les indications correspondantes et la situation locale du marché permettent suffisamment de conclure qu'aucun locataire ou acheteur ne peut être trouvé pour une utilisation conforme à la restriction d'utilisation

Refus de la suspension: Conformément à l'article 9, alinéa 3 ORSec, l'autorité d'octroi du permis de construire doit refuser la suspension si la preuve qu'aucun locataire ne peut être trouvé n'a pas été apportée. Dans le cas où des mesures administratives au sens de l'article 17 LRS sont envisagées, l'autorité d'octroi du permis de construire transmet le dossier à l'autorité compétente pour prendre de telles mesures.

Réestimation de la valeur officielle du logement: Dans le cas d'une suspension pour la raison qu'aucun locataire ne peut être trouvé, l'autorité d'octroi du permis de construire est tenue, selon l'article 14, alinéa 3 LRS, d'ordonner une réestimation de la valeur officielle du logement aux frais de la personne requérante. Les changements de la valeur officielle résultant de la suspension doivent ainsi être pris en compte notamment sur le plan fiscal.

Durée de la suspension et prolongation: Dans le cas où aucun locataire ne peut être trouvé, l'autorité d'octroi du permis de construire suspend la restriction d'utilisation pour une durée de deux ans au plus. Elle prolonge la suspension lorsque le propriétaire apporte la preuve que les exigences formulées à l'article 14, alinéa 1, lettre *b* LRS sont toujours remplies (aucun locataire ne peut être trouvé malgré le fait que le logement est proposé sur le marché). La prolongation est de deux ans au plus (art. 9, al. 1 ORSec).

Mention de la suspension au registre foncier: La suspension de la restriction d'utilisation pour la raison qu'aucun locataire ne peut être trouvé n'est pas mentionnée d'office au registre foncier, mais uniquement si le propriétaire le demande, conformément à l'article 9, alinéa 4 ORSec. Ce dernier doit alors soumettre au bureau du registre foncier la décision de suspension de l'autorité d'octroi du permis de construire⁹⁰.

⁹⁰ Commentaires ORSec, p. 8.

6. Exécution

6.1 Autorité de surveillance

Article 15 LRS

Chaque canton désigne une autorité chargée de surveiller l'exécution de la présente loi.

Article 71a, alinéa 4 projet LC

⁴ Le préfet compétent ou la préfète compétente est l'autorité de surveillance au sens de la législation fédérale sur les résidences secondaires.

Autorité cantonale de surveillance: Conformément à l'article 15 LRS, chaque canton désigne une autorité chargée de surveiller l'exécution de la loi. L'autorité de surveillance ne doit pas nécessairement être la même pour tout le canton. On peut imaginer par exemple que les grands cantons mettent en place plusieurs autorités régionales de surveillance⁹¹.

Préfectures: Selon l'article 71a, alinéa 4 LC, le préfet compétent ou la préfète compétente est l'autorité de surveillance au sens de la législation fédérale sur les résidences secondaires (de même que dans la procédure de police des constructions)⁹². En cas de doute, il est par conséquent recommandé aux communes de prendre contact avec la préfecture compétente.

⁹¹ Message LRS, FF 2014, pp 2234-2235.

⁹² Article 45, alinéa 1 LC.

6.2 Obligations d'annoncer

Article 16 LRS

¹ L'autorité chargée du contrôle des habitants dans une commune qui compte une proportion de résidences secondaires supérieure à 20 % annonce à l'autorité compétente pour les autorisations de construire les personnes qui:

- a. changent de logement à l'intérieur de la commune;
- b. quittent la commune;
- c. s'établissent dans une autre commune.

² L'office du registre foncier annonce à l'autorité compétente pour les autorisations de construire l'inscription faite au registre foncier du transfert de la propriété d'un bien-fonds sis dans une commune qui compte une proportion de résidences secondaires supérieure à 20 % pour lequel une restriction d'utilisation au sens de l'art. 7, al. 1, est mentionnée. Les cantons règlent l'exécution de ces annonces.

³ Les informations du contrôle des habitants et du registre foncier nécessaires à la mise en œuvre des art. 4 et 7 peuvent être saisies dans le Registre fédéral des bâtiments et des logements. L'autorité compétente pour la mise à jour de ce registre effectue la saisie.

But des obligations d'annoncer: Les changements d'affectation non conformes aux conditions fixées sont contraires au droit. Les obligations d'annoncer du contrôle des habitants des communes comptant une proportion de résidences secondaires supérieure à 20 pour cent ainsi que des bureaux du registre foncier contribuent à limiter le risque que de tels changements aient lieu. L'obligation d'annoncer des bureaux du registre foncier n'implique toutefois aucune restriction concernant les transferts (aliénation, revente) de biens-fonds. Cette disposition correspond à la notion de condition d'utilisation (charge) en tant que simple limitation de l'utilisation et non pas en tant que restriction de l'usage du bien⁹³.

Obligation d'annoncer du contrôle des habitants: Conformément à l'article 16, alinéa 1 LRS, le contrôle des habitants des communes comptant une proportion de résidences secondaires supérieure à 20 pour cent est tenu d'annoncer les personnes suivantes: les personnes qui changent de logement à l'intérieur de la commune, celles qui quittent la commune et celles qui s'établissent dans une autre commune.

Obligation d'annoncer des bureaux du registre foncier: L'article 16, alinéa 2 LRS règle l'obligation des bureaux du registre foncier d'annoncer l'inscription au registre foncier de transferts de propriété concernant des bien-fonds assortis d'une restriction d'utilisation dans les communes comptant une proportion de résidences secondaires supérieure à 20 pour cent. Il revient aux cantons de régler les modalités des annonces⁹⁴.

Destinataires des annonces: Conformément à l'article 16, alinéas 1 et 2 LRS, l'annonce doit être faite à l'autorité d'octroi du permis de construire compétente. Dans le canton de Berne, il arrive que l'autorité d'octroi du permis de construire et l'autorité de police des constructions soient deux entités distinctes. Or c'est à l'autorité de police des constructions qu'il revient de contrôler que les restrictions d'utilisation sont respectées. C'est pourquoi les bureaux du registre foncier doivent toujours adresser leurs annonces aux communes, qui les font parvenir aussi rapidement que possible aux responsables de la police des constructions. Les annonces des contrôles des habitants

⁹³ Message LRS, FF 2014, p. 2235.

⁹⁴ Il conviendrait le cas échéant de vérifier qu'au moins la procédure d'annonce des bureaux du registre foncier conformément à l'article 16, alinéa 2 LRS est réglée dans l'ordonnance sur les constructions.

doivent aussi toujours être adressées au service de la commune compétent pour la police des constructions⁹⁵.

Inscription de logements avec des restrictions d'utilisation dans le Registre fédéral des bâtiments et des logements (RegBL): L'article 16, alinéa 3 LRS crée, pour toute la Suisse, la base légale permettant l'utilisation des données du RegBL pour la mise en œuvre de la LRS. Pour décharger les communes de tâches administratives disproportionnées, les informations collectées en application de la loi sur l'harmonisation des registres (attribution d'un logement du RegBL à des personnes répertoriées dans le Registre des habitants) doivent être mises à disposition. De plus, les communes peuvent mentionner les logements grevés d'une restriction d'utilisation au sens de l'article 7 LRS dans la banque de données du RegBL⁹⁶. Les informations mentionnées à l'article 16, alinéa 3 LRS complètent les caractères figurant à l'article 5 de l'ordonnance sur le Registre fédéral des bâtiments et des logements⁹⁷ et ne comportent en aucun cas des caractéristiques personnelles.

⁹⁵ Les annonces des contrôles des habitants et des bureaux du registre foncier à l'autorité de police des constructions devraient être faites aussi rapidement que possible. Les instruments de police des constructions sont plus efficaces lorsqu'ils sont utilisés à temps. Dans certaines circonstances, une interdiction d'utiliser une construction permet d'empêcher une utilisation inadmissible.

⁹⁶ Message LRS, FF 2014, p. 2235.

⁹⁷ Ordonnance du 31 mai 2000 sur le Registre fédéral des bâtiments et des logements (RS 431.841).

6.3 Mesures administratives en cas d'utilisation illicite et exécution

Article 17 LRS

¹ Si un logement soumis à une restriction d'utilisation au sens de l'art. 7, al. 1, n'est pas utilisé conformément à la loi, l'autorité compétente impartit au propriétaire, sous la menace d'une exécution d'office et de la peine prévue à l'art. 292 du code pénal¹, un délai pour le rétablissement d'un état conforme au droit. Sur requête du propriétaire, elle peut accorder un délai supplémentaire lorsque cela se justifie.

² Si le propriétaire ne met pas fin à l'état contraire au droit dans le délai imparti, l'autorité compétente interdit l'utilisation du logement et ordonne sa mise sous scellés.

³ L'autorité compétente prend les mesures nécessaires au rétablissement d'un état conforme au droit. Elle peut en particulier mettre le logement en location en respectant la restriction d'utilisation au sens de l'art. 7, al. 1.

⁴ Lorsque des membres ou des employés des autorités compétentes en matière de constructions apprennent, en cette qualité, qu'une infraction a été commise, ils sont tenus de la dénoncer sans délai à l'autorité de surveillance au sens de l'art. 15.

Article 18 LRS

¹ L'autorité compétente a tous les droits et devoirs nécessaires pour rétablir une utilisation conforme au droit à la place du propriétaire.

² Elle peut confier l'exécution des mesures nécessaires à des tiers.

³ Les recettes provenant de la mise en location prévue à l'art. 17, al. 3, reviennent au propriétaire, sous déduction des frais de l'autorité compétente ou, le cas échéant, des tiers mandatés.

Article 45 LC

¹ L'autorité communale compétente exerce la police des constructions sous la surveillance du préfet.

² Les organes de la police des constructions prennent, dans les limites de leurs compétences, toutes les mesures nécessaires à l'application de la présente loi ainsi que des dispositions et décisions fondées sur elle. Il leur incombe en particulier

- a de contrôler le respect des prescriptions en matière de construction, des conditions et charges liées au permis de construire ainsi que des dispositions concernant la sécurité et l'hygiène du travail lors de la réalisation des projets de construction;
- b de faire rétablir l'état conforme à la loi lorsque les travaux de construction sont illicites ou que les prescriptions en matière de construction ou les conditions et charges sont violées ultérieurement;
- c de faire supprimer les perturbations de l'ordre public causées par des bâtiments et installations inachevés, mal entretenus ou de toute autre manière contraires aux dispositions légales.

³ Les autorités de la police des constructions peuvent être autorisées par le préfet à pénétrer dans des bâtiments et locaux habités lorsque c'est la seule manière possible de constater des faits pertinents et importants. Au besoin, les organes de la police communale ou cantonale se tiennent à leur disposition.

Article 47 DPC

¹ L'autorité communale de police des constructions veille à ce que les prescriptions légales ainsi que les dispositions, charges et conditions du permis de construire soient observées lors de l'exécution du projet.

² Elle contrôle l'exécution du projet de construction en se basant sur la déclaration spontanée en

matière de police des constructions établie par la personne responsable.

³ Elle peut s'adjoindre les services cantonaux spécialisés si leurs compétences sont nécessaires au contrôle.

⁴ Elle a l'obligation de contrôler sur place

a le banquetage,

b le raccordement des conduites d'eaux usées au réseau public,

c les installations d'infiltration.

⁵ Si elle n'a pas octroyé elle-même le permis de construire, elle remet un double du procès-verbal de réception des contrôles à l'autorité d'octroi du permis de construire.

⁶ Elle veille à faire rétablir l'état conforme à la loi lorsque les travaux de construction sont illicites ou que des prescriptions en matière de construction ou de conditions et charges n'ont pas été observées ultérieurement (art. 46 et 47 LC). A cet égard, elle respecte les principes de la proportionnalité et de la protection de la bonne foi.

⁷ Elle veille à l'élimination des perturbations de l'ordre public dues à des constructions et installations inachevées, entretenues de manière négligente ou contraires de toute autre façon à la réglementation (art. 45, 2^e al. lit. c et art. 47 LC).

⁸ Elle communique le début des travaux, par acte judiciaire ou lettre recommandée, aux personnes qui ont annoncé une demande en compensation des charges (art. 31, 2^e al. LC).

Mesures administratives en cas d'utilisation illicite et exécution: Les obligations et les mesures en matière de police des constructions au sens des articles 17 et 18 LRS, qui visent la mise en œuvre des restrictions d'utilisation liées à la législation sur les résidences secondaires, complètent les prescriptions en matière de police des constructions de la législation cantonale, qui restent inchangées (art. 45 ss LC, art. 47 DPC)⁹⁸.

Utilisation non conforme: On parle d'utilisation non conforme lorsque la condition d'utilisation fixée («résidence principale» ou «logement affecté à l'hébergement touristique») n'est pas respectée, sans que les conditions d'une suspension ou d'une modification de la condition d'utilisation soient remplies⁹⁹.

Procédure en trois étapes: L'article 17 LRS prévoit une procédure en trois étapes en cas de non-respect des restrictions d'utilisation au sens de l'article 7, alinéa 1 LRS («résidence principale» ou «logement affecté à l'hébergement touristique»).

– Au cours de la première étape, l'autorité compétente en matière de (police des) constructions impartit au propriétaire, sous la menace d'une exécution d'office et de la peine prévue à l'article 292 du code pénal¹⁰⁰, un délai pour le rétablissement d'un état conforme au droit. Sur requête du propriétaire, elle peut accorder un délai supplémentaire lorsque cela se justifie (art. 17, al. 1 LRS).

– Au cours de la deuxième étape, l'autorité compétente interdit l'utilisation du logement et ordonne sa mise sous scellés si le propriétaire n'a pas mis fin à l'état contraire au droit dans le délai impartit (art. 17, al. 2 LRS)¹⁰¹.

– Au cours de la troisième étape, l'autorité compétente prend les mesures nécessaires au réta-

⁹⁸ Le rétablissement de l'état conforme au droit, lorsque des prescriptions en matière de construction ou de conditions et charges n'ont pas été observées ultérieurement, fait aussi partie des tâches de la police des constructions (art. 46 LC et 47, al. 6 DPC).

⁹⁹ Message LRS, FF 2014, p. 2236.

¹⁰⁰ Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP ; RS 311.0).

¹⁰¹ Cette manière de procéder correspond à la pratique déjà appliquée dans les communes disposant de prescriptions propres sur le taux d'habitation permanente.

blissement d'un état conforme au droit. Elle peut en particulier mettre le logement en location en respectant la restriction d'utilisation au sens de l'article 7, alinéa 1 LRS.

Obligation d'annoncer des autorités de police des constructions à l'autorité de surveillance: Conformément à l'article 17, alinéa 4 LRS, les membres des autorités compétentes en matière de construction sont tenus d'annoncer à l'autorité de surveillance au sens de l'article 15 (préfecture) les infractions dont ils ont connaissance dans l'exercice de leur fonction.

La LRS ne prévoit pas d'obligation de dénoncer, contrairement à ce qui était prévu dans le projet de loi. Par conséquent, l'autorité de police des constructions n'est en principe pas tenue de procéder à des dénonciations. Cependant, si cela s'avère indispensable et que les autres instruments utilisés en cas de non-respect des charges liées à l'utilisation se révèlent inefficaces, l'autorité de police des constructions ne peut, dans certaines circonstances, pas éviter la dénonciation¹⁰². Le non-respect de l'obligation de dénoncer peut avoir des conséquences pénales, par exemple s'il constitue une entrave à l'action pénale au sens de l'article 305 CP¹⁰³.

Exécution des mesures administratives en cas d'utilisation illicite: L'article 18 LRS règle la procédure appliquée par les autorités de police des constructions lors de l'exécution des mesures en cas d'utilisation illicite:

- Conformément à l'article 18, alinéa 1 LRS, l'autorité de police des constructions compétente a tous les droits et devoirs nécessaires pour rétablir une utilisation conforme au droit à la place du propriétaire.
- L'article 18, alinéa 2 LRS prévoit la possibilité, pour les autorités, de confier l'exécution des mesures nécessaires à des tiers, par exemple à une gérance ou une régie immobilière privée ou à une société fiduciaire.
- Les recettes provenant de la mise en location par l'autorité reviennent au propriétaire, sous déduction des frais de l'autorité compétente (art. 18, al. 3 LRS).

¹⁰² Dans l'intérêt d'une mise en œuvre efficace et durable du droit public, les autorités communales de police des constructions et, à titre subsidiaire, les préfectures, en leur qualité d'autorités de surveillance, doivent toutefois dénoncer les violations graves ou répétées de la réglementation en matière de construction (Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4^e édition, vol. I, Berne 2013, art. 50, n. 3).

¹⁰³ Message LRS, FF 2014, p. 2236.

6.4 Evaluation

Article 19 LRS

¹ L'Office fédéral du développement territorial analyse régulièrement les effets de la présente loi, en collaboration avec le Secrétariat d'Etat à l'économie. Son analyse tient notamment compte des effets de la loi sur le développement touristique et économique des régions concernées.

² Les départements concernés présentent périodiquement un rapport au Conseil fédéral. Si nécessaire, ce rapport propose des mesures, notamment dans le domaine de la promotion économique. Il est élaboré pour la première fois quatre ans après l'entrée en vigueur de la présente loi.

Effets sur le développement touristique et économique: L'article 19, alinéa 1 LRS charge l'Office fédéral du développement territorial (ARE), en collaboration avec le Secrétariat d'Etat à l'économie (Seco), d'analyser régulièrement les effets de la LRS au niveau fédéral. Les répercussions sur le développement touristique et économique des régions concernées doivent en particulier être prises en compte.

Rapport au Conseil fédéral: L'article 19, alinéa 2 LRS charge les départements concernés de présenter périodiquement un rapport au Conseil fédéral. Ce rapport doit, si nécessaire, proposer des mesures, notamment dans le domaine de la promotion économique. Il est, selon le texte de loi, «élaboré pour la première fois quatre ans après l'entrée en vigueur de la [...] loi» et «contien[t] si nécessaire des propositions concernant des mesures à prendre et des modifications à effectuer dans la législation sur les résidences secondaires»¹⁰⁴.

Réserve relative à la compétence des communes et des cantons: Les articles 3 (tâches et compétences des cantons) et 12 (mesures du canton et des communes contre les abus et les évolutions indésirables) LRS sont toutefois réservés.

¹⁰⁴ Message LRS, FF 2014, p. 2236.

6.5 Questions de procédure

Article 20 LRS

¹ La mise à l'enquête de demandes d'autorisation de construire et la communication des décisions d'autorisation de construire sont entièrement régies par les prescriptions cantonales. L'art. 112, al. 4, de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral est réservé.

² Sous réserve des dispositions de la présente loi, la compétence, la procédure et les voies de droit sont régies par la loi fédérale du 22 juin 1979 sur l'aménagement du territoire et par les dispositions d'exécution correspondantes des cantons.

Article 10 ORSec

¹ En matière de résidences secondaires, la qualité pour recourir de l'ARE est régie par les dispositions générales de la procédure fédérale.

² L'autorité compétente pour les autorisations de construire notifie à l'ARE:

- a. les autorisations qu'elle a délivrées en application des art. 7, al. 1, let. b, 8 et 9 LRS;
- b. les décisions de suspension conformément à l'art. 14 LRS;
- c. les autorisations concernant des logements pour lesquels la restriction d'utilisation a été suspendue.

Introduction de la procédure d'octroi du permis de construire: Au moment du dépôt de sa demande de permis de construire, la personne requérante doit indiquer quelle est l'utilisation prévue («résidence principale» ou «logement affecté à l'hébergement touristique»). Les demandes ne comprenant pas cette indication doivent être renvoyées à la personne requérante pour correction après l'examen formel¹⁰⁵. Elles peuvent toutefois être suspendues lorsque l'on s'attend à ce que la commune soit exclue du champ d'application de la LRS dans un délai utile. L'autorité directrice doit examiner la suspension dès lors qu'il est avéré ou affirmé que la commune est soumise aux prescriptions des articles 6 ss LRS.

Publication des demandes de permis de construire pour des logements dans des communes qui comptent une proportion de résidences secondaires supérieure à 20 pour cent:

La LRS ne change en principe rien à l'obligation d'informer sur les demandes de permis de construire. La question de savoir si une demande doit être rendue publique ou si elle doit être communiquée seulement aux voisins est régie par les articles 26 et 27 DPC. La mention «résidence principale» ou «logement affecté à l'hébergement touristique» doit figurer parmi les informations communiquées ou publiées.

Il convient en outre de tenir compte du fait que, en raison du droit de recours des organisations au sens de l'article 12 LPN¹⁰⁶, les demandes de permis de construire pour des logements qui ne sont pas assortis d'une charge de type «résidence principale ou logement assimilé à une résidence principale selon l'article 7, alinéa 1, lettre a LRS» doivent être publiées dans la Feuille officielle:

- logements affectés à l'hébergement touristique (logements situés dans le même bâtiment que celui où le propriétaire a son domicile principal ou logements dans le cadre d'un établissement d'hébergement organisé);
- logements sans restriction d'utilisation (dans le cadre d'un établissement d'hébergement structuré ou dans un bâtiment protégé ainsi que dans le cas d'une demande de suspension).

Notification des décisions en matière de construction concernant des logements situés

¹⁰⁵ Cf. article 18 DPC.

¹⁰⁶ Loi fédérale du 1^{er} juillet 1966 sur la protection de la nature et du paysage (LPN; RS 451).

dans des communes comptant une proportion de résidences secondaires supérieure à 20 pour cent: De même que pour la publication, les décisions suivantes doivent en outre être notifiées à l'ARE, conformément à l'article 10 ORSec:

- permis de construire pour des logements affectés à l'hébergement touristique (logements situés dans le même bâtiment que celui où le propriétaire a son domicile principal ou dans le cadre d'un établissement d'hébergement organisé);
- permis de construire pour des logements non exploités dans le cas d'une construction ou transformation hôtelière;
- permis de construire pour la réaffectation d'établissements d'hébergement organisé créés sous l'ancien droit en logements non exploités;
- permis de construire pour des logements non exploités dans des bâtiments protégés ou caractéristiques du site;
- permis de construire pour des logements dont la restriction d'utilisation a été suspendue.

Droit de recours de l'ARE: L'ARE est habilité à recourir contre toutes les décisions en matière de construction qui doivent lui être notifiées en vertu de l'article 10 ORSec.

Prolongation de permis de construire octroyés pour des résidences secondaires: S'agissant de la prolongation de permis de construire entrés en force pour des résidences secondaires non exploitées selon l'article 42, alinéa 3 LC (modification importante des circonstances déterminantes de fait ou de droit), elle peut être admissible sans restriction d'utilisation supplémentaire dans certains cas. Il convient de tenir compte de ce qui suit:

- La question se pose en particulier pour les permis de construire octroyés et entrés en force avant le 1^{er} janvier 2013. La prolongation de permis de construire octroyés après le 31 décembre 2012 ne pose pas de problème si les conditions fixées par l'ordonnance du 22 août 2012 sur les résidences secondaires (remplacée par l'ORSec) sont remplies. En outre, étant donné que la LRS est plus souple que l'ancienne ordonnance sur les résidences secondaires, il convient d'examiner au cas par cas dans quelle mesure il peut en être tenu compte pour ce qui est de la prolongation du permis de construire ou, indépendamment de cette prolongation, dans le cadre de la modification du projet. Les cas particuliers régis par les articles 25, alinéa 2, 26 et 27 LRS sont réservés.
- Pour les permis octroyés avant le 1^{er} janvier 2013, il est parti du principe, dans la pratique actuelle, qu'une prolongation en raison d'une modification fondamentale de la situation de droit n'est admissible que si la personne requérante se déclare disposée à accepter une restriction d'utilisation au sens de l'article 7, alinéa 1 LRS. Par ailleurs, pour les permis octroyés après le 11 mars 2012, il convient en principe de se fonder sur l'article 25, alinéa 4 LRS; les exceptions prévues aux articles 25, alinéa 2, 26 et 27 LRS sont toutefois réservées. S'agissant des logements créés sous l'ancien droit, il convient en outre de vérifier si une prolongation du permis de construire sans restriction d'utilisation est désormais possible en vertu de l'article 11, alinéa 3 LRS.

Procédure relative à l'exclusion d'une commune du champ d'application de la LRS: Les communes qui ont apporté la preuve qu'elles comptent 20 pour cent de résidences secondaires au plus doivent être exclues du champ d'application de la législation fédérale sur les résidences secondaires. A cet égard, il paraît judicieux de suivre la pratique actuelle: il est considéré, dans le cadre de la procédure d'octroi du permis de construire, que la preuve a été apportée lorsqu'une attestation délivrée par l'ARE est disponible. Dès lors qu'une commune est sortie du champ d'application de la LRS, les propriétaires dont le logement est inscrit au registre foncier avec la

mention «résidence secondaire» peuvent exiger la suppression de la charge et la radiation de la mention correspondante au registre foncier.

Distinction entre la LRS et les prescriptions sur le taux d'habitation permanente dans le cadre de la procédure d'octroi du permis de construire: Les communes peuvent comme auparavant édicter des prescriptions sur le taux d'habitation permanente, indépendamment du fait qu'elles comptent plus de 20 pour cent de résidences secondaires. Ces prescriptions doivent être examinées séparément dans le cadre de la procédure d'octroi du permis de construire (cf. jugement du Tribunal administratif du canton de Berne du 5 novembre 2014 concernant la révision du plan d'aménagement local de Zweisimmen, JAB 2015, pp 15 ss).

6.6 Dispositions pénales

Article 21 LRS Inobservation de restrictions d'utilisation

¹ Celui qui, intentionnellement, ne respecte pas une restriction d'utilisation au sens de la présente loi est puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire.

² Si l'auteur agit par négligence, la sanction est une peine pécuniaire de 180 jours-amende au plus.

³ Si la restriction d'utilisation est abrogée ultérieurement, la peine est une peine pécuniaire de 90 jours-amende au plus.

⁴ La poursuite pénale doit être ajournée jusqu'à la clôture définitive d'une procédure de suspension ou de modification d'une restriction d'utilisation.

Article 22 LRS Indications inexactes

¹ Celui qui, intentionnellement, donne à l'autorité compétente des indications inexactes ou incomplètes sur des faits qui sont pertinents pour l'autorisation, la suspension ou la modification d'une restriction d'utilisation au sens de la présente loi, ou qui utilise trompeusement une erreur de cette autorité, est puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire.

² Celui qui, par négligence, donne des indications inexactes ou incomplètes est puni d'une peine pécuniaire de 180 jours-amende au plus.

Article 50 LC

¹ Celui qui en tant que responsable, notamment en qualité de maître de l'ouvrage, architecte, ingénieur, conducteur de travaux ou entrepreneur, exécute ou fait exécuter un projet de construction sans permis de construire ou en violation des conditions, charges ou prescriptions ou celui qui ne se conforme pas aux instructions exécutoires qui lui ont été données dans une décision de police des constructions est puni d'une amende allant de 1000 à 40'000 francs.

² Celui qui n'utilise pas les formules officielles de déclaration spontanée en matière de police des constructions ou les remplit de manière erronée est puni d'une amende allant de 1000 à 40'000 francs.

³ Dans les cas graves, notamment lorsqu'un projet de construction est réalisé malgré le refus exécutoire du permis de construire, que les prescriptions ont été violées par cupidité ou qu'il y a récidive, l'amende peut être portée à 100'000 francs au plus. En outre, les gains illicites sont confisqués conformément aux articles 70 et 71 du Code pénal suisse¹⁰⁷.

⁴ Dans les cas de peu de gravité, l'amende est comprise entre 50 et 1000 francs.

Dispositions pénales selon la LRS et la LC: La LRS prévoit des peines pour diverses violations de ses propres dispositions. De plus, la violation de charges ou le non-respect d'instructions exécutoires doivent être punis en vertu des articles 50 ss LC.

Inobservation d'une restriction d'utilisation: Conformément à l'article 21 LRS, toute personne qui ne respecte pas une restriction d'utilisation est puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire. Si l'auteur agit par négligence, la sanction est une peine pécuniaire de 180 jours-amende au plus. En cas d'abrogation ultérieure de la restriction d'utilisation, la peine s'élève à 90 jours-amende au plus. Comme le révèle la sanction maximale, soit une peine de privation de liberté allant jusqu'à trois ans, les infractions à la LRS sont punies nettement plus sévèrement que les infractions mentionnées aux articles 50 ss LC.

Indications inexactes: En vertu de l'article 22 LRS, toute personne qui donne intentionnellement aux autorités compétentes des indications inexactes ou incomplètes sur des faits qui sont

¹⁰⁷ Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP; RS 311.0).

pertinents pour l'octroi du permis de construire ou la suspension ou la modification d'une restriction d'utilisation est punie d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire. Si l'auteur agit par négligence, il est puni d'une peine pécuniaire de 180 jours-amende au plus. L'article 22 LRS fait référence à l'article 29 LFAIE¹⁰⁸.

Compétence des autorités de poursuite pénale: L'application des dispositions pénales relève des autorités de poursuite pénale. L'inobservation d'une restriction d'utilisation est considérée comme un délit du point de vue du droit pénal. La qualification en tant que délit montre que l'utilisation non conforme n'est pas une simple peccadille que des propriétaires aisés pourraient sans autre se permettre. Elle permet également qu'une entreprise soit punissable au sens de l'art. 102, al. 1, CP, selon lequel un délit est imputé à l'entreprise s'il ne peut être imputé à aucune personne physique déterminée en raison du manque d'organisation de l'entreprise¹⁰⁹.

¹⁰⁸ Loi fédérale du 16 décembre 1983 sur l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger (LFAIE; RS 211.412.41); message LRS, FF 2014, p. 2237.

¹⁰⁹ Message LRS, FF 2014, ibid.

7. Dispositions transitoires

7.1 Champ d'application temporel

Article 25 LRS

¹ La présente loi est applicable aux demandes d'autorisation de construire qui doivent faire l'objet d'une décision de première instance ou qui sont contestées par recours après son entrée en vigueur.

² Lorsqu'une autorisation de construire délivrée et entrée en force avant le 11 mars 2012 ordonnait un report d'exécution dans le cadre d'un contingentement, l'autorité compétente pour les autorisations de construire peut autoriser l'exécution dans un délai maximal de deux ans après l'entrée en vigueur de la présente loi si le début de l'exécution avait été reporté sans précision temporelle ou pour une période s'achevant au plus tard deux ans après l'entrée en vigueur.

³ Lorsque, dans une commune, la proportion de résidences secondaires descend à 20 % ou en-dessous, l'autorité compétente pour les autorisations de construire annule, sur requête du propriétaire, une éventuelle restriction d'utilisation au sens de l'art. 7, al. 1, et ordonne à l'office du registre foncier de radier la mention correspondante sur le feuillet de l'immeuble concerné.

⁴ Les autorisations de construire entrées en force avant le 31 décembre 2012 conformément au droit cantonal en matière de procédure restent valables.

⁵ Les autorisations de construire entrées en force conformément au droit cantonal en matière de procédure après le 1^{er} janvier 2013 et jusqu'à l'entrée en vigueur de la présente loi restent valables, pour autant qu'elles aient été accordées sur la base de l'ordonnance du 22 août 2012 sur les résidences secondaires.

Champ d'application temporel de la LRS: L'article 25 LRS fixe le champ d'application temporel de la loi de la manière suivante:

- La LRS est applicable aux permis de construire qui n'ont pas fait l'objet d'une décision entrée en force au moment de l'entrée en vigueur de la LRS (art. 25, al. 1 LRS);
- Les permis de construire entrés en force conformément au droit cantonal en matière de procédure avant le 31 décembre 2012 restent valables (art. 25, al. 4 LRS);
- Les permis de construire entrés en force conformément au droit cantonal en matière de procédure entre le 1^{er} janvier 2013 et l'entrée en vigueur de la LRS restent valables pour autant qu'ils aient été octroyés sur la base de l'ordonnance abrogée du 22 août 2012 sur les résidences secondaires (art. 25, al. 5 LRS).
- Dans le cas où la proportion de résidences secondaires dans une commune descend à 20 pour cent ou en dessous, les dispositions des articles 6 ss LRS (chapitres 3 à 5) ne sont plus applicables à cette commune, pour autant qu'une attestation de l'autorité fédérale compétente (ARE) soit disponible. L'autorité d'octroi du permis de construire annule, sur requête du propriétaire, une éventuelle restriction d'utilisation au sens de l'article 7, alinéa 1 LRS et demande au bureau du registre foncier de radier la mention correspondante sur le feuillet de l'immeuble concerné (art. 25, al. 3 LRS).

Cas particuliers s'agissant du champ d'application temporel: Les articles 25, alinéa 2, 26 et 27 LRS régissent les trois cas particuliers s'agissant du champ d'application temporel:

- **Permis de construire octroyés avant le 11 mars 2012 avec report d'exécution:** L'article 25, alinéa 2 LRS permet, dans le cas de permis de construire délivrés et entrés en force avant le 11 mars 2012 qui ordonnent un report d'exécution dans le cadre d'un contingentement, de reporter l'exécution dans un délai maximal de deux ans après l'entrée en vigueur de la loi.
- **Plans d'affectation spéciaux entrés en force le 11 mars 2012 au plus tard:** Les restrictions à la construction de résidences secondaires introduites avec l'adoption de l'initiative sur les résidences secondaires (art. 75b Cst) ne s'appliquent pas aux plans d'affectation spéciaux qui ont été approuvés avant le 11 mars 2012 et qui règlent les éléments essentiels du permis de construire tels que l'emplacement, la disposition, la dimension et l'aspect des constructions et des installations, ainsi

que leurs mode et indice d'utilisation (art. 26 LRS; voir ch. 7.2 ci-après).

- **Préavis donnés avant le 18 décembre 2007:** La construction de résidences secondaires non exploitées est autorisée lorsque l'autorité d'octroi du permis de construire a, avant le 18 décembre 2007, donné à une demande préalable suffisamment détaillée une réponse écrite qui affirme que le projet peut obtenir une autorisation (art. 27 LRS; voir ch. 7.3 ci-après).
- **Mention d'une restriction d'utilisation «résidence principale» d'après les dispositions transitoires de l'ordonnance (ancienne teneur de l'ORSec):** Une restriction d'utilisation «résidence principale» prévue selon l'ancienne teneur de l'ORSec peut être suspendue sur demande, si l'agrandissement effectué n'excède pas 30 pour cent de la surface utile principale, conformément à ce que prévoit l'article 11, alinéa 3 LRS. En outre, un maître d'ouvrage peut se référer ultérieurement à la garantie des droits acquis étendue selon l'article 11, alinéa 2 LRS, si la démolition est antérieure au 1^{er} janvier 2016.

7.2 Plans d'affectation spéciaux liés à un projet

Article 26 LRS

¹ Dans les communes comptant une proportion de résidences secondaires supérieure à 20 %, les logements qui sont prévus par un plan d'affectation spécial lié à un projet et destiné pour une part essentielle au moins à la construction de résidences secondaires peuvent être autorisés sans restriction d'utilisation au sens de l'art. 7, al. 1, si ce plan:

- a. est entré en force avant le 11 mars 2012; et
- a. règle les éléments essentiels de l'autorisation de construire tels que l'emplacement, la disposition, les dimensions et l'aspect des constructions et des installations, ainsi que leurs mode et indice d'utilisation.

² Des modifications peuvent être apportées à un plan d'affectation spécial au sens de l'al. 1, pour autant que cela n'entraîne d'augmentation ni de la proportion des logements sans restriction d'utilisation au sens de l'art. 7, al. 1, ni de la proportion des surfaces utiles principales liées à de tels logements.

Plans d'affectation spéciaux entrés en force avant le 11 mars 2012: L'article 26 LRS tient en particulier compte du principe de la bonne foi. Selon cette disposition, les restrictions à la construction de résidences secondaires introduites avec l'adoption de l'initiative sur les résidences secondaires (art. 75b Cst) ne s'appliquent pas aux plans d'affectation spéciaux qui ont été approuvés définitivement avant le 11 mars 2012 et qui règlent les éléments essentiels du permis de construire tels que l'emplacement, la disposition, la dimension et l'aspect des constructions et des installations, ainsi que leurs mode et indice d'utilisation. «Sur le fond, il s'agit de plans fixant précisément les détails de la réalisation architecturale et présentant par conséquent toutes les caractéristiques d'une décision préalable relevant du droit des constructions»¹¹⁰. La question de savoir si un plan d'affectation spécial (dans le canton de Berne: plan de quartier) approuvé avant le 11 mars 2012 satisfait aux exigences énoncées à l'article 26 LRS doit être examinée au cas par cas¹¹¹.

¹¹⁰ Message LRS, FF 2014, p. 2237.

¹¹¹ Hauser/Jäger, in: Wolf/Pfammatter, ZWG-Kommentar, n. 12 ad art. 27 LRS; voir aussi l'arrêt du Tribunal fédéral 1C 580/2014 du 25 novembre 2015 ainsi que le jugement du Tribunal administratif des Grisons R 16 19 du 12 avril 2016.

7.3 Préavis donnés avant le 18 décembre 2007

Article 27 LRS

Indépendamment des conditions posées à l'art. 7, al. 2, et aux art. 8, 9 ou 26, une autorisation de construire un nouveau logement peut être délivrée sans restriction d'utilisation au sens de l'art. 7, al. 1, si:

- a. l'autorité compétente pour les autorisations de construire a, avant le 18 décembre 2007, donné à une demande préalable suffisamment détaillée une réponse écrite qui:
 1. a pour objet les éléments essentiels de l'autorisation de construire au sens de l'art. 26, al. 1, let. b,
 2. affirme que le projet peut obtenir une autorisation;
- b. l'autorisation de construire n'a pas pu être délivrée avant le 11 mars 2012 parce que le propriétaire avait été, sans faute de sa part, dans l'empêchement de déposer à temps la demande d'autorisation;
- c. les autres conditions d'octroi de l'autorisation de construire sont remplies.

Préavis donnés avant le 18 décembre 2007: L'initiative sur les résidences secondaires a été déposée le 18 décembre 2007; c'est la raison pour laquelle les préavis donnés après cette date l'ont toujours été sous réserve de l'acceptation de l'initiative par le peuple. Cette disposition tient elle aussi compte du principe de la bonne foi. Il reviendra aux organes judiciaires de définir ce qu'on entend par l'expression «sans faute de sa part». Il conviendra à cet égard de décider au cas par cas compte tenu de toutes les circonstances.

Directoire des préfectures du canton de Berne



Philippe Chételat,
président



Kurt von Känel,
secrétaire général