

TRIBUNAL ADMINISTRATIF DU CANTON DE FRIBOURG

III^e COUR ADMINISTRATIVE

Séance du 6 juin 2007

Statuant sur le recours interjeté le 26 septembre 2005
(3A 05 169)

par

A. SA, à Fribourg, représentée par Me Damien Piller, avocat à Fribourg,

contre

la décision rendue le 24 août 2005 par **le Préfet de la Sarine**,

**en matière d'usage accru du domaine public
installation d'une terrasse**

C o n s i d é r a n t :

En fait:

- A. Par décision du 24 août 2005, le Préfet du district de la Sarine (ci-après le Préfet) a rejeté - confirmant en cela une décision de la Commune de Fribourg rendue sur réclamation le 8 juillet 2004 - la demande du CyberCafé Lagavulin, titulaire d'une patente H, tendant à obtenir l'autorisation d'installer et d'exploiter une terrasse de 32 m² de deux rangées de quatre tables sur la rue de Romont, à la hauteur des numéros 21 et 23.

Cette demande d'autorisation avait été déposée le 24 mars 2004 par cet établissement public, situé dans le passage du Criblet, soit dans un passage commercial souterrain attenant à la rue de Romont.

La décision préfectorale est principalement motivée par le fait que le CyberCafé Lagavulin ne donne pas directement sur la rue de Romont, qu'une terrasse bloquerait l'accès aux commerces, locaux ou habitations situés dans et au-dessus du passage commercial, et qu'elle contribuerait en outre à causer dans le secteur des nuisances sonores excessives, raison pour laquelle il est indispensable, à titre préventif, de mesurer les émissions sonores dans le secteur avant de pouvoir autoriser l'installation d'une nouvelle terrasse.

Par ailleurs, le CyberCafé envisage désormais de se diversifier et de s'agrandir. Il a ainsi déposé une patente B, et avec elle, également, l'autorisation d'installer une terrasse. Cette demande a été favorablement préavisée par les autorités communales ainsi que le préfet, sauf en ce qui concerne l'installation de la terrasse.

- B. Le 26 septembre 2005, la propriétaire du CyberCafé Lagavulin, la société A. SA, domiciliée à Fribourg, a interjeté recours contre la décision préfectorale concluant, avec suite de frais et dépens, à son annulation et, partant, principalement à ce que la demande d'autorisation d'installer une terrasse de deux rangées de quatre tables sur la rue de Romont soit accordée, subsidiairement à ce que l'affaire soit renvoyée à la Commune de Fribourg pour qu'elle lui accorde cette autorisation. A l'appui de son recours, elle fait principalement valoir que le refus d'une autorisation pour les trois principaux motifs retenus - à savoir, le fait que l'établissement public ne donne pas directement sur la rue de Romont, que la terrasse envisagée bloquerait l'accès d'urgence au passage commercial, et qu'elle en viendrait à occasionner une nuisance sonore excessive - viole les grands principes du droit administratif, à savoir ceux d'égalité de traitement et d'interdiction de

l'arbitraire, et porte ainsi atteinte à sa liberté économique d'une manière injustifiée.

- C. Dans ses observations, datées du 28 octobre 2005, le Préfet a proposé le rejet du recours en renvoyant pour l'essentiel à sa décision ainsi qu'au dossier.

Consultée à son tour, la Commune de Fribourg a pour sa part également proposé le rejet du recours.

La recourante est encore intervenue le 21 décembre 2005 pour confirmer sa position.

- D. Il sera fait état des arguments, invoqués par les parties à l'appui de leurs conclusions, dans les considérants de droit du présent arrêt, pour autant que cela soit utile à la solution du litige.

En droit:

1. a) Déposé auprès du Tribunal administratif du canton de Fribourg le lundi 26 septembre 2005 à l'encontre d'une décision préfectorale rendue le 24 août 2005, le recours a été interjeté en temps utile (art. 27 et 79 al. 1 du code de procédure et de juridiction administrative du 23 mai 1991 [CPJA; RSF 150.1]) auprès de l'autorité compétente pour en connaître (art. 114 al. 1 let. c CPJA).

- b) La recourante, à savoir la personne morale propriétaire de l'établissement public destinataire de la décision querellée, a manifestement qualité pour recourir au sens de l'art. 76 let. a CPJA.

Conformément à la jurisprudence, il est renoncé à l'exigence d'un intérêt actuel au recours, celui-ci portant sur une autorisation qui pourrait être accordée chaque année, à l'arrivée des beaux jours. Il importe dès lors de trancher la question litigieuse (ATF 121 I 279 = JdT 1997 I 264 consid. 1 et ses références), ce d'autant plus que l'installation de la terrasse contestée sera également très probablement refusée dans le cadre d'un projet d'agrandissement de l'établissement concerné.

2. Selon l'art. 19 al. 1 de la loi du 4 février 1972 sur le domaine public (LDP; RSF 750.1), l'usage accru d'une chose du domaine public consiste en son utilisation plus intense, conforme ou non à sa destination; il doit être compatible avec un minimum d'usage commun.

En règle générale, l'usage accru du domaine public est soumis à autorisation (art. 19 al. 2) qui sera accordée, le cas échéant, par le conseil communal (art. 21 al. 3), lequel statuera en tenant compte d'une utilisation rationnelle du domaine public (art. 24 al. 1).

La Ville de Fribourg a ainsi édicté des Conditions générales pour l'octroi d'une autorisation d'exploiter une terrasse. Y figurent dans ses éditions 2004 et 2005, entre autres conditions, les conditions suivantes:

e) dans la rue de Romont, un espace de 2,5 m doit être libre de tout obstacle le long des façades des bâtiments;

l) l'autorisation d'empiètement est accordée pour une durée maximum d'une année, mais au plus tard jusqu'au 31 décembre de l'année en cours;

m) des modifications, voire la suppression de la terrasse, peuvent être décidées en tout temps par la Police locale, notamment en cas de manifestations ou de travaux, sans que le bénéficiaire de l'autorisation puisse prétendre à un quelconque dédommagement (cas de rigueur exceptés).

3. a) Comme l'utilisation du domaine public relève de la législation cantonale et communale (art. 664 al. 3 CC; ATF 95 II 14 consid. 3 = JdT 1969 I 580), les communes et les cantons ont la compétence de restreindre à différents titres, par des lois au sens matériel, la liberté du commerce et de l'industrie garantie par l'art. 27 de la Constitution fédérale (RS 101). Elles doivent respecter certaines limites, que le Tribunal Fédéral a précisées dans diverses circonstances et au sujet de différentes libertés constitutionnelles.

C'est ainsi que, celui qui, pour l'exercice d'une activité économique, doit pouvoir utiliser le domaine public de manière accrue, a un "droit conditionnel" à pareille utilisation (ATF 119 la 445 consid. 1a = JdT 1995 I 313; ATF 108 la 135 consid. 5 = JdT 1984 I 2; ATF 101 la 473 consid. 5 = JdT 1977 I 378). Le refus d'une telle autorisation peut dès lors constituer une atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie. Il est, partant, soumis à certaines conditions. Le refus doit être justifié par l'intérêt public - des motifs de police n'entrent pas seuls en considération -, il doit reposer sur des critères objectifs et doit respecter le principe de proportionnalité; la pratique administrative ne doit pas vider les droits fondamentaux de leur substance, ni de façon générale, ni au détriment de certains citoyens (ATF 108 la 135 consid. 3 = JdT 1984 I 2).

L'étendue de la garantie accordée à la liberté du commerce et de l'industrie, dont bénéficie celui qui exerce une activité commerciale, ne dépend pas du fait de savoir si et dans quelle mesure son activité nécessite l'usage du domaine public. Lorsque cet usage est impératif au type d'activité exercée, la pondération accordera aux intérêts privés une importance plus grande que lorsque l'usage accru visé procure des avantages, sans pour autant être

nécessaire à l'exercice de l'activité en question (ATF 126 I 133 = JdT 2001 I 738 consid. 4d).

Les autorités cantonales violent la Constitution si, en procédant à la pesée des intérêts en présence, elles n'usent pas de tout le soin requis, ne tiennent pas compte de facteurs importants ou se laissent guider par des critères non objectifs (ATF 108 la 135 = JdT 1984 I 2 consid. 3).

- b) Dans le cadre de cette pesée des intérêts, il y a lieu de respecter notamment le principe d'égalité de traitement entre les concurrents économiques (cf notamment dans ce sens l'ATA du 21 mars 2006 dans les causes 3A 04 178 à 181).

Conformément à ce principe, les mesures étatiques qui faussent les rapports de concurrence entre concurrents directs, ou dont les effets sur les rapports de concurrence ne sont pas neutres, sont prohibées (ATF 121 I 129 consid. 3b = JdT 1997 I 258; ATF 120 la 236 consid. 1a = JdT 1996 I 154; ATF 119 la 59 consid. 6a). Dans l'utilisation du domaine public, l'Etat ne doit pas procurer à certaines entreprises des avantages économiques qui ne sont pas consentis à leurs concurrents directs (ATF 121 I 279 = JdT 1997 I 264 consid. 6b). Sont des concurrents directs les entreprises de la même branche économique, qui s'adressent à la même clientèle en présentant une offre identique, en vue de satisfaire les mêmes besoins (ATF 121 I 279 = JdT 1997 I 264 consid. 4a).

Cela étant, certains intérêts publics et prépondérants permettent de s'écarter du principe de l'égalité de traitement. La collectivité dispose tout de même d'une grande marge d'appréciation dans la gestion de ses installations publiques; les critères d'attribution des autorisations peuvent trouver leur justification non seulement dans des motifs de police, mais aussi dans des objectifs de politique culturelle (ATF 119 la 445 consid. 3 = JdT 1995 I 313; ATF 113 lb 97 consid. 2).

Enfin, si l'usage accru du domaine public fait l'objet d'une demande si forte que seuls certains intéressés pourront obtenir satisfaction, la portée du principe de l'égalité de traitement entre concurrents n'est pas la même que dans les cas où les conditions d'autorisation peuvent être définies sans être influencées par des limites de capacité. Car le fait que l'espace disponible soit restreint implique d'emblée un choix parmi les intéressés (cf. ATF 117 la 387 consid. 6d = JdT 1993 IV 125).

4. Est en l'espèce litigieuse l'autorisation d'utiliser le domaine public en vue de l'installation d'une terrasse de deux rangées de quatre tables d'une superficie de 32 m² sur la rue de Romont, à la hauteur des numéros 21 et 23.

Il y a d'emblée lieu de constater, à titre préliminaire, que l'établissement qui s'est vu refuser dite autorisation est titulaire d'une patente H au sens de la loi

sur les établissements publics et la danse (RSF 952.1), soit d'une patente spéciale qui peut notamment être obtenue pour les buvettes ou les cafétérias. Or, au vu du droit cantonal et du droit communal (Conditions générales pour l'octroi d'une autorisation d'exploiter une terrasse de la Ville de Fribourg), l'octroi d'une telle autorisation ne saurait être déclarée, sur le principe, incompatible avec une patente H, laquelle pourrait au demeurant être transformée en patente B, une demande ayant été déposée dans ce sens et favorablement préavisée.

L'établissement public bénéficiant a priori d'un droit, certes conditionnel, à l'installation d'une terrasse - et cela quand bien même le fait d'exploiter une terrasse n'est pas absolument indispensable à l'exercice de son activité économique - il s'agit de revenir sur les motifs qui ont conduit le Préfet du district de la Sarine à lui refuser cette autorisation.

5. a) En tout premier lieu, le Préfet estime que l'autorisation doit être refusée pour le seul motif que la façade du CyberCafé Lagavulin, situé dans un passage commercial intérieur, ne donne pas directement sur la rue de Romont, contrairement à celle des autres établissements qui ont été autorisés à y tenir une terrasse.

Pour la recourante, ce motif viole l'égalité de traitement et l'interdiction de l'arbitraire, le cas de son établissement public étant selon elle comparable à ceux du TM-Café ou du Tea-room le Chantilly situés plus haut sur la rue de Romont.

- b) Il y a lieu de faire remarquer d'emblée que les Conditions générales édictées par la Ville de Fribourg en matière d'autorisation d'installer une terrasse ne retiennent pas le critère de façade.

Cela étant, il ressort des plans figurant au dossier que le CyberCafé Lagavulin, quoique situé dans le passage sous-terrain dit du Criblet, est bien domicilié rue de Romont 23, comme l'indique son adresse postale. Le Préfet lui-même admet que l'accès à cet immeuble se fait principalement par la rue de Romont, et non par la ruelle du Criblet, située de l'autre côté, et où il existe également un accès, preuve s'il en est que l'accès le plus direct est bien celui de la rue de Romont.

Il existe donc un lien de proximité évident dont devrait pouvoir se prévaloir le CyberCafé Lagavulin, et par-là même la recourante.

- c) On ne voit du reste pas quel serait exactement, dans le cas d'espèce, l'intérêt public protégé par le seul critère de façade donnant directement sur la rue, critère qui priverait le CyberCafé Lagavulin du bénéfice d'une autorisation octroyée au TM-Café. Ce d'autant moins que la façade de ce dernier établissement n'est, comme le relève la recourante, pas au niveau de

la rue de Romont, mais au-dessus, et qu'il existe dès lors également une certaine distance entre sa terrasse et son bar principal, lequel est très souvent sollicité par les commandes des clients en terrasse, le petit local aménagé au niveau de la chaussée ne pouvant les satisfaire toutes.

Le critère de façade invoqué par le Préfet ne constitue en fait qu'un critère de sélection parmi les établissements autorisés à utiliser tel secteur du domaine public avec lequel ils ont un rattachement suffisant. Or, on peut admettre que le passage du Criblet qui débouche directement sur la rue de Romont crée ici un rattachement suffisant entre l'établissement public et le secteur du domaine public où serait installée sa terrasse.

- d) Selon le Préfet, la différence de traitement entre, d'une part, le TM-Café ou le Tea-room le Chantilly, et, d'autre part, le CyberCafé Lagavulin se justifie également au regard des besoins des consommateurs installés sur la terrasse, les deux premiers établissements étant mieux à même de les servir en raison de leur proximité immédiate.

Sur ce point, l'on relèvera certes qu'il existe une distance plus grande entre l'intérieur du CyberCafé Lagavulin et la terrasse qu'il projette d'installer. Ses clients ne devraient toutefois pas être prétérîtés au niveau de la qualité du service, critère qui au demeurant n'est pas de la compétence du préfet. Quoiqu'il en soit et au besoin, les clients devraient pouvoir aller se servir eux-mêmes à l'intérieur, puis venir s'installer ensuite sur la terrasse avec leurs boissons, comme le font d'ailleurs les clients du restaurant McDonald's situé juste à côté. L'établissement pourrait, le cas échéant, être astreint par le biais de charges éventuellement liée à l'autorisation à faire surveiller sa terrasse en y préposant un employé.

Dans ces conditions, limiter le droit conditionnel à un usage accru du domaine public pour le seul motif que la façade ne donne pas sur la rue piétonne contrevient aux principes d'égalité de traitement entre concurrents et d'interdiction de l'arbitraire pour ce qui a trait aux motifs invoqués dans un domaine qui n'est pas de la compétence du préfet.

Ce motif ne saurait dès lors être retenu.

6. a) Dans sa décision, le Préfet estime également que la terrasse projetée bloquerait l'accès au passage commercial du Criblet ainsi qu'aux habitations du complexe, accès qui s'effectuerait principalement par la rue de Romont. Il relève en effet que le passage commercial du Criblet n'est pas une simple vitrine de commerces, mais l'accès principal à divers commerces, services et habitations. Un espace libre de 2 mètres 50 tel que celui exigé le long des façades n'est donc ici pas suffisant. Les autorités communales relèvent pour leur part qu'il s'agissait même là d'un carrefour et non d'un simple passage.

Sur ce point, la recourante invoque, entre autres arguments, une constatation inexacte des faits pertinents et dénonce ce nouveau motif qu'elle juge arbitraire.

- b) Il convient en premier lieu de relever, au vu des plans figurant au dossier ainsi que des écritures des différents intervenants, que la terrasse projetée respecte bien l'espace libre de 2 mètres 50 prévu par les règlements communaux, et ce, comme l'expose la recourante, non seulement vis-à-vis de la façade des immeubles mais également vis-à-vis de la terrasse du café du Midi située juste à côté, de sorte qu'elle laisserait subsister comme une allée jusqu'au passage commercial. Des espaces pourraient le cas échéant encore être agrandis en enlevant l'une ou l'autre table ou en déplaçant leur alignement, aménagement d'autant plus envisageable que, semble-t-il, il ne poserait aucun problème à la librairie voisine.

Le passage commercial n'étant à l'évidence pas une rue ouverte à la circulation, tout comme du reste la rue de Romont, qui est on le rappelle une zone piétonne - sur laquelle l'accès aux véhicules de livraisons est certes réservé jusqu'à onze heures du matin - le lieu d'emplacement de la terrasse ne saurait en aucun cas être considéré comme un carrefour. Partant, l'accès au passage ne saurait être bloqué par l'installation projetée.

Cela étant et quoiqu'il en soit, la présence de deux rangées de quatre tables non fixées au sol et déplaçables dans l'urgence ne constitue pas un obstacle insurmontable pour qui que ce soit. Sans compter que les autorités communales ont toujours la possibilité de modifier ou de supprimer la terrasse en fonction des circonstances qui pourraient survenir, comme le prévoient les Conditions générales pour l'octroi d'une autorisation d'exploiter une terrasse (cf. let. m).

Au vu de ce qui précède et des solutions d'aménagement existantes, il apparaît que le second motif de refus invoqué par le Préfet viole manifestement le principe de la proportionnalité et doit dès lors également être écarté.

7. a) Enfin, le Préfet expose que la création d'une nouvelle terrasse provoquerait des nuisances sonores excessives sur la rue de Romont, selon une analyse de la section lutte contre le bruit du Service de l'environnement (SEn), effectuée dans le cadre de la demande d'agrandissement et d'obtention d'une patente B. Il préconise en outre qu'avant toute nouvelle installation d'une terrasse sur la rue de Romont, des mesures de quantification des nuisances sonores dans le secteur devront être entreprises.

En ce qui concerne celles-ci, la recourante soutient pour sa part que l'installation d'une nouvelle terrasse ne modifierait pas sensiblement le niveau global du bruit sur la rue de Romont. Elle se prévaut en cela même

des résultats d'une expertise privée qu'elle a fait réaliser dans le cadre du dépôt de sa demande d'agrandissement et d'obtention d'une patente B. Elle reproche en outre à l'autorité intimée de lui imputer la responsabilité du niveau des nuisances sonores actuelles, et fait valoir à ce titre qu'il y aurait selon elle moyen de réduire les nuisances.

- b) L'expertise dont la recourante se prévaut indique que l'augmentation des valeurs limites pouvant résulter de l'installation d'une nouvelle terrasse de huit tables ne serait que minime. Le bureau Triform SA, mandaté par elle, ne prévoit en effet qu'une augmentation des nuisances de l'ordre d'environ 1 décibel. Cette estimation ne saurait d'emblée être déclarée en deçà de la réalité, ce d'autant moins que, comme le reconnaît le Préfet, il n'a récemment pas été procédé à une étude globale du niveau des nuisances sonores dans la rue de Romont.

Ce dernier se réfère uniquement à l'analyse du SEn, de laquelle il ressort que les valeurs limites acceptables en matière de bruit seraient déjà dépassées pour la rue de Romont.

Il a dès lors exigé que, avant d'autoriser l'installation d'une nouvelle terrasse, il soit procédé à des mesures dans le secteur, afin de quantifier le plus exactement les nuisances actuelles. Il n'a toutefois n'a pas ordonné d'expertise, ni même enjoint la Commune de faire procéder à de telles mesures complémentaires dans le secteur.

Ce faisant, le Préfet a cédé à l'arbitraire, car il a implicitement fait dépendre l'octroi de cette autorisation du bon vouloir de la Commune de procéder ou non à une telle expertise.

- c) A côté de cela, il apparaît que le niveau des nuisances sonores actuelles n'est pas même établi.

Or, même si les valeurs limites étaient atteintes ou dépassées, l'on ne saurait encore refuser au seul établissement public intéressé une autorisation d'installer une terrasse pour cette unique raison. Ceci aurait en effet pour conséquence de le désavantager par rapport aux autres concurrents dûment autorisés à installer leur terrasse en dépit de cette atteinte ou de ce dépassement.

Par un tel refus, l'autorité violerait non seulement le principe d'égalité de traitement, mais aussi le principe de proportionnalité, dans la mesure où des solutions intermédiaires telles que celles suggérées par la recourante demeurent envisageables, comme la diminution du nombre de tables sur les terrasses avoisinantes ou l'instauration d'un tournus entre les concurrents, une solution consacrée par la jurisprudence et qui conviendrait au système d'autorisation (provisoire et annuel) prévu par la Commune.

Le troisième motif invoqué par le Préfet à l'appui de sa décision doit donc également être écarté.

8. a) Il découle de tout ce qui précède que la décision refusant d'autoriser l'établissement public de la recourante à installer une terrasse de deux rangées de quatre tables à la hauteur des numéros 21 et 23 de la rue de Romont est mal fondée et doit être annulée.

b) En vertu de l'art. 98 al. 2 CPJA, en cas d'annulation, l'autorité de recours statue elle-même sur l'affaire ou la renvoie à l'autorité inférieure, s'il y a lieu avec des instructions impératives.

En l'occurrence, il y a lieu de renvoyer ici l'affaire à l'autorité communale pour qu'elle délivre au CyberCafé Lagavulin une autorisation provisoire d'installer une terrasse sur la rue de Romont.

Parallèlement à cela, il incombe à cette autorité d'ordonner une expertise sonore afin de mesurer le niveau effectif des nuisances sonores dans la zone piétonne de la rue de Romont. S'il devait s'avérer que les limites sonores sont atteintes ou dépassées, elle se devra de prendre les mesures qui s'imposent, en respectant toutefois le principe d'égalité de traitement entre les concurrents ainsi que le principe de proportionnalité et en modifiant, cas échéant, son système d'octroi des autorisations d'installer une terrasse.

c) Aucun frais de justice ne peut être exigé de l'autorité intimée ou la commune, en application de l'art. 133 CPJA.

d) En revanche et conformément à l'art. 137 al. 1 CPJA, la recourante qui obtient gain de cause a droit à une indemnité de partie - selon liste de frais déposée par son mandataire -, indemnité qui est mise à la charge du Préfet et de la Commune de Fribourg, qui en acquitteront la moitié chacune.

LDP19