



603 2008-87

Arrêt du 25 septembre 2008

III^e COUR ADMINISTRATIVE

PARTIES

VILLE DE FRIBOURG, Place de l'Hôtel-de-Ville 3, 1700 Fribourg,
recourante,

contre

PREFET DU DISTRICT DE LA SARINE, Grand-Rue 51, case postale 96,
1702 Fribourg, **autorité intimée**,

et

X. Sàrl, représentée par Me Albert Nussbaumer, avocat à Fribourg,
intimée,

OBJET

Usage accru du domaine public (terrasse)

Recours du 10 juin 2008 contre la décision du 9 mai 2008

V u

la décision sur réclamation prise le 25 avril 2007 par la Ville de Fribourg, par laquelle celle-ci a confirmé l'octroi à la société X. Sàrl d'une autorisation d'utiliser le domaine public communal - en majeure partie à la Rue de Romont et, pour la plus petite part, à la Rue de l'Hôpital - pour l'exploitation de la terrasse adjacente à l'établissement public "Z." pour l'année 2007, étant toutefois précisé que pendant le Jazz Parade Festival (ci-après: le Festival), du 4 au 24 juillet 2007, la terrasse ne pouvait pas être utilisée côté Rue de Romont;

la décision prise le 9 mai 2008 par le Préfet du district de la Sarine, par laquelle celui-ci a admis le recours d'X. Sàrl, annulé la décision du 25 avril 2007 et renvoyé la cause à l'autorité communale pour l'octroi d'une autorisation d'installer une terrasse sans la restriction prévue pendant le Festival;

le recours adressé le 10 juin 2008 par la Ville de Fribourg au Tribunal cantonal, concluant à l'annulation de la décision préfectorale et à la confirmation de celle qu'elle avait prise le 25 avril 2007;

la détermination du 18 juin 2007 de l'autorité intimée, laquelle se réfère au contenu de la décision attaquée;

les observations du 20 juin 2008 de la société X. Sàrl, laquelle conclut au rejet du recours, à la confirmation de la décision du préfet du 9 mai 2008, à ce qu'un jugement soit rendu avant le début du Festival et à ce qu'une indemnité de fr. 500.-, TVA comprise, soit allouée à son mandataire;

la décision prise le 2 juillet 2008 par la Cour de céans, qui n'a pas retiré l'effet suspensif au recours;

le dossier de la cause;

c o n s i d é r a n t

que, déposé dans le délai et les formes prescrits par les art. 79 ss du code de procédure et de juridiction administrative (CPJA; RSF 150.1), le recours contre la décision préfectorale est recevable en application de l'art. 114 al. 1 let. c CPJA;

que la Ville de Fribourg est habilitée à recourir pour faire valoir son autonomie communale, conformément aux art. 76 let. b CPJA et 155 al. 1 de la loi sur les communes (LCo; RSF 140.1);

que, conformément à la jurisprudence, il est renoncé à l'exigence d'un intérêt actuel au recours lorsque celui-ci porte sur une autorisation pouvant être accordée chaque année (ATF 121 I 279 = JdT 1997 I 264 consid. 1 et les références); il importe dès lors de trancher la question litigieuses, qui peut à nouveau se poser à l'avenir;

que, selon l'art. 19 al. 1 de la loi 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 (al. 1); en règle générale, l'usage accru 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);

que la Ville de Fribourg a ainsi édicté des Conditions générales pour l'octroi d'une autorisation d'exploiter une terrasse (ci-après: les Conditions générales de la Ville de Fribourg), prévoyant notamment [let. l] des modifications, voire la suppression de la terrasse, qui 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);

que, dans la mesure où l'utilisation du domaine public relève de la législation cantonale et communale (art. 664 al. 3 du Code civil suisse [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 (Cst.; RS 101). Elles doivent respecter certaines limites, que le Tribunal Fédéral a précisées dans diverses circonstances et au sujet de différentes libertés constitutionnelles;

qu'ainsi, 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 Ia 445 consid. 1a = JdT 1995 I 313; ATF 108 Ia 135 consid. 5 = JdT 1984 I 2; ATF 101 Ia 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 Ia 135 consid. 3 = JdT 1984 I 2);

que 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);

que les autorités 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 Ia 135 = JdT 1984 I 2 consid. 3);

que dans le cadre de cette pesée des intérêts, il y a notamment lieu de respecter 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 Ia 236 consid. 1a = JdT 1996 I 154; ATF 119 Ia 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);

que 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 Ia 445 consid. 3 = JdT 1995 I 313; ATF 113 Ib 97 consid. 2);

qu'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 Ia 387 consid. 6d = JdT 1993 IV 125; les paragraphes qui précèdent ayant tous été rappelés dans l'ATA du 6 juin 2007 en la cause A. et J. P. SA, concernant l'installation d'une terrasse à la Rue de Romont à Fribourg);

qu'en l'espèce, la commune recourante insiste sur ses besoins en espaces pour le marché des maraîchers et diverses manifestations telles que le Festival dans une zone du centre-ville déjà saturée de terrasses [7 occupant 322 m²], d'événements [9 sur 144 m²] et par 16 empiètements pour réclames mobiles, sans compter les stands occasionnels;

que, dans la mesure où l'établissement public "Z." de l'intimée dispose de deux terrasses, l'une à la Rue de Romont et l'autre à la Rue de l'Hôpital, et se trouve ainsi avantagé par rapports à d'autres concurrents dans le voisinage, il est justifié, de l'avis de la recourante, que le choix de refuser l'usage du domaine public durant le Festival - où les besoins en espaces sont importants et doivent être réorganisés - se porte sur cet établissement;

que, pendant la durée du Festival, la commune recourante autorise l'installation de stands fixes - des bars - à peu de chose près à l'endroit même où se situe la terrasse du "Z.", à savoir à la proximité du carrefour stratégique de la Rue de Romont, de la Rue de l'Hôpital et de la Place Georges-Python où se déroulent les spectacles du Festival;

que, selon la commune, cet espace serait en outre nécessaire pour le passage des véhicules d'intervention et de livraison et qu'il y a lieu de tenir compte du rayon de braquage de ces derniers ainsi que d'une zone de passage pour le public;

qu'en l'occurrence, force est de constater que la décision communale comporte manifestement des effets de distorsion sur les rapports de concurrence entre concurrents directs - entre le "Z." et les établissements publics voisins sis à la Rue de Romont et à la Place Georges Python/haut de la Rue de Lausanne - en favorisant économiquement ces derniers du moment qu'ils peuvent continuer à exploiter semble-t-il sans restriction leurs terrasses à une période de forte affluence due à l'été, aux vacances et aux animations du Festival;

qu'or, les intérêts publics de la Ville de Fribourg ne justifient pas cette violation évidente du principe de l'égalité de traitement entre concurrents;

que certes, il ne fait pas de doute que cette commune dispose d'un intérêt prépondérant à ce que son centre-ville puisse faire l'objet de mesures d'animation, de nature notamment sociale et culturelle;

que nul ne conteste que l'espace à cet endroit n'est pas des plus étendu et que, de surcroît, il est déjà fort occupé par des aménagements urbains et des terrasses ainsi que, suivant les jours et les manifestations, par des éventaires, étals, stands et réclames;

que cela étant, la Cour de céans a retenu dans son arrêt du 6 juin 2007 précité que des solutions existent au centre-ville qui permettent de respecter le principe de l'égalité de traitement et le principe de la proportionnalité, comme par exemple la diminution du nombres de tables sur les terrasses des différents concurrents aux fins d'assurer une meilleure répartition des espaces à disposition ou encore l'instauration d'un tournus équitable entre les concurrents, etc. (consid. 7c p. 9);

que partant, du moment qu'il existe des solutions acceptables permettant de respecter les principes précités - solutions nettement moins discriminatoires pour le "Z." - le manque de place invoqué par la commune ne constitue pas un motif suffisant comme tel pour justifier le refus d'octroyer une autorisation d'exploiter la terrasse en cause à la seule société intéressée;

qu'en outre, dans la mesure où des aménagements sont de toute manière nécessaires durant les deux semaines du Festival et que les Conditions générales de la Ville de Fribourg prévoient la possibilité de limiter ou de modifier l'usage du domaine public en cas de manifestation, les solutions qui viennent d'être évoquées sont dès lors aussi indéniablement praticables pendant le temps du Festival;

qu'enfin, le fait que la société intéressée dispose d'une seconde terrasse à la Rue de l'Hôpital, laquelle reste en fonction durant le Festival, ne saurait compenser le désavantage subi dans le cadre du rapport avec ses concurrents économiques; en effet, il s'agit d'une rangée de quatre ou cinq tables environ, située dans un endroit plus exigu et en retrait, sans comparaison aucune avec les terrasses amples et bien placées des concurrents;

que, par ailleurs, il était visible pour la population fribourgeoise que les stands prévus durant le Festival ont été installés grosso modo sur l'emplacement de ladite terrasse, et ce de manière fixe durant les deux semaines;

qu'aussi, même si la commune recourante a un intérêt évident à disposer elle-même d'un espace suffisant pour des raisons de sécurité, de santé ou d'édilité, ce n'est manifestement pas à l'endroit où se trouve généralement la terrasse du "Z." qu'elle a voulu l'aménager ou qu'elle en a besoin;

que pour le reste, il est en l'occurrence contraire au droit et en particulier aux principes rappelés ci-dessus de retenir l'argument selon lequel la société intimée n'étant arrivée sur le marché de la concurrence que récemment, elle ne peut dès lors prétendre à l'autorisation qu'elle sollicite durant la période du Festival;

qu'elle dispose en effet d'un "droit conditionnel" (cf. les références citées ci-dessus) à être autorisée à exploiter sa terrasse aussi durant la période du Festival et dans la mesure où des solutions peuvent être trouvées comme il a été vu, le caractère récent de son implantation ne peut manifestement pas avoir d'incidence;

qu'en résumé et en conclusion, la Cour de céans constate que ni la décision du 25 avril 2007 de la commune ni celle du 9 mai 2008 du préfet ne sont en accord avec les principes de droit applicables en l'espèce, tels qu'ils ont notamment été rappelés par la jurisprudence cantonale (ATA du 6 juin 2007 en la cause A. et J. P. SA);

qu'en effet, la première refuse à la société intéressée l'usage accru du domaine public pendant la durée du Festival, sans rechercher de solution respectant les principes de la proportionnalité et de l'égalité de traitement;

qu'en sens inverse, la seconde admet sans réserve cet usage alors que l'aménagement du centre-ville par la Commune de Fribourg, dans le cadre de son autonomie communale, pourrait conduire à refuser l'installation de la terrasse en cause - une année sur deux comme il a été vu à titre d'exemple - ou à préciser des modalités particulières suivant les contingences à prendre en compte;

qu'aussi, ces décisions doivent être annulées et la cause est renvoyée à la Ville de Fribourg pour nouvelle décision dans le sens des considérants, en application de l'art. 98 al. 2 CPJA;

qu'au vu de la jurisprudence cantonale, le sort de la cause était manifeste de sorte que le présent arrêt peut être pris en la forme sommaire (art. 99 CPJA);

qu'il n'est pas perçu de frais de procédure (art. 133 CPJA);

qu'il n'est pas alloué d'indemnité de partie à la société X. Sàrl, la décision préfectorale ne subsistant pas telle quelle (art. 137 CPJA);

054; 213.6.1