



602 2008-79

Arrêt du 22 septembre 2008

II^e COUR ADMINISTRATIVE

PARTIES

COMMUNE DE MARLY, rte de Fribourg 9, case postale 63, 1723 Marly 1,
recourante,

contre

**DIRECTION DE L'AMENAGEMENT, DE L'ENVIRONNEMENT ET DES
CONSTRUCTIONS**, rue des Chanoines 17, case postale, 1701 Fribourg,
autorité intimée,

Z. SA, intimée, représentée par Me Marianne Loretan, avocat, bd de
Pérolles 7, case postale 736, 1701 Fribourg,

X., intimé, représenté par Me Marianne Loretan, avocat, bd de Pérolles 7,
case postale 736, 1701 Fribourg,

Y., intimé, représenté par Me Marianne Loretan, avocate, bd de Pérolles
7, case postale 736, 1701 Fribourg,

OBJET

Aménagement du territoire et constructions

Recours du 5 juin 2008 contre la décision du 5 mai 2008

c o n s i d é r a n t e n f a i t

A. Depuis plus de trois ans, un projet d'implantation d'un magasin d'alimentation-discount par la société Z. SA, à Marly, est en cours d'élaboration. Après avoir déterminé le site adéquat, la société précitée et le bureau d'architectes mandaté ont pris contact avec la Commune de Marly en vue d'établir un plan d'aménagement de détail (ci-après: PAD) en étroite collaboration.

Divers échanges ont eu lieu entre les deux parties, entre l'été 2005 et mars 2007. Au début de l'année 2006, Z. SA a déposé auprès de la Commune de Marly un dossier de demande préalable concernant le PAD "Pré de la Croix" de la commune, en vue de l'implantation de son commerce.

Le 25 avril 2006, le Conseil communal de Marly a rendu son préavis favorable, en formulant des conditions et des remarques.

B. Le 16 mars 2007, la Commune de Marly a mis le PAD "Pré de la Croix" à l'enquête publique, par avis dans la Feuille officielle (FO) n° 11. Aucune opposition n'a été formée contre ce plan.

Le périmètre du PAD "Pré de la Croix" porte sur une partie de l'article 1167 du Registre foncier de la Commune de Marly (ci-après: RF). Il est divisé en deux secteurs: le secteur A et le secteur B. L'art. 1167 RF est propriété du Y. Z. SA possède un droit de superficie distinct et permanent - octroyé par X. lui-même bénéficiaire d'un droit d'emption accordé selon pacte d'emption et promesse d'achat par Y. - sur la surface constituant le secteur A, à détacher de l'art. 1167 RF.

Selon le plan d'aménagement local (ci-après: PAL) actuellement en vigueur, le secteur A de l'art. 1167 RF est affecté à la zone urbaine (ci-après: URB) et le secteur B à la zone résidentielle à moyenne densité 1.

L'art. 1161 RF, situé de l'autre côté de la Route des Ecoles, a également fait l'objet d'un PAD, lequel a été déposé par la société X. en vue de l'implantation d'un magasin d'alimentation.

C. Par décision du 8 mai 2007, le Conseil communal de Marly a refusé d'adopter le PAD "Pré de la Croix", constatant que l'implantation d'un tel commerce allait générer un trafic supplémentaire non négligeable, que la capacité des aménagements routiers risquait d'être rapidement dépassée, que la proximité de centre scolaire, la cohabitation et le passage quotidien de plus de 850 élèves étaient inquiétants, que la sécurité des piétons ne semblait pas vraiment garantie, et finalement que l'agglomération fribourgeoise était le "champ de bataille" d'une guerre des centres commerciaux et des shop et stations d'essence, ce qui heurte le bon sens et dépasse l'entendement des autorités et de la population.

Agissant le 15 juin 2007, par acte séparé, Z. SA et X. d'une part, Y., d'autre part, ont interjeté recours contre la décision communale auprès de la Direction de l'aménagement, de l'environnement et des constructions (ci-après: la Direction), invoquant notamment la violation de la liberté économique.

D. Par décision du 5 mai 2008, la Direction a admis les recours et a annulé la décision attaquée, précisant que la Commune de Marly était tenue d'adopter le PAD "Pré de la Croix" et de lui transmettre le dossier pour la suite de la procédure d'approbation. L'autorité a

considéré que la commune avait abusé de son pouvoir d'appréciation en refusant d'adopter le PAD, lequel était en tout point conforme à la réglementation communale.

E. Par acte du 5 juin 2008, la Commune de Marly a contesté devant le Tribunal cantonal la décision de la Direction, dont elle demande l'annulation. En substance, elle reproche à l'autorité intimée d'avoir écarté l'argumentation politique de sa décision et de ne pas avoir traité de la problématique d'aménagement et de développement régional que pose l'implantation de deux centres commerciaux supplémentaires, l'un à côté de l'autre, dans l'agglomération fribourgeoise.

A l'appui de ses conclusions, le conseil communal relève que l'étude technique n'a pas pris en compte les problèmes globaux de charge de la route cantonale et du trafic d'agglomération, spécialement aux heures de pointe. Par ailleurs, il estime que les besoins locaux par rapport aux centres commerciaux sont déjà largement couverts.

F. Dans leurs observations déposées le 30 juin 2008, les intimés concluent principalement à l'irrecevabilité du recours, subsidiairement, à son rejet, sous suite de frais et dépens. Ils requièrent par ailleurs le retrait de l'effet suspensif.

Les intimés estiment que les arguments soulevés par la recourante au titre de constatation inexacte des faits relèvent non pas des faits, mais du droit. Cette dernière se plaindrait en réalité de l'inopportunité de la décision de la Direction. Or, le Tribunal cantonal n'étant pas habilité à revoir l'opportunité, le recours serait ainsi irrecevable. En outre, les intimés produisent l'étude complémentaire demandée par le Service des ponts et chaussées (ci-après: SPC), laquelle confirme que le projet d'Z. et le développement résidentiel proposé sont acceptables du point de vue du trafic et n'induisent aucun problème d'exploitation important.

Par courrier du 9 juillet 2008, le Service des constructions et de l'aménagement (ci-après: SeCA), chargé par la Direction de se déterminer, a précisé qu'il n'avait pas de remarques particulières à formuler et a proposé la confirmation de la décision attaquée.

e n d r o i t

1. a) Déposé dans le délai et les formes prescrits (art. 79 et 80 ss du code de procédure et de juridiction administrative; CPJA; RSF 150.1), le recours est recevable en vertu de l'art. 114 al. 1 let. a CPJA. Le Tribunal cantonal peut donc en examiner les mérites.

b) Selon l'art. 76 CPJA, a qualité pour recourir (let. a) quiconque est atteint par la décision attaquée et a un intérêt digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée ainsi que (let. b) toute autre personne, organisation ou autorité à laquelle la loi reconnaît le droit de recourir.

En matière de planification locale, aucune disposition de la loi sur l'aménagement du territoire et les constructions (LATeC; RSF 710.1) n'attribue expressément à la commune le droit de recourir. La règle de l'art. 176 al. 2 LATeC qui lui confère le droit de contester les décisions relatives aux permis de construire n'est pas applicable en matière d'aménagement du territoire (cf. ATA non publié du 7 avril 1995 en la cause Commune d'Avry-devant-Pont c/ Préfet de la Gruyère). Partant, le recours de la commune ne peut pas se fonder sur l'art. 76 let. b CPJA.

En revanche, dans un arrêt du 26 janvier 1995 concernant la Commune de Guin, le Tribunal cantonal a constaté que les communes fribourgeoises jouissent d'une certaine autonomie dans l'établissement de leur planification. Il a jugé en conséquence que, lorsqu'elles invoquent une violation de cette autonomie, ces collectivités publiques peuvent agir par recours de droit administratif en se fondant sur l'art. 76 let. a CPJA (ATA du 26 janvier 1995, dans la cause 2A 94 80; voir aussi B. KNAPP, Précis de droit administratif, 4^{ème} édit., Bâle 1991, no 1996 et 1997).

En l'espèce, la recourante n'avance pas explicitement le grief de violation de l'autonomie communale. Cependant, elle reproche à la Direction intimée de n'avoir pas tenu compte de l'argumentation politique développée dans sa décision, laquelle a abouti au refus d'adopter le PAD. Il y a lieu de reconnaître que, ce faisant, elle invoque une violation de son autonomie communale.

c) Selon l'art. 77 CPJA, le recours peut être formé (let. a) pour violation du droit y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation et (let. b) pour constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents.

d) L'art. 78 al. 2 let. c CPJA prévoit en outre, parmi d'autres cas, que l'inopportunité peut être invoquée devant le Tribunal administratif si une loi prévoit expressément ce motif.

En l'occurrence, l'art. 33 al. 3 let. b de la loi fédérale sur l'aménagement du territoire (LAT; RS 700) impose aux cantons l'obligation de prévoir qu'une autorité de recours au moins ait un libre pouvoir d'examen sur les contestations relatives aux décisions et plans d'affectation.

En principe, lorsque le Tribunal cantonal est saisi d'un recours en matière de planification locale, la décision attaquée a déjà elle-même été rendue sur recours. En effet, le système en vigueur depuis le 1^{er} janvier 1995 prévoit que la commune statue sur les oppositions à son projet de planification et que sa décision est sujette à recours, d'abord à la DAEC, puis au Tribunal cantonal (cf. art. 80a LATeC). Ainsi, dans les cas où, comme en l'espèce, le Tribunal cantonal intervient comme deuxième instance de recours, c'est à la première instance, soit à la DAEC, qu'appartient la compétence fondée sur l'art. 33 al. 3 LAT de connaître du grief d'inopportunité. Partant, la Cour de céans n'examinera pas ce grief.

2. a) L'autonomie communale est garantie dans les limites fixées par le droit cantonal (cf. art. 50 Constitution fédérale; Cst.; RS 101): plus précisément, la commune est autonome dans les domaines que le droit cantonal ne règle pas de manière exhaustive et dans lesquels il lui laisse une liberté de décision importante, soit en lui attribuant la compétence d'édicter et d'appliquer ses propres prescriptions, soit en lui réservant une latitude équivalente dans l'application du droit cantonal ou fédéral (ATF 124 I 223 consid. 2b p. 226-227 et les arrêts cités). Il suffit que cette liberté puisse s'exercer, non pas dans un domaine entièrement réservé à la commune, mais dans l'accomplissement des tâches particulières qui sont en cause, quelle que soit leur base juridique. Il y a autonomie lorsque la commune est libre de faire des choix, sous sa propre responsabilité et en fonction d'options qu'elle définit elle-même (A.AUER/G.MALINVERNI/M.HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, Berne 2000, p. 93 n° 267).

S'agissant du Canton de Fribourg, le Tribunal fédéral a reconnu que les communes fribourgeoises jouissaient d'une certaine autonomie en matière d'élaboration des plans d'aménagement et des règlements relatifs aux constructions (ATF 102 Ia 163). Dans un

arrêt postérieur, il a précisé que les changements intervenus dans la législation cantonale, depuis 1976, n'avaient pas supprimé cette autonomie (ATF 116 Ia 54).

Ainsi, dans l'exécution de ses tâches de planification et de délimitation des zones, l'autorité communale dispose de la liberté d'appréciation nécessaire à l'accomplissement de sa mission (art. 2 al. 3 LAT). Les autorités d'approbation doivent dès lors faire preuve de retenue dans le contrôle de l'opportunité de manière à respecter la sphère de l'autonomie communale (P. HÄNNI, Gemeindeautonomie und Planungsrecht, Droit de la construction, 4/91, p. 84). En d'autres termes, la Direction ne peut pas simplement substituer sa propre appréciation à celle de l'autorité communale, en particulier, elle doit laisser à la commune la possibilité du choix entre plusieurs solutions applicables et judicieuses (ATA du 9 juin 2000, 2A 99 10). Ce respect de l'autonomie reconnue au planificateur communal ne signifie pas que l'autorité d'approbation doive limiter son intervention aux seuls cas dans lesquels la solution communale est déraisonnable ou sans motif objectif. Elle est fondée également à corriger la planification lorsque cette dernière apparaît inopportune du point de vue des intérêts publics dépassant la sphère communale (cf. RFJ 1994 p. 362) ou lorsqu'elle ne respecte pas - ou pas suffisamment - les principes et buts de l'aménagement du territoire (ATF 116 Ia 227; 113 Ia 192).

b) Comme le souligne la Direction dans sa décision, un PAD, même établi à l'initiative d'un propriétaire, est un instrument de planification locale, pour lequel la commune jouit également d'une autonomie. L'autorité de recours ne saurait annuler sa décision et la contraindre à adopter le PAD que si son refus apparaît arbitraire ou inopportun du point de vue des intérêts supra-communaux, ou s'il ne respecte pas suffisamment les principes et buts de l'aménagement du territoire.

La Direction a estimé, dans le cas d'espèce, que la Commune de Marly ne pouvait invoquer son autonomie communale, étant donné qu'elle n'était pas tenue de choisir entre deux ou plusieurs solutions possibles. L'autorité s'est fondée sur un arrêt du Tribunal fédéral constatant qu'il ne pouvait y avoir d'autonomie que lorsque la commune est libre de faire un choix, sous sa propre responsabilité et en fonction d'options qu'elle définit elle-même (ATF 1A.174/2001 consid. 2 et la référence doctrinale). Or, selon la planification en vigueur, le PAD devait être approuvé.

c) Les centres commerciaux ne sont pas des commerces ordinaires. En raison de leur impact sur le territoire, ils font l'objet d'un traitement particulier aux art. 69 et 70 LATeC et il n'est pas exclu, qu'au-delà de l'exigence d'un plan spécial, une commune en sa qualité de planificateur local puisse réglementer strictement leur implantation. En d'autres termes, à supposer que des dispositions particulières aient été prises au niveau du plan d'aménagement local, il est en principe envisageable d'exclure les centres commerciaux de certaines zones ouvertes aux commerces ordinaires si des possibilités raisonnables d'implantation existent dans la région. On peut même se demander si, au niveau régional, une certaine clause du besoin ne pourrait pas être introduite en se fondant sur des considérations de politique d'aménagement, dès lors que cette forme de commerce est excessivement vorace en place, en infrastructures et en coût écologique pour des bénéfices socioéconomiques très faibles. Pour autant qu'elle s'appuie sur de telles préoccupations et ne vise pas à protéger les commerces de détail (mesure de politique économique), pareille démarche ne semble pas d'emblée contraire à la liberté économique ou au droit à l'égalité.

Par ailleurs, les art. 69 et 70 LATeC ne se limitent pas aux seuls centres commerciaux présentant une surface de vente supérieure à 5'000 m² et soumis à étude d'impact sur l'environnement. Ils s'appliquent également à des centres plus petits, la limite à l'obligation

d'établir un plan spécial étant fixée, en fonction de l'implantation concrète et des nuisances à attendre, aux environs de 1'000 m² de surface de vente (ATF 116 Ia 426, consid. 4d, p. 430). Selon le cas, un local offrant une capacité inférieure peut également entrer dans la définition d'un centre commercial lorsque les conditions d'exploitation le justifient, notamment lorsqu'il se situe sur un axe surchargé (dans ce sens, ATF 109 Ia 270).

La volonté de politique d'aménagement émise par la Commune de Marly de restreindre les possibilités d'implantation des centres commerciaux sur son territoire n'apparaît donc pas d'emblée incompatible avec les compétences de planification dont elle dispose. Il est vraisemblable également que le nouveau commerce planifié par Z. SA peut entrer dans la catégorie des centres commerciaux, surtout si l'on tient compte de son emplacement directement à-côté du nouveau magasin envisagé par la société W..

Encore faut-il, cas échéant, pour limiter valablement l'implantation des centres commerciaux que le planificateur local ait adopté les mesures nécessaires.

d) En l'occurrence, la planification de la Commune de Marly ne contient aucune réserve quant à l'implantation des centres commerciaux qui pourrait soutenir sa démarche de politique d'aménagement restrictive. En effet, selon le PAL en vigueur, le secteur litigieux est affecté à la zone urbaine pour laquelle l'élaboration d'un PAD est obligatoire. L'art. 17 let. b du règlement communal d'urbanisme et de police de constructions (RCU) prévoit que la zone urbaine est destinée, de manière prépondérante, aux activités de service (commerces, bureaux, etc.). Des activités artisanales sont autorisées, pour autant qu'elles soient en relation avec une activité commerciale exercée sur place par objet. D'après la fiche de mesure n° 1.1 du RCU, l'objectif auquel est soumis le PAD est d'assurer l'harmonisation des volumes bâtis et des équipements situés de part et d'autre de la Route des Ecoles ainsi que le long de la route cantonale. De chaque côté de la Route des Ecoles, un dégagement visuel doit être maintenu; cet espace est inconstructible, les droits à bâtir pouvant être reportés sur le reste de la parcelle. Le PAD proposé à la commune pour adoption respecte tout à fait ces différentes exigences.

Il apparaît également que les conditions posées par l'art. 70 al. 2 LATeC pour ce qui concerne la capacité du réseau routier et du fonctionnement des infrastructures sont respectées. S'agissant de la charge de trafic supplémentaire et de la sécurité des élèves, il y a lieu de relever que le PAD litigieux a pris en compte ces éléments et a prévu notamment l'instauration d'une zone limitée à 30 km/h et d'un arrêt de bus. Au vu de l'expertise technique réalisée, le SPC a considéré que le PAD et le projet d'implantation d'un commerce étaient acceptables, malgré la charge de trafic supplémentaire. Or, la recourante n'avance aucun élément pertinent permettant de remettre en cause cette appréciation.

Dans ces conditions, la commune n'avait pas de marge de manœuvre pour refuser un projet qui s'avère pleinement conforme à la zone où il est prévu de l'implanter. Au vu de la planification en vigueur, la recourante n'avait aucune possibilité relevant de sa liberté de planificateur local de refuser d'adopter le PAD qui lui était proposé. En écartant la requête de l'intimée, elle a violé sa propre planification. C'est donc à juste titre que la Direction a rétabli la légalité en annulant le refus communal.

e) Cela étant, au-delà de cette annulation et compte tenu de la volonté de politique d'aménagement clairement énoncée par la commune, la Direction ne pouvait pas sans autre la contraindre à adopter le PAD litigieux. En effet, selon l'art. 84 al. 1 LATeC, lorsqu'un plan d'aménagement de détail soumis par les propriétaires risque de compromettre ou de gêner des mesures d'aménagement en cours d'étude, la commune

peut décider de surseoir à l'examen de ce plan en attendant le résultat de ces études. Selon l'alinéa deux de cette même disposition, la suspension de la procédure, qui ne peut excéder un an, ne donne pas droit à indemnité.

Vu ce qui a été dit précédemment quant aux mesures envisageables susceptibles de limiter l'implantation des centres commerciaux au niveau régional, il n'est pas exclu que la commune entende procéder à des études plus détaillées avant d'adopter le PAD en cause. En n'ayant pas réservé cette possibilité reconnue expressément aux communes par la loi, la Direction a clairement violé l'autonomie de la recourante. L'adoption par le Grand Conseil du postulat René Kolly/Christian Ducotterd à propos de la politique cantonale en matière d'implantation de grandes surfaces et de centres commerciaux, l'examen de la nouvelle loi sur l'aménagement du territoire par le même Grand Conseil et les résolutions prises par le Conseil communal de Marly allant jusqu'à refuser l'adoption du PAD litigieux sont des éléments concrets suffisants pour admettre qu'une réflexion d'aménagement est en cours quant à l'adoption de mesures restrictives en matière de centres commerciaux. Il est donc normal que la recourante puisse disposer des facultés que lui confère la loi à l'art. 84 LATeC.

3. a) En conséquence, il y a lieu d'admettre partiellement le recours en ce sens que la procédure de PAD est renvoyée à la Commune soit pour adopter ce document, soit pour faire usage de l'art. 84 LATeC, en suspendant la procédure, le temps de régler la question de l'implantation des centres commerciaux sur le territoire communal.

b) Selon l'art. 133 CPJA, il n'est pas perçu de frais de procédure. Les intimés, qui obtiennent partiellement gain de cause et qui ont fait appel à un mandataire ont droit à une indemnité de partie, laquelle est réduite en proportion (art. 137 et 138 al. 2 CPJA).

201.38; 201.30 centres commerciaux