

DÉCISION DE LA DIRECTION DES TRAVAUX PUBLICS, DES TRANSPORTS ET DE L'ÉNERGIE

OJ n° 110/2003/149

Berne, le 3 mai 2004

en la cause liée entre

A._____, agissant par ses organes
recourante

représentée par Me B._____

et



Préfet du district de Courtelary, Rue de la Préfecture 2, 2608 Courtelary

Municipalité de Péry, 2603 Péry

représentée par Me E._____

en ce qui concerne la décision du préfet du district de Courtelary du 27 octobre 2003
(hôtellerie et restauration, dépassement des horaires)

I. Faits

1. Par demande de permis de construire du 6 janvier 2003, la recourante a requis une autorisation permanente de dépassement des heures légales pour le Restaurant C._____, r. de D._____ 26, à Péry. La parcelle en question, n° F._____, est sise en zone mixte HA2 affectée à l'habitation et à l'artisanat. Sont applicables pour le bruit les dispositions du degré de sensibilité III. Le dépassement requis consisterait à ce que le restaurant/bar puisse rester ouvert jusqu'à 3 h 30 le lendemain du jeudi, du vendredi et du samedi.

2. Un couple de voisins a fait opposition.

3. Par décision du 27 octobre 2003, le Préfet du district de Courtelary a statué de la façon suivante:

1. Les oppositions sont partiellement rejetées.
2. L'autorisation de dépassement horaire pour le Restaurant C. _____ à Péry est octroyée pour les nuits du vendredi et du samedi jusqu'à 3 h 30.
3. L'autorisation de dépassement horaire pour le Restaurant C. _____ à Péry pour la nuit du jeudi jusqu'à 3 h 30 est refusée.
4. Cette autorisation est assortie des conditions et charges fixées au point 14 de la décision. Elles seront reprises dans l'autorisation d'exploiter.
5. Les frais de la présente décision fixés à 500 fr. sont à la charge de la requérante.

Au considérant 14 de la décision (auquel fait référence le point 4 du dispositif), il est formulé que "pour permettre une évaluation de la situation sur une certaine durée, l'autorisation sera délivrée provisoirement pour une année".

Le 27 octobre 2003 également, le Préfet a octroyé à la recourante une autorisation d'exploiter provisoire jusqu'au 30 septembre 2004 pour établissement public d'hôtellerie et de restauration avec débit d'alcool.

4. Le 25 novembre 2003, la recourante a interjeté recours contre la décision du Préfet auprès de la Direction des travaux publics, des transports et de l'énergie (TTE). Elle a pris les conclusions suivantes:

1. annuler la décision du Préfet du district de Courtelary du 27 octobre 2003 sous chiffres 1, 3 et 5;
2. constater que l'autorisation de dépassement d'horaire pour le Restaurant C. _____ à Péry est octroyée définitivement pour les nuits du vendredi et du samedi jusqu'à 3 h 30;
éventuellement accorder définitivement l'autorisation de dépassement d'horaire pour le Restaurant C. _____ à Péry pour les nuits du vendredi et du samedi jusqu'à 3 h 30;
3. octroyer définitivement l'autorisation de dépassement d'horaire pour le Restaurant C. _____ à Péry pour la nuit du jeudi jusqu'à 3 h 30, éventuellement jusqu'à 2 h 30.

5. Par préavis du 2 décembre 2003, le Préfet du district de Courtelary a conclu au rejet du recours.

6. Par courrier du 18 décembre 2003, les opposants ont renoncé à participer à la procédure de recours.
7. Par préavis du 22 décembre 2003, la commune de Péry a conclu au rejet du recours et à la confirmation de la décision attaquée.
8. Les autres faits et arguments de la cause sont évoqués ci-après en tant que besoin.

II. Considérants

1. Recevabilité

Aux termes de l'art. 4 al. 1^{er} lettre I DPC¹, un permis de construire est nécessaire pour les autorisations permanentes de dépassement d'horaire. Conformément à l'art. 40 al. 1^{er} LC², de telles décisions peuvent être attaquées par voie de recours auprès de la TTE. La requérante a qualité pour recourir (art. 40 al. 2 LC). En l'occurrence, elle agit valablement par Madame G._____, titulaire du droit de signature individuelle. Il résulte du dossier préliminaire que la signature figurant sur la procuration en faveur de l'avocat qui représente la recourante est bien celle de cette personne.

Au surplus, le recours a été déposé en temps utile et dans les formes légales. Il est par conséquent recevable.

2. Autorisation provisoire pour le vendredi et le samedi

a) La décision attaquée relève le conflit d'intérêts entre la protection du voisinage contre les immissions excessives d'une part et la garantie de la liberté du commerce et de l'industrie d'autre part (consid. 12). Elle retient les obligations faites au tenancier par l'art. 21 al.

¹ décret du 22 mars 1994 concernant la procédure d'octroi du permis de construire, DPC, RSB 725.1

² loi du 9 juin 1985 sur les constructions, LC, RSB 721.0

1^{er} LHR³ s'agissant des immissions et du bruit, ainsi que les obligations des clients eux-mêmes. Elle souligne que l'intérêt du voisinage à un repos nocturne paisible et ininterrompu est moins élevé en fin de semaine, étant donné que la majorité des gens ne travaille pas le samedi et le dimanche (consid. 13). Elle considère ensuite que "en vertu de l'égalité de traitement avec les autres établissements de la région bénéficiant de telles autorisations et en tenant compte du droit à la liberté de commerce, il convient d'admettre qu'un refus de la demande en ce qui concerne le vendredi et le samedi ne peut se justifier." Sur la base de ces motifs, le préfet octroie le dépassement horaire en ce qui concerne les nuits du vendredi et du samedi jusqu'à 3 h 30. Il ajoute que "pour permettre une évaluation de la situation sur une certaine durée, l'autorisation sera délivrée provisoirement pour une année" (consid. 15).

De l'avis de la recourante, il faut partir de l'idée que l'autorisation jusqu'à 3 h 30 pour les vendredi et samedi a été octroyée définitivement, car seuls les considérants de la décision, et non pas le chiffre 2 du dispositif, mentionnent la limitation dans le temps. Il suffirait donc à l'autorité de recours de constater que l'autorisation a été accordée à titre définitif. A titre subsidiaire, la recourante requiert l'octroi définitif de cette autorisation, dès lors que toutes les conditions légales sont remplies et que l'octroi provisoire n'est pas prévu par la loi dans un tel cas.

L'autorité de première instance relève dans son préavis que les autorisations peuvent être limitées dans le temps selon la LHR. Elle estime qu'il ressort du chiffre 4 du dispositif que les charges et conditions du considérant 14 font partie de la décision. Elle ajoute qu'il est clairement stipulé dans l'autorisation d'exploiter que celle-ci est limitée au 30 septembre 2004. Elle précise finalement que la limitation dans le temps se justifie notamment parce que les charges posées par l'Assurance immobilière du canton de Berne (AIB) ne sont pas toutes respectées.

La commune de Péry est également d'avis que les conditions et charges sont clairement définies et compréhensibles pour la recourante. Elle prie la TTE, le cas échéant, de faire compléter la décision attaquée.

b) Force est de constater que le dispositif de la décision attaquée ne présente pas toute la clarté requise s'agissant de la question du caractère provisoire de l'autorisation. Le ren-

³ loi du 11 novembre 1993 sur l'hôtellerie et la restauration, LHR, RSB 935.11

voilà des considérants peut précisément engendrer des malentendus. C'est toutefois l'unique élément peu clair ou lacunaire. Étant donné que les considérants, de même que l'autorisation d'exploiter, font explicitement référence à une limitation dans le temps, on ne voit pas comment on pourrait de bonne foi constater le caractère définitif de l'autorisation. La conclusion de la recourante à cet égard doit donc être rejetée. Compte tenu des considérants qui suivent, il n'y a en revanche pas lieu de compléter d'office ou de faire compléter - ne serait-ce que pour des raisons de forme - le dispositif de la décision attaquée par la mention du caractère provisoire de l'autorisation, ainsi que le requiert la commune de Péry.

c) Les établissements d'hôtellerie et de restauration ne peuvent pas ouvrir avant 5 h et doivent fermer au plus tard à 0 h 30 le lendemain (art. 11 al. 1^{er} LHR). L'autorité compétente peut autoriser une prolongation de l'horaire jusqu'à 3 h 30 du lendemain au plus tard de façon permanente (art. 14 al. 1^{er} let. b LHR). En raison de la formulation potestative de cette disposition, le préfet dispose d'un large pouvoir d'appréciation. Il doit certes tenir comptes des exigences générales énumérées à l'art. 1^{er} al. 2 LHR. Par contre, l'art. 14 al. 1^{er} let. b LHR ne prescrit pas de conditions d'octroi de l'autorisation⁴. Des restrictions sont admises en particulier lorsqu'elles visent le maintien de l'ordre et de la tranquillité et la protection du voisinage contre les immissions excessives (art 1^{er} al. 2 let. e et f LHR). Aux termes de l'art. 4 al. 1^{er} LHR, les autorisations peuvent être liées à des conditions et à des charges et être limitées dans le temps. Lorsque l'octroi d'une décision positive (autorisation) repose sur un libre pouvoir d'appréciation, l'administration peut y adjoindre des clauses accessoires telles que conditions, charges ou terme, mais elle est tenue par les principes généraux de l'intérêt public et de la proportionnalité⁵.

L'autorité procède dans la décision attaquée à une pondération des intérêts du voisinage d'une part et de ceux du restaurateur d'autre part. La balance y penche en faveur du restaurateur en vertu des critères suivants: lendemains fériés (samedi et dimanche) et égalité de traitement avec les autres établissements de la région. L'autorité en déduit clairement qu'un refus en ce qui concerne le vendredi et le samedi ne peut se justifier. En octroyant cette autorisation, elle n'outrepasse pas son pouvoir d'appréciation, et ce pour les raisons suivantes:

La parcelle en question ainsi que les parcelles voisines sont sises en zone HA2. Selon l'art.

⁴ décision de la TTE du 22 mai 2002 en la cause R. contre V., BDE OJ n° 110/2001/84, consid. 2 et 5a

⁵ Pierre Moor, Droit administratif, vol. II, 2002, p. 80

40 RC⁶, la zone mixte HA est destinée à l'habitation et à l'artisanat moyennement gênant (al. 1^{er}). Sont applicables les dispositions du degré de sensibilité III, conformément à l'art. 43 al. 1^{er} let. c OPB⁷ (al. 2)⁸. Dans les zones mixtes HA, sont admissibles les activités artisanales ou commerciales qui ne nuisent pas considérablement à la santé des habitants. Contrairement aux dispositions applicables aux zones d'habitation (cf. art. 90 al. 1^{er} OC⁹), les entreprises artisanales ne doivent pas obligatoirement être silencieuses¹⁰. En l'occurrence, la route cantonale passe devant le restaurant. L'autoroute est située à environ 120 m. Certes, ces voies sont moins fréquentées la nuit que le jour. Il n'en demeure pas moins que, pendant le week-end notamment, elles relient certains lieux de divertissement au domicile de noctambules, qui les empruntent donc déjà. La TTE, tout comme l'autorité de première instance d'ailleurs, ne voit pas d'éléments d'appréciation pour lesquels le dépassement de l'horaire le vendredi et le samedi serait non conforme à la zone ou entraînerait des immissions excessives.

Dans la décision attaquée, le préfet ne donne pas d'autres explications au caractère provisoire de l'autorisation que celle de permettre une évaluation de la situation. Il fait valoir dans sa prise de position que la limitation dans le temps se justifie notamment parce que les charges posées par l'AIB ne sont pas toutes respectées. Cette explication ne convainc pas. En effet, lorsque le préfet a rendu sa décision, l'AIB ne l'avait pas encore informé que certaines charges n'étaient pas respectées. Au demeurant, le non-respect de ces charges n'a pas de lien direct avec le dépassement de l'heure de police requis. Elles ont davantage pour but de protéger la clientèle que le voisinage. Finalement, s'il s'avérait que le dépassement génère des immissions excessives, l'autorité dispose d'un instrument efficace puisqu'elle peut ordonner une mesure administrative telle que l'avancement de l'heure de fermeture (art. 40 let. e LHR). Il n'est pas admissible, sur la base de simples conjectures, de préjuger des immissions qu'engendrerait un projet¹¹. Ainsi, il résulte de ce qui précède que le caractère provisoire de l'autorisation de dépassement pour le vendredi et le samedi est contraire au principe de la proportionnalité.

⁶ règlement de construction de la commune de Péry, 1989/1990, modification de juin 2001 approuvée par l'Office des affaires communales et de l'organisation du territoire le 8 octobre 2001

⁷ ordonnance fédérale du 15 décembre 1986 sur la protection contre le bruit, OPB, RS 814.41

⁸ La décision attaquée se réfère à tort à l'art. 58 RC: cette disposition concerne une zone à planification obligatoire dont la parcelle en question ne faisait pas partie et qui en outre a été transformée depuis lors en zone HA.

⁹ ordonnance du 6 mars 1985 sur les constructions, OC, RSB 721.1

¹⁰ Aldo Zaugg, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern vom 9. Juni 1985, 1995, art. 24 n. 30

¹¹ décision de la TTE du 28 juillet 1999 en la cause R. contre S., BDE OJ n° 110/1999/21, consid. 2d/ee

L'art. 5 LHR n'entre pas en considération en l'espèce. Il oblige l'autorité à fixer une durée déterminée dans le cas où des conditions prescrites ne sont pas remplies (p. ex. octroi d'une autorisation provisoire jusqu'à l'obtention du certificat de capacité), alors que dans la présente procédure il s'agit d'une question d'exercice d'un large pouvoir d'appréciation conféré à l'autorité.

En définitive, la recourante obtient gain de cause quant à sa conclusion subsidiaire énoncée sous chiffre 2 de son recours. Le chiffre 4 de la décision attaquée est annulé.

3. Nuit du jeudi

a) La décision attaquée relève que, dans le district, seules les discothèques peuvent actuellement bénéficier d'une autorisation pour le dépassement horaire le jeudi soir. Octroyer en l'espèce une telle autorisation reviendrait donc à créer une inégalité de traitement par rapport aux établissements similaires à celui de la recourante. Par ailleurs, l'intérêt des voisins à la protection contre les immissions excessives doit ici l'emporter sur la garantie de la liberté du commerce et de l'industrie, étant donné qu'un dépassement d'horaire jusqu'à 3 h 30 le jeudi soir est de nature à nuire au repos nocturne en semaine.

La recourante est d'avis que l'exploitation du restaurant ne provoque pas de nuisances sonores importantes. La terrasse du restaurant ne doit de toute façon pas être occupée après 22 h. Des rares voisins (trois parcelles concernées), aucun ne se serait jamais plaint. La recourante estime qu'il n'y a aucune raison de privilégier les discothèques, qui d'ailleurs provoquent des nuisances plus importantes que celles émanant du Restaurant C._____. Elle renvoie à la pratique appliquée en ville de Bienne, selon laquelle l'autorisation de dépassement pourrait être accordée pour la nuit du jeudi jusqu'à 3 h 30, ou éventuellement jusqu'à 2 h30 seulement.

Dans son préavis, l'autorité de première instance fait remarquer que l'on ne peut pas comparer le centre ville de la commune de Bienne d'une part et le district de Courtelary, en particulier la commune de Péry, d'autre part. Par ailleurs, l'octroi d'une autorisation générale de dépasser l'horaire doit rester l'exception par rapport à l'heure générale de police. De plus, le préfet du district de Courtelary a introduit une pratique constante: pour les éta-

blissements publics autres que les discothèques, aucune autorisation permanente de dépassement d'horaire n'a été accordée pour le jeudi soir.

La commune de Péry relève également les différences de sensibilité entre la ville (Bienne) et la campagne (Péry). Elle ajoute que la pratique dans le district de Courtelary est plus restrictive que celle appliquée par la préfecture du district de Bienne: en règle générale, aucun dépassement n'est accordé le jeudi soir pour les restaurants.

b) L'autorité dispose d'un large pouvoir d'appréciation pour l'octroi ou non d'une autorisation permanente de prolongation d'horaire conformément à l'art. 14 al. 1^{er} let. b LHR. Cette disposition ne prescrit pas de conditions d'octroi de l'autorisation¹². Cependant, l'autorité doit exercer son pouvoir d'appréciation dans le respect du droit, en particulier en ce qui concerne la protection contre le bruit et la conformité à la zone¹³.

c) Les préfectures de Bienne et de Interlaken ont élaboré, en collaboration avec les communes concernées, des concepts de dépassement de l'horaire. Elles les mettent en pratique depuis quelques temps déjà. Le concept adopté pour les communes de la région du Bödeli (Unterseen, Interlaken, Matten et Wilderswil) distingue entre bars d'une part et discothèques d'autre part. Quant au concept mis sur pieds pour la ville de Bienne, il différencie les réglementations selon les types de quartiers¹⁴. Dans les deux cas, la TTE¹⁵, de même que le Tribunal administratif du canton de Berne¹⁶, ont confirmé les décisions préfectorales attaquées.

Le Tribunal administratif a considéré les éléments suivants:

L'octroi d'une autorisation permanente selon l'art. 14 al. 1^{er} let. b LHR doit rester l'exception. Le principe de l'heure de police fixée à 0 h 30 ne doit pas être vidé de son sens par une politique d'octroi d'autorisations permanentes trop laxiste¹⁷. Selon le concept adopté

¹² cf. consid. 2c ci-dessus

¹³ décision de la TTE du 22 mai 2002 en la cause R. contre V., BDE OJ n° 110/2001/84, consid. 5a

¹⁴ Daniel Gallina, Überzeit im Gastgewerberecht - Verwaltungsgerichtliche Anerkennung regionaler Konzepte, in Bulletin GAC/KPG 2004/I p. 30 ss, 31

¹⁵ décision de la TTE du 22 mai 2002 en la cause R. contre V., BDE OJ n° 110/2001/84 (commune d'Unterseen); décision de la TTE du 5 septembre 2002 en la cause F., BDE OJ n° 110/2002/50 (commune de Bienne)

¹⁶ décision du TA du 7 juillet 2003, JTA 21462 (commune d'Unterseen); décision du TA du 14 avril 2003, JTA 21550 (commune de Bienne), publié dans JAB 2003 p. 423 ss

¹⁷ JAB 2003 p. 423, consid. 4a à c; JTA 21462, consid. 4c

pour les communes du Bodeli, le dépassement de l'horaire pour les bars est généralement accordé jusqu'à 1 h du dimanche au jeudi et jusqu'à 1 h 30 le vendredi et le samedi. Les discos et les dancings peuvent en revanche rester ouverts jusqu'à 3 h toute la semaine. Le Préfet d'Interlaken a justifié cette différenciation par le fait que les clients des bars changent plusieurs fois d'établissement dans le courant de la soirée, contrairement à la clientèle des discothèques, étant donné qu'elle a dû en payer l'entrée¹⁸. Le Tribunal administratif estime que ce concept est conforme à la révision de la LHR de 1993, selon laquelle les autorisations de dépassement doivent être octroyées selon des critères objectifs et égaux. Cette réglementation tient compte de façon équilibrée des différents intérêts en présence, à savoir celui du voisinage au repos nocturne, celui du public à disposer de diverses possibilités de divertissement et enfin celui de l'exploitant au développement le plus large possible de son affaire. Du point de vue de l'égalité de traitement entre les exploitants, il est même indiqué de suivre un concept clair. L'octroi d'autorisations de dépassement au cas par cas risque au contraire de conduire à des solutions insatisfaisantes. Un concept général est d'autant plus souhaitable qu'il s'applique à une région entière: l'accumulation d'autorisations, admissibles tant qu'elles sont envisagées séparément, conduirait à une charge d'immissions excessive au regard de la législation sur la protection de l'environnement. Finalement, l'élaboration d'un tel concept entre dans le cadre du pouvoir d'appréciation conféré par la LHR aux autorités d'octroi de l'autorisation, lesquelles au demeurant sont le mieux à même d'évaluer le contexte local.¹⁹

d) En l'espèce, il résulte du dossier que le Préfet de Courtelary a adopté un concept semblable à celui qu'applique le Préfet d'Interlaken aux communes du Bodeli, dans le sens où il distingue entre bars et discos. Le dépassement dans le district de Courtelary est même autorisé plus largement le week-end, puisque les bars peuvent - si aucun élément particulier ne s'y oppose - rester ouverts jusqu'à 3 h 30 le vendredi et le samedi, et non pas jusqu'à 1 h 30 seulement. Contrairement à l'avis de la recourante, le Tribunal administratif a exposé de façon circonstanciée pour quelles raisons il était judicieux de développer un concept général et que rien ne s'opposait à privilégier les discothèques par rapport aux bars. De même, il n'importe pas qu'en l'espèce l'exploitation du restaurant-bar provoque ou non des nuisances sonores importantes ni que les voisins se soient ou non plaints. La recourante n'a pas invoqué d'arguments en vertu desquels le concept appliqué dans le district de Courtelary ne reposerait pas sur des critères objectifs et clairs ou serait de quelque

¹⁸ JTA 21462, consid. 4d

¹⁹ JTA 21462, consid. 4e; JAB 2003 p. 423, consid. 4d

autre manière contraire au droit. Il n'apparaît pas non plus à la TTE que tel serait le cas. Le renvoi à la pratique biennoise est également sans pertinence. Le recours est donc rejeté s'agissant de l'octroi d'une autorisation de dépassement pour la nuit du jeudi.

4. Frais de première instance

La recourante a conclu à l'annulation du chiffre 5 de la décision du préfet. Ce chiffre statue sur les frais de la première instance, à raison de 500 frs mis à la charge de la recourante. Le requérant ou la requérante supporte les frais officiels de la procédure d'octroi du permis de construire, et ce indépendamment de la modification de la décision de première instance par l'autorité de recours (art. 52 DPC). La recourante ne motive aucunement sa conclusion selon laquelle les frais de première instance devraient être annulés. Sur ce point, le recours doit être déclaré irrecevable.

5. Frais et dépens

a) En l'espèce, les frais de la procédure sont fixés, selon l'usage de la TTE, à un émolument de 1'400 fr. En vertu de l'art. 108 al. 1^{er} LPJA²⁰, les frais de la procédure sont mis en règle générale à la charge de la partie qui succombe. La partie qui ne l'emporte pas sur toutes ses conclusions principales ou qui l'emporte seulement sur une conclusion subsidiaire est considérée comme obtenant partiellement gain de cause²¹. En l'espèce, la recourante obtient gain de cause quant à la conclusion subsidiaire prise sous sa conclusion ch. 2. Elle succombe pour le surplus et assumera donc les deux tiers des frais de procédure, soit 930 fr.

b) La partie qui succombe doit payer les dépens de la partie adverse (art. 108 al. 3 LPJA). La recourante requiert dans sa note d'honoraires du 16 avril 2004 le paiement d'un montant de 2'231 fr. 60 à titre d'honoraires (1'950 fr.) et de débours (124 fr.), TVA (157 fr. 60) comprise. Cette note n'appelle pas de remarque particulière. La recourante obtient gain de cause sur la question du caractère définitif de l'autorisation. L'autorité de première ins-

²⁰ loi du 23 mai 1989 sur la procédure et la juridiction administratives, LPJA, RSB 155.21

²¹ Thomas Merkli / Arthur Aeschlimann / Ruth Herzog, Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern, 1997, art. 108 note 2

tance, dont la décision est modifiée sur ce point, devra rembourser le tiers de ce montant à la recourante par 743 fr. 90 (TVA comprise).

Bien qu'ayant fait appel aux services d'un avocat, la commune n'a pas droit à des dépens (art. 104 al. 3 LPJA).

III. Décision

1. Le recours du 25 novembre 2003 est partiellement admis dans la mesure où il est recevable.

Le chiffre 4 de la décision du 27 octobre 2003 est annulé.

2. Les frais de la procédure sont fixés à 1'400 fr. Ils sont mis à la charge de la recourante à concurrence de 930 fr. Le surplus est supporté par le canton. Une facture séparée sera notifiée à la recourante dès l'entrée en force de la présente décision.
3. Le Préfet du district de Courtelary est condamné à verser à la recourante une somme de 743 fr. 90 à titre de dépens (TVA comprise).

IV. Notification

- Me B._____, par acte judiciaire
- Préfet du district de Courtelary, par acte judiciaire
- Me E._____, par acte judiciaire

DIRECTION DES TRAVAUX PUBLICS,
DES TRANSPORTS ET DE
L'ÉNERGIE
La directrice

B. Egger-Jenzer, conseillère d'Etat