

Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
2P.331/2006 /fzc

Arrêt du 19 juin 2007
Ile Cour de droit public

Composition
MM. et Mme les Juges Merkli, Président,
Wurzburger et Yersin.
Greffier: M. Vianin.

Parties
X._____,
recourante, représentée par Me Benoît Sansonnens, avocat,

contre

Direction de la sécurité et de la justice, Grand-Rue 26, 1700 Fribourg,

Tribunal administratif du canton de Fribourg, IIIe Cour administrative, 1762 Givisiez.

Objet
Art. 8 et 9 Cst. (patente de restauration; heures d'ouverture des magasins),

recours de droit public contre la décision de la IIIe Cour administrative du Tribunal
administratif du canton de Fribourg du 17 novembre 2006.

Faits :

A.
Les époux X._____ exploitent un magasin de location de disques vidéo numériques
(DVD) sous la raison sociale Y._____ Sàrl (dont le but statutaire est le suivant: location,
vente, livraison à domicile, achat et vente par Internet de tous supports audiovisuels), à
A._____. Depuis plus de dix ans, ils pratiquent les horaires d'ouverture suivants: du
lundi au vendredi de 14 à 22 heures et le samedi de 9 à 17 heures.

Le 7 août 2003, X._____ a déposé auprès de la Direction de la sécurité et de la justice
du canton de Fribourg une demande de patente H, dans le but de développer
accessoirement un service de restauration rapide et de livraison de produits à domicile.
Elle envisageait d'aménager dans les locaux du magasin un espace avec cinq tables de
bar, qui serait ouvert de 14 à 22 heures en semaine, de 9 à 22 heures le samedi et de 16 à
20 heures le dimanche (cf. décision du 10 avril 2006 du Conseiller d'Etat en charge de la
Direction de la sécurité et de la justice, p. 2).

Le 5 décembre 2003, la commune de A._____ a émis un préavis négatif, pour le motif
que le magasin ne disposait pas de places de parc. Après avoir constaté que des places
de parc avaient été aménagées, la commune a modifié son préavis, le 20 juillet 2005, sans
toutefois se prononcer sur la nature de l'activité de la société en question.

Le 3 novembre 2005, le Préfet du district de la Sarine a préavisé négativement la
demande. Il a considéré que la société n'exerçait manifestement pas une activité culturelle
- donnant droit à la patente sollicitée -, mais une activité commerciale.

B.
Par décision du 10 avril 2006, le Conseiller d'Etat en charge de la Direction de la sécurité et
de la justice a rejeté la requête.

X._____ a déféré cette décision au Tribunal administratif du canton de Fribourg, qui a
rejeté le recours par arrêt du 17 novembre 2006. Cette autorité a considéré qu'aux termes
de l'art. 22 de la loi fribourgeoise du 24 septembre 1991 sur les établissements publics et la

danse (LED; RS/FR 952.1), une patente H donne le droit de servir des mets et des boissons accessoirement à une activité sportive, culturelle ou sociale. Ce type de patente devait permettre à celui qui assiste à une activité culturelle ou sportive de se désaltérer et de consommer des mets de petite restauration. En revanche, le législateur avait voulu exclure les activités purement commerciales du champ d'application de l'art. 22 LED; les patentes H ne devaient ainsi plus être délivrées notamment pour des buvettes de magasins. Or, l'activité de la recourante était purement commerciale; elle ne pouvait être qualifiée de culturelle, compte tenu notamment du fait que les films loués n'étaient pas visionnés sur place. Le Tribunal administratif a par ailleurs rejeté l'argument selon lequel l'octroi d'une patente H aurait permis à la recourante de maintenir les heures d'ouverture pratiquées jusque-là. Il a estimé que celle-ci devait se conformer à la réglementation sur les heures d'ouverture contenue dans la loi fribourgeoise du 25 septembre 1997 sur l'exercice du commerce (LCom; RS/FR 940.1) et que l'octroi d'une patente H ne pouvait servir à contourner ces dispositions. Enfin, le Tribunal administratif a rejeté le grief d'inégalité de traitement par rapport notamment aux entreprises de fitness, en considérant que les activités proposées par celles-ci, de nature sportive, pouvaient justifier l'octroi d'une patente H, contrairement à celles de la recourante.

C.

Agissant par la voie du recours de droit public, X. _____ demande au Tribunal fédéral d'annuler l'arrêt du 17 novembre 2006, sous suite de frais et dépens. Elle dénonce une violation du principe de l'interdiction de l'arbitraire et du principe de l'égalité.

La Direction conclut au rejet du recours. L'autorité intimée a renoncé à se déterminer.

Le 31 janvier 2007, la recourante a adressé au Tribunal de céans une écriture accompagnée d'une annexe.

Le Tribunal fédéral considère en droit:

1.

La loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF; RS 173.110) est entrée en vigueur le 1er janvier 2007 (RO 2006 p. 1205 ss, 1242). L'acte attaqué ayant été rendu avant cette date, la procédure reste régie par la loi fédérale d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943 (ci-après: OJ; art. 132 al. 1 LTF).

2.

2.1 Selon l'art. 88 OJ, le recours de droit public est ouvert uniquement à celui qui est atteint par l'acte attaqué dans ses intérêts personnels et juridiquement protégés (**ATF 130 I 306** consid. 1 p. 309, 82 consid. 1.3 p. 85). Le recours formé pour sauvegarder l'intérêt général ou ne visant qu'à préserver des intérêts de fait est en revanche irrecevable (**ATF 126 I 43** consid. 1a p. 44, 81 consid. 3b p. 85). Sont des intérêts personnels et juridiquement protégés ceux qui découlent d'une règle de droit fédéral ou cantonal ou directement d'une garantie constitutionnelle spécifique pour autant que les intérêts en cause relèvent du domaine que couvre ce droit fondamental (**ATF 129 I 113** consid. 1.2 p. 117, 217 consid. 1 p. 219). Du moins lorsque le recourant se plaint d'une mauvaise application du droit (et non de ce que la norme en cause est elle-même arbitraire), la protection contre l'arbitraire inscrite à l'art. 9 Cst. (cf. art. 4 aCst.) - qui doit être respectée dans toute activité administrative de l'Etat - ne confère pas à elle seule la qualité pour recourir au sens de l'art. 88 OJ. En conséquence, un recourant n'a qualité pour déposer un recours de droit public pour arbitraire que si les dispositions légales dont il dénonce l'application arbitraire lui accordent un droit ou servent à protéger ses intérêts prétendument lésés (**ATF 131 I 366** consid. 2.6 p. 371; **126 I 81** consid. 4-6 p. 87 ss; voir aussi **ATF 129 I 217** consid. 1.3 p. 221). Il en va de même du grief d'inégalité de traitement (**ATF 126 I 81** consid. 3b p. 86 i.i.).

2.2 Dans le cas particulier, le litige porte sur l'octroi d'une patente de restauration, soit d'une autorisation de police (cf. **ATF 109 Ia 128** consid. 5b p. 130). Celui qui requiert une telle autorisation dispose d'un droit à l'obtenir, lorsqu'il remplit les conditions dont la loi - en l'occurrence les art. 22 et 25 ss LED - fait dépendre son octroi (Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5ème éd., Zurich 2006, n. 2534). Par conséquent, la recourante a qualité pour se plaindre de ce que l'art. 22 LED aurait été appliqué de manière arbitraire et contraire au principe d'égalité.

Au surplus, déposé en temps utile contre une décision finale prise en dernière instance cantonale et qui ne peut être attaquée que par la voie du recours de droit public, le présent recours est recevable au regard des art. 84 ss OJ.

2.3 En vertu de l'art. 90 al. 1 lettre b OJ, l'acte de recours doit, à peine d'irrecevabilité,

contenir un exposé succinct des droits constitutionnels ou des principes juridiques violés et préciser en quoi consiste la violation. Lorsqu'il est saisi d'un recours de droit public, le Tribunal fédéral n'a donc pas à vérifier de lui-même si l'arrêt entrepris est en tous points conforme au droit et à l'équité. Il n'examine que les griefs d'ordre constitutionnel invoqués et suffisamment motivés dans l'acte de recours. Le recourant ne saurait se contenter de soulever de vagues griefs ou de renvoyer aux actes cantonaux (**ATF 130 I 258** consid. 1.3 p. 261, 26 consid. 2.1 p. 31; **129 III 626** consid. 4 p. 629).

2.4 Dans un recours pour arbitraire, l'allégation de faits nouveaux est en général inadmissible, car une autorité ne saurait se voir reprocher de n'avoir pas tenu compte de faits qui ne lui ont pas été soumis. Cela signifie que, pour vérifier si le droit a ou non été appliqué de manière arbitraire, le Tribunal fédéral se fonde sur l'état de fait tel qu'il a été retenu dans l'arrêt attaqué, à moins que l'autorité cantonale n'ait constaté les faits de manière inexacte ou incomplète en violation de la Constitution. Toutefois, l'allégation de faits nouveaux est exceptionnellement autorisée s'il s'agit notamment d'un cas où seule la motivation de la décision attaquée suscitait la présentation de ces faits (**ATF 118 Ia 20** consid. 5a p. 26, 369 consid. 4d p. 371-372; **107 Ia 265** consid. 2a; Walter Kälin, *Das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde*, 2ème éd., Berne 1994, p. 369-371).

En l'occurrence, dans la mesure où elle contient des faits nouveaux - et outre qu'elle a été déposée après l'échéance du délai de recours -, l'écriture du 31 janvier 2007 ne peut être prise en considération. A supposer d'ailleurs qu'elle puisse l'être, elle ne serait pas de nature à modifier l'issue de la présente procédure.

3.

3.1 Dans un premier grief, la recourante soutient que c'est arbitrairement que l'autorité intimée a nié le caractère culturel de l'activité de sa société et retenu que celle-ci était purement commerciale. Elle fait valoir que les DVD constituent des biens culturels au même titre que les films de cinéma, les livres et les autres produits multimédia. Elle relève également que sa société ne se contente pas de louer les DVD: fin connaisseur du monde du cinéma, son mari prodigue de nombreux conseils à la clientèle; de plus, un espace de visionnement a été mis à disposition des clients. Dans ces conditions, l'activité de sa société aurait un caractère culturel au sens de l'art. 22 LED et il serait arbitraire de refuser de lui octroyer une patente H.

3.2 Une décision est arbitraire lorsqu'elle contredit clairement la situation de fait, lorsqu'elle viole gravement une norme ou un principe juridique clair et indiscuté, ou lorsqu'elle heurte d'une manière choquante le sentiment de la justice et de l'équité (**ATF 132 III 209** consid. 2.1 p. 211). A cet égard, le Tribunal fédéral ne s'écarte de la solution retenue par l'autorité cantonale de dernière instance que si elle apparaît insoutenable, en contradiction manifeste avec la situation effective, adoptée sans motifs objectifs ou en violation d'un droit certain. De plus, il ne suffit pas que les motifs de l'arrêt attaqué soient insoutenables, encore faut-il que ce dernier soit arbitraire dans son résultat. Il n'y a en outre pas arbitraire du seul fait qu'une autre solution que celle de l'autorité intimée paraît concevable, voire préférable (**ATF 132 III 209** consid. 2.1 p. 211; **132 I 13** consid. 5.1 p. 17; **131 I 217** consid. 2.1 p. 219 et la jurisprudence citée).

3.3 La patente H, ou "patente spéciale" (art. 14 LED), est réglée à l'art. 22 LED, qui dispose ce qui suit:

"1 La patente H donne le droit de servir, accessoirement à une activité sportive, culturelle ou sociale non permanente ou saisonnière, des mets et des boissons à consommer sur place ainsi qu'exceptionnellement celui de les vendre à emporter.

2 Une patente H peut notamment être obtenue pour:

- a) les buvettes de cinémas, de théâtres ou de salles de concert;
- b) les buvettes des terrains et salles de sport ainsi que des piscines;
- c) les buvettes des sociétés de remontées mécaniques et les chalets d'alpage;
- d) les cafétérias d'hôpitaux, de homes pour personnes âgées, d'écoles ou d'établissements analogues;
- e) les colonies étrangères, dans la mesure où l'effectif de la communauté l'exige.

3 Le règlement d'exécution fixe les autres conditions d'exploitation."

D'après l'art. 46 al. 8 LED, pour les patentes H, les heures d'ouverture et de fermeture sont fixées par le règlement d'exécution.

Selon l'art. 69 al. 1 du règlement du 16 novembre 1992 d'exécution de la loi sur les établissements publics et la danse (RELED; RS/FR 952.11), la période d'ouverture et l'horaire d'exploitation de l'établissement dont l'exploitant est au bénéfice d'une patente H

sont fixés de cas en cas, en fonction du déroulement de l'activité principale dont il dépend. L'ouverture ne peut toutefois intervenir avant 8 heures et l'heure de fermeture ne peut en principe dépasser 23 heures (art. 69 al. 2 RELED). Exceptionnellement, les buvettes de cinémas, de théâtres, de salles de concerts et de spectacles peuvent être exploitées au-delà de 23 heures, mais au plus pendant une heure après la fin de la représentation (art. 69 al. 3 RELED).

3.4 Aux fins de démontrer le caractère culturel de l'activité de sa société, la recourante se prévaut de ce que les DVD qu'elle offre à la location ou à la vente constituent des biens culturels. Or, comme l'ont déjà relevé les instances cantonales, l'activité de sa société ne consiste pas à mettre à disposition une infrastructure permettant de consommer les DVD sur place - l'espace de visionnement devant selon toute vraisemblance seulement permettre d'avoir un aperçu de leur contenu -, mais seulement à les offrir à la location ou à la vente, en conseillant certes les clients qui le demandent dans leurs choix. Les clients emportent les DVD et les visionnent à domicile. Or, le choix d'un DVD, même en faisant appel aux conseils avisés du mari de la recourante, requiert incomparablement moins de temps que d'assister à une séance de cinéma, à une représentation théâtrale ou à un concert, activités culturelles qui, en raison de leur durée, nécessitent le plus souvent une interruption assortie d'une offre de restauration. Dans ces conditions, il n'est pas arbitraire de soutenir que l'activité de la société de la recourante n'est pas culturelle au sens de l'art. 22 al. 1 LED, quand bien même elle porte sur des biens qui, par hypothèse, auraient un caractère culturel. Si cette activité devait être qualifiée de culturelle du seul fait qu'elle porte sur des biens culturels, il faudrait reconnaître le même caractère à l'activité des librairies, notamment, ce qui étendrait le champ d'application de cette disposition sans faire cas de sa ratio legis. Ainsi, quoi qu'en dise la recourante, il n'est pas arbitraire de refuser de lui délivrer une patente H.

4.

4.1 Dans un second grief, la recourante se plaint d'un traitement inégal par rapport aux clubs de fitness, cinémas et théâtres en général, qui tous bénéficieraient pour leurs heures d'ouverture d'un "horaire élargi". Elle évoque aussi, en particulier, le cas de deux commerces de location de DVD - qu'elle ne cite pas nommément dans son recours -, qui pratiqueraient des heures d'ouverture élargies pour la location de DVD, l'Etat ne faisant pas respecter la loi. De l'avis de la recourante, s'agissant des clubs de fitness, cette pratique serait contraire à la loi sur l'exercice du commerce. Il en irait de même des cinémas et théâtres. L'Etat ne faisant pas montre de renoncer à ces pratiques illégales - l'autorité intimée, en particulier, ne prendrait aucune disposition dans l'arrêt entrepris en vue d'y remédier -, la recourante soutient qu'elle doit bénéficier du même traitement, en dérogation au principe selon lequel il n'y a pas d'égalité dans l'illégalité, et qu'ainsi il y a lieu de lui octroyer une patente H et de la mettre au bénéfice de l'horaire élargi requis. Au demeurant, la recourante se réfère à l'opinion du chef du Service de la police du commerce du canton de Fribourg, relatée dans la presse, selon laquelle les heures d'ouverture des cinémas et des clubs de fitness relèveraient de la "tradition". Elle demande qu'il soit tenu compte, dans son cas aussi, du fait qu'elle a appliqué un horaire élargi depuis plus de dix ans.

4.2 Une décision viole le principe de l'égalité de traitement lorsqu'elle établit des distinctions juridiques qui ne se justifient par aucun motif raisonnable au regard de la situation de fait à régler ou lorsqu'elle omet de faire des distinctions qui s'imposent au vu des circonstances, c'est-à-dire lorsque ce qui est semblable n'est pas traité de manière identique et ce qui est dissemblable ne l'est pas de manière différente. Il faut que le traitement différent ou semblable injustifié se rapporte à une situation de fait importante (**ATF 131 V 107** consid. 3.4.2 p. 114; **129 I 113** consid. 5.1 p. 125; **127 V 448** consid. 3b p. 454 et la jurisprudence citée). Selon la jurisprudence, le principe de la légalité de l'activité administrative (cf. art. 5 al. 1 Cst.) prévaut sur celui de l'égalité de traitement (**ATF 126 V 390** consid. 6a p. 392). En conséquence, le justiciable ne peut généralement pas se prétendre victime d'une inégalité devant la loi, lorsque celle-ci est correctement appliquée à son cas, alors qu'elle aurait été faussement, voire pas appliquée du tout, dans d'autres cas. Cela présuppose cependant, de la part de l'autorité dont la décision est attaquée, la volonté d'appliquer correctement à l'avenir les dispositions légales en question; le citoyen ne peut prétendre à l'égalité dans l'illégalité que s'il y a lieu de prévoir que l'administration persévéra dans l'inobservation de la loi (**ATF 125 II 152** consid. 5 p. 166; **122 II 446** consid. 4a p. 451/452 et les références citées).

4.3 En l'espèce, la recourante demande à être traitée de la même manière que les clubs de fitness, cinémas et théâtres ainsi que deux commerces de location de DVD du point de vue des heures d'ouverture, alors que la procédure cantonale et la décision entreprise ont porté sur l'octroi d'une patente H, la question de l'horaire n'ayant pas été abordée, du moment

que la patente en question était refusée. En d'autres termes, l'autorité intimée n'a pas pu violer le principe d'égalité sur le point des heures d'ouverture, puisqu'elle n'a pas statué sur cette question. Au demeurant, on ne saurait dire que les deux questions sont liées de telle manière que l'octroi d'une patente H implique de mettre son titulaire au bénéfice d'un horaire élargi et qu'ainsi la recourante pourrait prétendre à une telle patente, de façon à être traitée de manière égale du point de vue des heures d'ouverture. En effet, dans le cas de la patente H, le service de mets et de boissons revêt un caractère accessoire par rapport à l'activité sportive, culturelle ou sociale, qui constitue l'activité principale. Les heures d'ouverture d'un tel établissement accessoire sont dès lors fixées en fonction du "déroulement" de l'activité principale (art. 69 al. 1 RELED), soit en l'occurrence la location et la vente de DVD. Par conséquent, l'octroi d'une patente H n'aurait pas permis à la recourante de bénéficier d'un horaire élargi si elle n'était pas déjà autorisée à pratiquer un tel horaire en raison de son activité principale. Pour ces motifs déjà, le grief de violation du principe d'égalité tombe à faux.

Par ailleurs, s'agissant des clubs de fitness, cinémas et théâtres, la recourante n'indique pas en quoi sa situation serait comparable à la leur, alors que l'autorité intimée a précisément établi des distinctions à cet égard; son argumentation tend essentiellement à démontrer qu'il est illégal de faire bénéficier les clubs de fitness, cinémas et théâtres d'un horaire élargi, dans la mesure où cela contreviendrait à la loi sur l'exercice du commerce. En ce qui concerne les deux commerces de location de DVD, outre qu'elle ne les cite pas nommément dans son mémoire, la recourante n'indique pas le régime auquel ils sont soumis, ni les heures d'ouverture effectivement pratiquées; elle se borne à affirmer que l'Etat ne fait pas respecter la loi, malgré plusieurs dénonciations de sa part. Dans cette mesure, le grief de violation du principe d'égalité ne satisfait pas aux exigences de motivation de l'art. 90 OJ et est, partant, irrecevable.

5.

Les considérants qui précèdent conduisent au rejet du recours dans la mesure où il est recevable.

Succombant, la recourante supporte les frais judiciaires (art. 156 al. 1 OJ).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce:

1.

Le recours est rejeté dans la mesure où il est recevable.

2.

Un émolument judiciaire de 2'500 fr. est mis à la charge de la recourante.

3.

Le présent arrêt est communiqué en copie au mandataire de la recourante, à la Direction de la sécurité et de la justice et à la IIIe Cour administrative du Tribunal administratif du canton de Fribourg.

Lausanne, le 19 juin 2007

Au nom de la IIIe Cour de droit public

du Tribunal fédéral suisse

Le président: Le greffier: