

Ille Cour administrative. Séance du 6 décembre 2001. Statuant sur le recours interjeté le 7 septembre 2000 (**3A 00 170**) par **X.**, contre la décision prise le 11 août 2000 par **le Préfet; (défaut de récusation d'un membre du conseil communal - art. 65 LCo et 25 RELCo)**

**Vu :**

le courrier que la Commune a adressé, le 24 février 1999, à X., par lequel elle lui a rappelé qu'en vertu de la loi sur l'exercice du commerce (RSF 940.1) et le règlement communal, entrés en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1999, les heures d'ouvertures du magasin de la station-service sont fixées comme suit:

- lundi, mardi, mercredi, vendredi et dimanche :de 06h00 à 19h00
- jeudi : de 06h00 à 21h00
- samedi : de 06h00 à 16h00

la lettre du 1<sup>er</sup> mars 1999, par laquelle X. a demandé l'octroi d'une dérogation en faveur de sa station-service, en application de l'art. 8 du règlement communal, selon lequel le conseil communal peut autoriser certains commerces permanents de vente de mets et de boissons à ouvrir jusqu'à 23h00;

la décision du 10 mars 1999, par laquelle le Conseil communal a rejeté la demande de dérogation en précisant que, selon son règlement communal, peuvent bénéficier de la dérogation sur les horaires, les commerces qui proposent à la clientèle des mets à l'emporter, c'est-à-dire des produits cuisinés prêts à une consommation immédiate, et qu'il ne peut s'agir dès lors d'un magasin disposant d'un simple éventail de denrées de première nécessité; la décision du conseil communal est signée par son syndic et son secrétaire général;

le recours interjeté par X. auprès du Préfet (ci-après : le préfet), le 23 avril 1999, par lequel elle conclut à l'annulation de la décision communale et à l'autorisation d'ouverture nocturne de la station-service et de son magasin jusqu'à 22h00;

les motifs du recours, notamment le fait que le syndic - qui exploite un magasin de tabac-journaux dans la Commune - aurait dû se récuser dans cette affaire, ce qu'il n'a pas fait et qui entraîne la nullité de la décision communale;

la décision préfectorale de juillet 2000, qui a rejeté le recours et, notamment, le grief de violation du devoir de récusation du syndic;

la décision complémentaire du 11 août 2000, par laquelle l'effet suspensif a été restitué au recours;

le recours formé par X. devant le Tribunal administratif, le 7 septembre 2000, qui conclut principalement à ce que l'horaire d'ouverture pour l'exploitation de sa station-service avec magasin soit fixé de 6h00 à 22h00 tous les jours de la semaine et, subsidiairement, à l'annulation de la décision du préfet au renvoi de la cause à la commune pour qu'elle statue à nouveau, en l'absence du syndic;

les observations de l'autorité intimée du 25 octobre 2000, qui conclut au rejet du recours;

la détermination du 17 novembre 2000, par laquelle le Conseil communal de W. maintient que le syndic n'avait pas à se récuser dans cette affaire;

### **Considérant :**

que, formé dans le délai et les formes prescrits (art. 79 ss du code de procédure et de juridiction administrative (CPJA; RSF 150.1), le recours est recevable à la forme;

que, dans la mesure où la question de la récusation du syndic n'a pas fait l'objet d'une décision incidente, susceptible d'un recours séparé (art. 120 al. 1 CPJA), ce grief est également recevable lorsqu'il est invoqué dans le recours sur le fond (P. MOOR, Droit administratif, Berne 1991, vol. II, p. 158);

que, selon l'art. 65 de la loi sur les communes (LCo; RSF 140.1), un membre du conseil communal ne peut assister à la délibération d'un objet qui présente un intérêt spécial pour lui-même ou pour une personne avec laquelle il se trouve dans un rapport étroit de parenté ou d'alliance, d'obligation ou de dépendance (al. 1). Le défaut de récusation entraîne la nullité de la décision (al. 4). Le règlement d'exécution précise les motifs et la procédure de récusation (al. 5);

que l'art. 25 du règlement d'exécution de la LCo (RELCo; RSF 140.11) précise qu'a un intérêt spécial à une affaire celui pour qui elle a un effet direct, en particulier d'ordre financier, notamment la personne partie à un acte juridique lorsque l'autre partie est la commune;

que, lors des délibérations sur le projet de loi sur les communes, il a été précisé que, davantage que le cercle des personnes, la récusation doit être axée sur le cercle des objets qui intéressent spécialement un conseiller communal. Et la récusation est commandée par l'intensité de l'intérêt de cet objet. (...) Pour qu'il y ait un intérêt spécial, il faut que l'objet intéresse davantage tel ou tel conseiller que ses collègues. (...) La non-récusation, dans un petit groupe de conseillers, est en soi beaucoup plus grave que dans une assemblée et la sanction de la nullité automatique est dès lors logique, mais sa gravité obligera à ne pas interpréter trop sévèrement la notion de "rapport étroit" (BGC 1979 II, p. 1940 s);

qu'en l'occurrence, le Syndic est propriétaire d'un commerce de tabac-journaux situé dans la commune, qu'il exploite lui-même;

que, selon les autorités inférieures, le commerce du syndic et celui de X. - le premier sis au centre-ville et le second à l'entrée de la commune à environ un kilomètre du premier - ne visent pas la même clientèle et ne sont pas dans un rapport de concurrence directe, de sorte que le syndic n'avait pas à se récuser sur la question de l'octroi d'une dérogation à l'horaire d'ouverture du commerce de X.;

que l'autorité de céans ne peut pas partager ce point de vue;

qu'il ne fait aucun doute que l'exploitation d'un kiosque offrant notamment des journaux, du tabac et différentes friandises, se trouve, pour la vente de ces articles, dans un rapport de concurrence avec le magasin attenant à une station-service située dans la même localité;

que, lorsque, comme en l'espèce, la station-service offre, en plus de ce type d'articles, un large éventail de produits de consommation courante et d'entretien de véhicules automobiles, les incidences de ce rapport de concurrence pèsent plus lourdement encore sur l'existence économique du kiosque;

qu'en effet, nombre de clients potentiels du kiosque sont également détenteurs de véhicules automobiles qu'ils doivent régulièrement approvisionner en carburant;

que, lors de leurs passages à la station-service, ils seront inévitablement enclins à acheter, sur place et par la même occasion, les articles proposés à la vente - et tout particulièrement les journaux et revues, le tabac, les friandises - plutôt que

d'effectuer un déplacement supplémentaire - et un nouveau parage du véhicule en ville - pour se rendre dans un kiosque;

que, dans ce contexte, la distance qui sépare un kiosque sis au centre-ville d'une station-service placée sur un axe routier de la ville, n'est pas déterminante - d'autant moins lorsqu'elle ne représente qu'un kilomètre - puisque les clients l'effectueront avec un véhicule automobile, qu'ils pourront de surcroît aisément garer;

qu'il est indéniable, dans ces conditions, que les stations-services avec magasin se trouvent dans un rapport de concurrence direct avec les petits commerces avoisinants offrant une gamme de produits similaires, tant il est vrai que les premières attirent, au détriment des seconds, une partie de la clientèle motorisée;

que cette réalité économique - qu'a précisément soulignée le syndic dans sa déclaration citée dans un journal du 15 juillet 2000 - a inévitablement une incidence financière sur l'exploitation du kiosque en question, même si son montant ne peut pas objectivement être chiffré;

que ces conséquences financières sont plus sensibles encore, si l'horaire d'ouverture des magasins des stations-service est plus étendu que celui des autres commerces alentours;

qu'en tout état de cause, les autorités administratives ne pouvaient pas légitimement conclure que le syndic n'avait pas d'intérêt direct à l'affaire en cause, alors qu'il est exploitant d'un kiosque dans la commune;

qu'au contraire, l'obligation de se récuser dans cette affaire paraît évidente;

que le défaut de récusation doit entraîner la nullité de la décision (art. 65 al. 4 LCo);

que la violation d'une obligation de récusation en première instance n'est pas réparée par la régularité de la procédure de recours (Moor, p. 158);

qu'en effet, celui qui doit se récuser ne peut pas participer à la prise de décision ni, surtout, assister à la délibération et faire valoir son point de vue;

qu'autrement dit, la nullité d'une décision pour défaut de récusation oblige l'autorité à rediscuter l'affaire en l'absence de la personne récusée avant de rendre une nouvelle décision;

que, partant, l'affaire devra être renvoyée au conseil communal pour qu'il statue à nouveau dans une composition conforme;

que, vu la nullité de la décision, l'autorité de recours ne peut pas examiner les griefs de fond invoqués dans le recours;

qu'appelée à statuer à nouveau sur une demande de dérogation prévue par la loi et le règlement communal, il importe en effet que l'autorité de première instance puisse disposer pleinement de son large pouvoir d'appréciation, sans être limitée par des considérants émanant de l'autorité de recours;

que, pour les motifs qui précèdent, les conclusions subsidiaires du recours doivent être admises, en ce sens que la décision du conseil communal est nulle, pour défaut de récusation, et l'affaire lui est renvoyée pour nouvelle décision;

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

que la recourante qui obtient gain de cause dans ses conclusions subsidiaires a droit à une indemnité de partie (art. 137 CPJA);

que cependant, dans la mesure où elle n'obtient pas ce qu'elle demandait sur le fond, à savoir une dérogation à l'horaire d'ouverture de son commerce, il y a lieu de considérer qu'elle obtient gain de cause par moitié et, partant, de lui allouer une indemnité de partie dans cette même mesure;

que le mandataire de la recourante a présenté sa liste de frais, le 5 décembre 2001;

que cela étant, seuls les frais nécessaires à la défense des intérêts devant l'autorité statuant en dernière instance cantonale donnent droit à une indemnité de partie (art. 137 CPJA);

qu'en l'espèce, l'essentiel du travail de recherche juridique a été effectué dans le cadre du recours formé devant l'autorité de première instance, de sorte qu'il ne

peut pas être pris en compte dans le cadre du recours devant l'autorité supérieure;

qu'en outre, la procédure de recours a été limitée à un seul échange d'écritures soit, pour la recourante, au dépôt de son mémoire;

qu'enfin, le grief de nullité de la décision pour défaut de récusation n'a pas nécessité une motivation importante et qu'il aurait pu, comme tel, être invoqué dans le cadre d'un recours incident (art. 120 CPJA);

qu'il y a lieu, dans ces conditions, de se distancier des montants mentionnés dans la liste de frais produite par le mandataire de la recourante et de lui allouer une indemnité de partie fixée ex aequo et bono;

004.2