

IIIème Cour administrative. Séance du 20 novembre 2000. Statuant sur le recours interjeté le 17 octobre 2000 (3A 00 185) par X et Y, tous deux représentés par Me ..., contre la décision rendue le 26 septembre 2000 par **la Direction de la justice, de la police et des affaires militaires** par laquelle elle a, d'une part, refusé d'octroyer à Y une patente d'établissement avec alcool et, d'autre part, ordonné la fermeture du Café du ...; **(Refus de patente et fermeture d'un établissement public; art. 25 LED)**

En fait :

- A. Le 21 mars 1999, l'ancienne tenancière a informé le Service de la police du commerce et des établissements publics (ci-après: le service) qu'elle se retirait du Café du ... (ci-après: le café), pour l'exploitation duquel elle avait obtenu une patente B, le 18 décembre 1997. Ses espoirs de voir l'établissement repris par la fille de son associé s'étant révélés vains, elle a sollicité le retrait immédiat de son engagement, le 1^{er} avril 1999.

L'enquête menée par le service ayant révélé que le café était toujours en exploitation, la Direction de la justice, de la police des affaires militaires (ci-après: la Direction) a, par décision du 30 juillet 1999, mis fin avec effet immédiat à l'exploitation du café.

Cette décision n'a pas fait l'objet d'un recours. Elle est donc entrée en force et a autorité de chose jugée.

- B. D'entente avec les propriétaires (une hoirie) et les locataires des lieux (les époux X), Z a demandé, le 7 décembre 1999, la réouverture de l'établissement et sollicité l'octroi d'une patente B pour son exploitation.

Le 31 décembre 1999, le Préfet du district de la Glâne a autorisé la réouverture provisoire du café. Il a cependant émis un préavis défavorable à l'octroi de la patente B à Z, en relevant que le café était dans les faits selon toute vraisemblance exploité par la famille X.

Statuant le 20 juin 2000, la Direction a rejeté la demande de patente B d'établissement avec alcool déposée par Z pour l'exploitation du café et elle a imparti aux locataires et aux propriétaires de l'établissement un délai échéant le 8 juillet 2000 pour effectuer de nouvelles démarches répondant aux exigences légales. A l'appui de sa décision, elle a notamment retenu le fait que la requérante n'avait pas repris personnellement l'exploitation du café et qu'elle n'y jouait pas de rôle dirigeant, contrairement aux dispositions de l'art. 25 de la loi sur les établissements publics et la danse (LED; RSF 952.1).

- C. Le 7 juillet 2000, X, colocataire du café, a requis l'octroi de la patente B d'établissement public avec alcool en faveur de Y.

Le service a jugé que les renseignements fournis dans la demande de patente étaient lacunaires, en particulier ceux sur les réelles intentions de Y de s'engager dans l'exploitation du café. En conséquence, le Préfet de la Glâne, qui a constaté en outre l'absence de toute forme de patente, a ordonné la fermeture provisoire du café à partir du 3 septembre 2000.

Le 4 septembre 2000, X a demandé au service de réexaminer l'affaire. A l'appui de sa requête, il a produit une convention d'association qu'il a passée, le 4 septembre 2000, avec Y en vue de l'exploitation en commun du café.

- D. Par décision du 26 septembre 2000, la Direction a rejeté la demande de patente d'établissement avec alcool formulée par Y. Elle a retenu, en substance, que la requête tendait à faire admettre le principe de la direction d'un établissement par personne interposée, construction contraire à une interprétation téléologique du prescrit légal. Elle a également considéré que l'existence de cas similaires dans le canton n'est pas relevante et que les autorités n'ont d'ailleurs de cesse de les combattre. D'après elle, une application plus nuancée de la loi n'intervient à titre temporaire que dans des situations précises pour permettre en particulier à des personnes, qui n'ont pas encore acquis la formation professionnelle de base de cafetier-restaurateur, de s'associer pour un temps à un tiers qui assure provisoirement la responsabilité de l'exploitation. Considérant que des délais très larges avaient été accordés pour trouver une solution conforme à la loi, la Direction a, en outre, fixé la fermeture effective du café au 4 octobre 2000, à 24h00. Finalement, elle a retiré l'effet suspensif à un éventuel recours.

- E. Par mémoire du 17 octobre 2000, X et Y ont saisi le Tribunal administratif. Ils concluent, sous suite de frais et dépens, à l'octroi d'une patente B à Y. A l'appui de leur recours, ils invoquent, en résumé, que la loi étant lacunaire sur le rôle que doit jouer la personne qui entend avoir droit à une patente, les autorités chargées de l'appliquer disposent d'un certain pouvoir d'appréciation dont a d'ailleurs usé la Direction en autorisant l'exploitation de nombreux établissements publics sous le couvert d'une patente octroyée à une personne qui n'exerce pas ou peu une activité au sein de l'établissement. L'autorité intimée ne saurait dès lors contester sa propre pratique en soutenant qu'il n'y a pas d'égalité dans l'illégalité. Ils reprochent également à la Direction de mal apprécier la situation dans la mesure où elle a donné une importance primordiale au montant du salaire versé à Y alors que l'élément déterminant est le rôle directorial que peut jouer la personne au bénéfice d'une patente. Or, Y, de par la convention passée avec X, est

tenue de respecter les heures d'ouverture et de fermeture du restaurant, la convention collective du travail en cas d'engagement d'un collaborateur, tous les critères d'hygiène, l'ordre public etc. En d'autres termes, Y dirige bien le café. Par ailleurs, son activité est bien plus importante que la pratique qui consiste à "prêter sa patente" à la personne qui déclare vouloir s'inscrire au cours de cafetier. Or, la Direction admet ce genre de pratique; en refusant la patente à Y, elle commet par conséquent une grave inégalité de traitement.

Les recourants requièrent également la restitution de l'effet suspensif.

- F. La gendarmerie étant intervenue, le 24 octobre 2000 pour procéder à la fermeture du restaurant, les recourants ont demandé, le 27 octobre 2000, à ce qu'ils soient autorisés à poursuivre l'exploitation du café jusqu'à droit connu sur la restitution de l'effet suspensif au recours.

Statuant sur cette requête de mesures provisionnelles, le 27 octobre 2000, le juge délégué à l'instruction de la cause l'a rejetée et a confirmé la fermeture de l'établissement jusqu'à droit connu sur la question de la restitution de l'effet suspensif au recours.

- G. Le 7 octobre 2000, l'autorité intimée a déposé ses observations. Elle conclut au rejet du recours et de la demande de restitution de l'effet suspensif, le tout sous suite de frais. Elle relève que les recourants, et en particulier la famille X, ont été informés à diverses reprises des exigences légales en matière d'établissements publics. Si la recourante répond aux conditions personnelles et professionnelles imposées à tout titulaire de patente, la Direction estime que rien ne la désigne comme une réelle exploitante au sens de l'art. 25 al. 1 LED. Elle n'exclut pas que, pour l'un ou l'autre dossier qui lui a été soumis, elle se soit laissée tromper sur le rôle effectif du requérant. Elle conteste cependant formellement autoriser, voire tolérer, la pratique du "prêt de patente". Bien au contraire, elle a diligenté de nombreuses vérifications pour déceler les cas d'abus de ce genre. En cas de phase transitoire et temporaire, elle reconnaît, en revanche, faire preuve d'une certaine tolérance pour permettre au futur exploitant de satisfaire très rapidement aux exigences de la loi. Elle estime ne commettre aucune violation du principe de l'égalité de traitement dès lors qu'à l'évidence X, par ailleurs au bénéfice d'une rente invalidité, n'a d'autre intention que de poursuivre seul une activité de cafetier-restaurateur entamée dans la parfaite illégalité.

En droit :

1. Formé dans le délai et les formes prescrits (art. 13 al. 1 LED en relation avec les art. 79 à 81 du code de procédure et de juridiction administrative; CPJA; RSF 150.1), le recours est recevable à la forme.
2. Il est établi que depuis le retrait de l'ancienne tenancière, le café était exploité sans qu'une personne au bénéfice d'une patente se trouve à sa tête. Il est également établi que le recourant X, qui est au bénéfice d'une rente AI, n'est pas titulaire du certificat cantonal de capacité professionnelle pour exploitant d'établissement public; il ne peut pas, dans ces conditions et en l'état actuel des choses, être mis au bénéfice d'une patente pour l'exploitation de l'établissement, ce qu'il ne demande du reste pas.
3. Conformément aux art. 2 let. a et 14 LED, toute personne exerçant une activité consistant à servir ou vendre au public, contre rémunération, des mets et des boissons à consommer sur place, doit être au bénéfice d'une patente. La patente B donne le droit de servir des boissons à consommer sur place ainsi que de les vendre à l'emporter. Pour les établissements avec restauration, elle donne en outre le droit de servir des mets à consommer sur place ainsi que de les vendre à l'emporter (art. 16 LED).

Selon l'art. 25 LED, la patente est personnelle et intransmissible. Elle est accordée à la personne qui dirige elle-même l'exploitation ou qui est responsable de la manifestation temporaire (al. 1). Elle est délivrée pour une période limitée et pour une activité, un lieu et des locaux déterminés. En outre, elle peut être assortie de charges et de conditions (al. 2). Si l'exploitant n'est pas lui-même propriétaire de l'immeuble dans lequel il entend exploiter un établissement, il doit avoir le consentement du propriétaire (al. 3).

Les personnes qui désirent obtenir une patente A, B, C, D ou F doivent être au bénéfice d'un certificat cantonal de capacité professionnelle pour exploitant d'établissement public (art. 31 al. 1 LED). L'obtention du certificat de capacité est subordonné à la réussite d'un examen destiné à vérifier que les candidats à l'exploitation d'un établissement possèdent les connaissances nécessaires au regard des buts poursuivis par la loi (art. 32 al. 1 LED).

En application de l'art. 34 LED, en cas de décès du titulaire de la patente, le conjoint survivant, notamment, peut continuer l'exploitation sans être au bénéfice d'un certificat de capacité professionnelle, durant le temps nécessaire, fixé par l'autorité, pour obtenir ce certificat (al. 1). En cas de divorce ou de séparation du titulaire de la patente, il en va de même du

conjoint lorsque la patente est retirée en vertu de l'art. 39 al. 2 let. d LED (al. 2). Selon cette dernière disposition, la patente doit être retirée à l'exploitant qui n'exploite pas l'établissement pendant plus de quatre mois consécutifs sans autorisation.

4. a) En l'occurrence la seule question à résoudre est celle de savoir si Y occupe une fonction dirigeante au sein de l'établissement au sens de l'art. 25 al. 1 LED auquel cas elle peut prétendre à la patente B d'établissement avec alcool pour l'exploitation du café.
- b) X et Y ont passé, le 4 septembre 2000, une convention pour l'exploitation du restaurant qui prévoit ce qui suit:
 1. *Pour l'essentiel, l'activité de tenancier sera exercée par X ou des membres de son personnel.*
 2. *A cet effet, X s'engagera contractuellement de façon personnelle tant à l'égard des travailleurs que des fournisseurs.*
 3. *X supportera les risques et profits de l'exploitation du restaurant.*
 4. *Y assumera la double activité suivante :*
 - a) **Comme directrice d'exploitation** : *elle prendra toutes les décisions relatives à la direction de l'exploitation, notamment par rapport aux mesures d'ordre public. Pour ce faire, elle sera régulièrement présente au restaurant. Elle touchera une rémunération de fr. 400.- par mois pour cette activité.*
 - b) **Comme collaboratrice** : *elle exercera une activité de service à raison en moyenne de trois demi-jour par semaine, en principe le jeudi et le week-end. Elle touchera un montant de fr. 15.-/heure pour cette activité.*
 5. *Cette collaboration est de durée indéterminée. Cette clause annule et remplace le chiffre 4 de la convention du 6 juillet 2000.*
- c) A juste titre, l'autorité intimée a considéré que X est de fait le tenancier du café et que la solution retenue par les recourants tend à faire admettre le principe de la direction d'un établissement public par personne interposée.

On ne saurait, en effet, sérieusement prétendre que le rôle réservé à Y soit celui d'une dirigeante dans l'exploitation de l'établissement. A l'égard du personnel, elle n'aura aucune autorité de fait ni de droit. Sa responsabilité

vis-à-vis des tiers, en particulier des fournisseurs, n'est pas engagée. Elle ne sera concernée en rien par le résultat commercial de l'établissement. Malgré cela, elle est censée, du moins d'après les recourants, répondre auprès de la police et de la préfecture de tout trouble de l'ordre et de la tranquillité publics, auprès des services administratifs de toute violation des normes en matière d'hygiène et de sécurité.

Or, il tombe sous le sens que le respect par le responsable de l'établissement des conditions imposées par la loi suppose sa présence régulière et quasi quotidienne, ce que n'implique nullement la convention passée entre les recourants. En cas d'absence, Y ne peut même pas déléguer une partie des responsabilités qu'elle devrait exercer puisqu'elle n'a ni conjoint ni proche qui pourrait remplir ce rôle (art. 27 al. 2 LED). Même si pour les recourants, le fait qu'elle ne touche que 400 francs par mois pour son activité de directrice n'est pas déterminant, il n'en demeure pas moins qu'il s'agit d'un indice qui conforte l'idée que le rôle de Y n'est pas celui d'une personne dirigeante et responsable au sens de l'art. 25 al. 1 LED. En réalité, il ressort de l'accord passé entre les recourants que la présence de Y dans l'établissement n'est assurée que durant trois demi-jour par semaine et pour autant que X, son employeur, veuille bien faire appel à ses services comme sommelière. C'est dire si la solution proposée par les recourants pour permettre l'exploitation du café n'est pas conforme à la loi.

- c) Les recourants reprochent également à la Direction de commettre une inégalité de traitement dans la mesure où elle autoriserait, d'une manière générale, le "prêt de patente".

La patente étant personnelle et intransmissible (art. 25 al. 1 LED), la pratique qui consiste à *prêter sa patente* est de toute évidence contraire à la loi. En l'espèce, force est de constater que les accusations portées par les recourants à l'encontre de l'autorité intimée ne sont étayées d'aucune preuve. Ils se gardent bien de désigner des situations concrètes et ne présentent aucun fait ni indice qui pourraient faire supposer que la Direction autorise, voire tolère ce genre de situation. Rien ne justifie dès lors de penser que l'autorité intimée se serait montrée plus conciliante dans des circonstances identiques. Au demeurant, comme l'a relevé la Direction, les recourants ne pourraient invoquer une égalité de traitement dans une situation qui serait parfaitement illégale. Ce grief doit par conséquent être rejeté.

5. Il ressort des considérations qui précèdent que c'est à juste titre que la Direction a refusé à Y la patente B d'établissement public avec alcool et ordonné la fermeture du café, les conditions de son exploitation n'étant pas

réunies. Par conséquent, le recours qui est entièrement mal fondé doit être rejeté.

6. Vu le sort réservé au recours, la demande de restitution de l'effet suspensif devient sans objet.
7. Les recourants ayant succombé, les frais de la procédure sont mis à leur charge, en application de l'art. 131 CPJA. Pour cette même raison, ils n'ont droit à aucune indemnité de partie (art. 137 CPJA).

305.1