

TRIBUNAL ADMINISTRATIF DU CANTON DE FRIBOURG

III^e COUR ADMINISTRATIVE

Séance du 17 novembre 2006

Statuant sur le recours interjeté le 5 mai 2006
(3A 06 73)

par

Z., représentée par Me Y., avocat à Fribourg,

contre

la décision rendue le 10 avril 2006 par **la Direction de la sécurité et de la justice** par laquelle elle a refusé de lui délivrer une patente H pour un commerce de cassettes vidéos et de DVD;

(Patente H et activité commerciale; art. 22 LED)

C o n s i d é r a n t :

En fait:

- A. Les époux Z. exploitent un magasin de location de DVD à Villars-sur-Glâne. Cela fait plus de dix ans qu'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, ils ont déposé auprès de la Direction de la sécurité et de la justice (ci-après: la Direction) une demande de patente H afin de développer accessoirement un service de restauration rapide et de livraison de produits à domicile. Ils prévoyaient d'installer un espace doté de cinq tables de bar et d'ouvrir annuellement le commerce, entre 14 et 22 heures la semaine, ainsi que le samedi de 9 à 22 heures.

Le 5 décembre 2003, la Commune de Villars-sur-Glâne a émis un préavis négatif quant à l'autorisation sollicitée, au motif que le magasin ne disposait pas de places de parc. Cependant, le 20 juillet 2005, constatant que des places de stationnement avaient été aménagées, elle a modifié son préavis, sans toutefois se prononcer sur l'aspect culturel ou non de l'activité en question.

Le 3 novembre 2005, le Préfet du district de la Sarine a préavisé négativement la demande. Il a insisté sur le fait que la location de vidéos ou de DVD ne doit manifestement pas être qualifiée d'activité culturelle, mais bien d'activité commerciale. Il a également ajouté que cette requête avait uniquement pour but de bénéficier d'horaires d'ouverture élargis.

Par courrier du 9 décembre 2005, le Service de la police du commerce a annoncé aux requérants que la Direction n'allait probablement pas lui accorder l'autorisation sollicitée mais qu'elle pouvait se déterminer sur cet éventuel refus.

Par courrier du 21 décembre 2005, les intéressés ont répondu. D'après eux, leur clientèle est largement comparable à celle des salles de cinéma et, comme la location de DVD s'effectue essentiellement la nuit, il est nécessaire de pouvoir répondre à la demande. Ils ont requis à être entendus par le préfet.

Par courrier du 14 février 2006, le préfet a refusé la séance sollicitée et a confirmé son préavis négatif du 3 novembre 2005.

B. Par décision du 10 avril 2006, la Direction a rejeté la demande de patente H. En substance, elle a considéré qu'il est abusif d'invoquer une activité culturelle qui serait rattachée à la location de DVD dans l'unique dessein d'obtenir des horaires élargis, et que, contrairement aux cinémas, la consommation de films dans le cadre de la location de DVD ne se fait pas immédiatement dans un espace public, mais après coup à domicile. Elle a également relevé que l'octroi d'une telle patente occasionnerait une distorsion de concurrence avec les autres exploitations similaires. Finalement, elle a informé les époux Z. que la vente à l'emporter ou la livraison de produits de restauration rapide, complétant l'offre principale du magasin, n'étaient pas soumises à autorisation.

C. Le 5 mai 2006, Mme Z. a contesté devant le Tribunal administratif la décision de la Direction du 10 avril 2006. Elle conclut, sous suite de frais et dépens, à son annulation et à l'octroi de l'autorisation sollicitée.

A l'appui de ses conclusions, elle prétend que la location de DVD doit être considérée comme une activité culturelle et que, partant, les conditions de l'octroi d'une patente H sont remplies. Se plaignant d'une violation du principe de l'égalité de traitement, elle estime, en outre, que le refus litigieux constitue une violation de sa liberté économique et du principe de proportionnalité. Enfin, à titre de mesures provisionnelles, elle requiert l'autorisation d'ouvrir le magasin selon les horaires tolérés pendant 10 ans.

D. Par décision du 15 mai 2006, le Juge délégué à l'instruction de la cause a rejeté la requête de mesures provisionnelles urgentes.

E. Le 24 mai 2006, la commune a déposé ses observations. Elle maintient son préavis favorable du 20 juillet 2005 et partage l'argumentation de la recourante.

Le 10 juillet 2006, la Direction s'est déterminée. Elle conclut, sous suite de frais, au rejet du recours. Elle considère que la recourante, qui pratique depuis plus de 3 ans des heures d'ouverture illégales et qui ne s'est pas soumise à la décision du Tribunal administratif du 15 mai 2006, fait preuve de mauvaise foi et viole le principe de la légalité. Son attitude, qui consiste à solliciter une autorisation à titre culturel dans le seul but d'obtenir des horaires élargis, est abusive.

F. Le Juge délégué a ordonné un deuxième échange d'écritures et procédé, le 11 septembre 2006, à une inspection des lieux au terme de laquelle la recourante a renoncé à exiger des débats publics.

G. Malgré le rejet de la requête de mesures provisionnelles, la recourante n'a pas respecté les horaires fixés. A ce titre, elle a été sanctionnée à quatre reprises par l'autorité communale pour non-respect des heures d'ouverture des commerces. Finalement, par courrier du 13 septembre 2006, elle a affirmé s'en tenir aux horaires légaux, jusqu'à droit connu sur le présent recours.

A diverses reprises, elle a dénoncé auprès du Juge délégué différents commerces situés dans diverses communes du canton qui ne respecteraient pas les heures d'ouverture légales.

En droit:

1. a) La décision rendue le 10 avril 2006 par la Direction a été prise en application de l'art 5 al. 1 let. a de la loi sur les établissements publics et la danse (LED; RSF 952.1). En vertu de l'art. 13 al. 1 LED, elle est sujette à recours conformément au code de procédure et de juridiction administrative (CPJA; RS 150.1). Déposé dans le délai et les formes prescrits (art. 79 et ss CPJA), le présent recours est également recevable en vertu de l'art. 114 al. 1 let. a CPJA.

Le Tribunal administratif peut donc en examiner ses mérites.

b) Selon l'art. 77 CPJA, le recours devant le Tribunal administratif peut être formé pour violation du droit, y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation (let. a) et pour constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents (let. b). En revanche, le grief d'inopportunité ne peut être invoqué que dans les cas expressément prévus par la loi (art. 78 al. 2 CPJA). En l'espèce, la LED ne contient aucune disposition légale habilitant le Tribunal administratif à revoir l'opportunité des décisions fondées sur cette loi et sur son règlement d'exécution.

2. La recourante se plaint d'une violation de l'art. 22 LED. Elle invoque le caractère culturel de la location de DVD qui, selon elle, devrait lui permettre l'obtention d'une "patente spéciale" H. Ce moyen est infondé.

a) Pour lutter contre les nombreux abus en matière de patentes spéciales (patente H), le législateur a défini de manière plus précise l'objet de celles-ci, en utilisant comme critère principal le caractère dépendant et accessoire des

activités de service de mets et boissons. Ce faisant, il a voulu inscrire dans la loi, de manière claire, l'idée que les établissements pourvus d'une patente H ne pourront pas être exploités à cette seule fin de service, mais que cette patente ne peut être délivrée qu'accessoirement à une activité sportive, culturelle ou sociale. Sur la base de l'ancienne loi de 1972, des patentes H avaient en effet été délivrées à discrétion pour des cinémas, des terrains et centres de sport, des cafétérias d'hôpitaux et d'écoles, des chalets d'alpage, des ski-lifts et des colonies étrangères. Des buvettes de magasin, boulangerie, jardins familiaux s'étaient aussi vu accorder une telle patente (cf. Message n°201 accompagnant le projet de loi du 24 septembre 1991 sur les établissements publics et la danse, p. 2 et PV de la 7ème séance du Grand Conseil, du 22 novembre 1990, p. 77 s.).

C'est pourquoi le législateur a introduit l'art. 22 LED aux termes duquel 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 (al. 1). Pour mettre fin à la prolifération incontrôlée de buvettes, la loi dresse une liste des activités pour lesquelles une patente spéciale peut être obtenue (al. 2):

- 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 de sociétés de remontées mécaniques et les chalets d'alpages;*
- 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.*

Ainsi, depuis 1993, la loi précise de manière claire dans quel but une patente H doit être délivrée: elle doit permettre d'offrir à celui qui assiste à une activité culturelle ou sportive la possibilité de se désaltérer, voire de s'alimenter de manière simple. Des lieux de rencontre comme les établissements médicaux, les écoles, les chalets d'alpages ou encore les cercles étrangers doivent aussi pouvoir présenter une petite restauration à leurs usagers. En revanche, le législateur a manifestement voulu exclure les activités purement commerciales du champ d'application de l'art. 22 LED, tels que les magasins.

- b) En l'espèce, il ne fait aucun doute – et cela n'est pas contesté – que la recourante remplit les conditions personnelles nécessaires à l'obtention d'une patente H (art. 26 à 27 et 31 à 35 LED).

Cela étant, l'activité qu'elle exerce avec son mari est purement commerciale. En effet, elle exploite un magasin de location de cassettes vidéos et de DVD que le client emportera à domicile. Certes, il pourra faire son choix en visionnant des extraits sur place, voire en discutant avec d'autres usagers. Il n'en demeure pas moins que sa démarche ne peut être comparée à celle du spectateur qui se rend à une manifestation, sportive ou culturelle, pour "consommer" sur place le spectacle qui lui est proposé. L'exploitation commerciale de la recourante ne correspond donc pas à une activité culturelle (cinéma ou théâtre p. ex.) puisque son établissement n'a pas pour but de proposer un tel type de loisir à un groupe, ni n'est organisé à cette fin. Le fait que la recourante offre la possibilité à ses clients de visionner des cassettes ne peut de toute évidence être comparé à une représentation cinématographique.

3. La recourante soutient également que l'octroi d'une patente H lui permettra de maintenir les heures d'ouverture dont elle jouissait par le passé.

A l'égard de l'intérêt public, les heures de fermeture des magasins justifient une restriction à la liberté économique, garantie par l'art. 27 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS. 101). De telles prescriptions sont en effet des mesures qui visent à protéger l'ordre et la tranquillité publique ainsi que la santé des travailleurs.

Au terme de l'art. 6 de la loi 25 septembre 1997 sur l'exercice du commerce (LCom; RSF 940.1) toute entreprise de commerce de détail dont les locaux ou les installations sont accessibles au public et qui a pour activité, de manière permanente ou occasionnelle, la vente, la location et la prise de commande de marchandises de toute nature ou la fourniture de services est soumise à des heures d'ouverture fixées aux art. 7 à 12 LCom.

Il appartient à la recourante de se conformer aux heures d'ouverture propre à son activité commerciale. Pour satisfaire sa clientèle nocturne, elle a la possibilité de bénéficier d'une ouverture permanente en installant un appareil de distribution automatique (art. 12 al. 1 let. a LCom). Un concurrent, situé en Ville de Fribourg, a d'ailleurs fait ce choix. Quoiqu'il en soit, il ne saurait être question de permettre à la recourante de contourner les dispositions relatives aux heures d'ouverture de commerces en lui octroyant une patente H à laquelle elle n'a manifestement pas droit.

4. La recourante invoque enfin une violation du principe de l'égalité de traitement.
- a) Une décision viole le principe de l'égalité 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. Les situations comparées ne doivent pas nécessairement être identiques en tous points, mais leur similitude doit être établie en ce qui concerne les éléments de faits pertinents pour la décision à prendre (ATF 129 I 113 consid. 5.1 p. 125; 125 I 1 consid. 2b/aa p. 4; 123 I 1 consid. 6a p. 7 et la jurisprudence citée). L'inapplication ou la fausse application de la loi dans un cas particulier n'attribue en principe pas à l'administré le droit d'être traité par la suite illégalement. En effet, selon la jurisprudence, le principe de la légalité de l'activité administrative prévaut sur celui de l'égalité de traitement. Exceptionnellement, il est dérogé à cette règle lorsque une décision conforme à la loi s'oppose à une pratique illégale que l'autorité a l'intention de continuer de manière générale; le citoyen ne peut donc 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 127 I 1 consid. 3a p. 2; 126 V 390 consid. 6a p. 392; 115 la 81 consid. 2 p. 82 et les arrêts cités).
- b) Les exemples cités par la recourante à l'appui de son grief ne sont pas convaincants. En effet, la Bibliothèque cantonale universitaire (BCU), ainsi que les autres bibliothèques publiques, subventionnées par la collectivité, proposent une consultation d'ouvrages à titre culturel. Leurs activités n'étant pas commerciale, elles ne sont ainsi pas assujetties à la LCom, mais jouissent, à ce titre, d'autres horaires d'ouverture. De plus, les bibliothèques telles que la BCU sont divisées en plusieurs secteurs d'activités dont seule la consultation d'ouvrages sur place est autorisée selon des horaires spéciaux. Le service du prêt, en revanche, est exploité dans le respect des heures d'ouverture ordinaires.

Quant aux fitness, ils peuvent être assimilés à des commerces de services. Il s'agit d'un ensemble d'activités de mise en forme comprenant de la musculation, du stretching et du cardio-training ou alors comme un ensemble d'activité visant au maintien de la forme physique (gymnastique, exercice). C'est à ce titre, en considérant le sentiment de bien-être et de détente que le fitness procure par le biais d'un effort physique, que le Tribunal fédéral a jugé que cette activité relève du sport. C'est pourquoi, il a même admis que la

dérogation au principe général de l'interdiction du travail dominicale devait être appliquée au fitness, leur permettant ainsi d'employer du personnel le dimanche (cf. ATF 135 IIa 26 du 14 juin 2005). La spécificité de l'activité proposée par ces centres leur permet d'avoir des horaires élargis. Le caractère sportif de l'activité offerte justifie, cas échéant, l'octroi d'une patente H. Cette activité n'étant manifestement pas comparable à celle exercée par la recourante, elle ne saurait en tirer argument pour invoquer une prétendue inégalité de traitement.

La Mensa de l'Université de Fribourg et les autres cafeterias scolaires sont au bénéfice d'une patente B de restauration et les salons de jeux mentionnés par la recourante sont titulaires d'une patente d'exploitation de salon de jeu. Ils peuvent donc jouir d'horaires élargis. Si, comme le prétend la recourante, certains salons de jeu exercent un commerce non autorisé à des heures indues, il appartient aux autorités communales d'intervenir, cas échéant. Une éventuelle violation des règles applicables n'autorise pas la recourante à en faire de même.

5. a) Mal fondé, le présent recours doit être rejeté et la décision de la Direction confirmée.
- b) Il appartient à la recourante qui succombe de supporter les frais de procédure en application de l'art. 131 CPJA. Pour les mêmes raisons, il n'y a pas lieu d'allouer une indemnité de partie (art. 137 al.1 CPJA).

305.2 patente H et DVD