

FR_GERICHTE 603 2019 182 vom 24. Juli 2020

FR Kantonsgericht, 2020-07-24, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/fr_gerichte_603_2019_182

FR: FR_GERICHTE 603 2019 182 du 24 juillet 2020

IT: FR_GERICHTE 603 2019 182 del 24 luglio 2020

Regeste

Arrêt de la IIIe Cour administrative du Tribunal cantonal | Handel und Gastgewerbe

Erwägungen

E. 19

décembre 2018, entré en force, et auquel il y a, partant, toujours lieu de se référer. A cet égard, elle relève en particulier que l'argument de la modification de la loi évoquée par le Tribunal cantonal n'était que secondaire, tiré de l'actualité du moment. Pour elle, il résulte de cet arrêt que le Marché de Noël est bel et bien une manifestation particulière pouvant justifier les ouvertures nocturnes litigieuses fondées sur l'autonomie dont disposent les communes en la matière, avis au demeurant partagé par le Service de la police du commerce. Pour elle, rien ne s'oppose à considérer le Marché de Noël comme une foire traditionnelle, malgré son caractère récent et son ampleur réduite. Le législateur a par ailleurs été à son sens volontairement peu précis dans la définition de la notion de "manifestation particulière", ce qui démontre qu'il entendait laisser aux communes une grande marge d'appréciation. Au demeurant, les différentes animations autour du Marché de Noël 2019 sont conformes au caractère socio-culturel que doit revêtir impérativement la manifestation pour autoriser une ouverture nocturne, selon la définition restrictive qu'en donne le Préfet. Pour la Ville de Fribourg, il est tout à fait inapproprié de se référer au jugement rendu par le Tribunal fédéral le 16 septembre 2019 pour interpréter une notion de droit cantonal qui n'existe pas dans la LTr. La recourante partage enfin l'avis de l'Association en lien avec les arguments du Préfet portant sur le rejet par le peuple de l'ouverture généralisée jusqu'à 17h00 des commerces ainsi que sur les modifications des règlements cantonal et communal en lien avec les sites touristiques de la Ville. Elle lui reproche en particulier de substituer sa propre appréciation à la sienne pour en tirer des conclusions totalement erronées sur sa prétendue volonté en matière d'autorisations exceptionnelles. La Ville de Fribourg a également demandé l'autorisation, par mesure provisionnelle urgente, de l'ouverture nocturne des commerces qu'elle a autorisée et la restitution de l'effet suspensif (603 2019 187) à son recours. F. Le 13 décembre 2019, les commerces ont été autorisés, par mesure provisionnelle urgente, à rester ouverts jusqu'à 17h00 les samedis 14 et 21 décembre 2019. G. Dans ses observations du 13 janvier 2020, le Préfet propose le rejet des deux recours. Il estime que la pratique constante du Tribunal cantonal et de l'autorité communale vont toutes deux dans le sens d'une coordination matérielle et formelle entre les décisions rendues en matière de LCom et celles rendues en application de la LTr; partant, ces dernières doivent être prises en considération dans l'application de la LCom. Pour l'autorité intimée, le samedi ne peut pas être considéré comme un jour ordinaire et son sort, fortement lié à celui du dimanche, doit être singularisé lors de l'examen de demandes de dérogation. Ainsi, si l'autonomie communale est large

lorsqu'il s'agit d'octroyer des ouvertures nocturnes du lundi au vendredi, il faut en revanche veiller à ne pas vider de sa substance le régime de protection accrue conféré au samedi, veille de dimanche, voulu tant par le législateur fédéral que cantonal et communal. Le Marché de Noël litigieux en particulier est impropre à justifier une dérogation généralisée, systématique et répétée à l'horaire délibérément restreint par les différents législateurs. Enfin, le Préfet souligne l'absence de lien en termes d'horaire ou de périmètre entre la manifestation invoquée et l'autorisation octroyée. H. Invité à s'exprimer, le Syndicat A. _____ s'est déterminé le 13 janvier 2020 également. Tout comme le Préfet, il conclut au rejet des recours. Il souligne que l'arrêt rendu par le Tribunal cantonal en les causes 603 2018 177 et 178 ne saurait statuer de manière définitive sur les possibilités d'application de l'art. 4 du règlement communal. Chaque décision doit faire l'objet d'un examen propre, tenant compte de l'ensemble des circonstances. Il estime que les décisions rendues en 2018 sur l'ouverture des commerces ont été influencées par l'arrêt de fond portant sur

Tribunal cantonal TC Page 6 de 16 la dérogation à l'interdiction de travailler le dimanche, cassé par le Tribunal fédéral. Pour cette raison, il y a lieu de reconsidérer la situation sur la base de ce dernier arrêt. Il rappelle que la notion de manifestations particulières retenue à l'art. 8 al. 2 LCom est la même que celle prévalant dans la LTr. Or, comme en convient le Préfet, cette disposition visait à permettre des manifestations à caractère non pas commercial mais bien socio-culturel; cette interprétation historique ne peut pas être écartée, quand bien même les habitudes en matière de consommation ont évolué. Cette interprétation restrictive se justifie d'autant plus, compte tenu de l'issue de la votation populaire du printemps 2019. Par ailleurs, le Syndicat estime que la période de l'Avent ne constitue pas non plus une situation exceptionnelle justifiant d'accorder une telle dérogation, ne serait-ce que par sa durée, incompatible avec un régime d'exception. Il insiste également sur le caractère occasionnel de la manifestation, suivant en cela l'avis des juges vaudois dans l'arrêt concernant Yverdon-les-Bains, pour qui la récurrence d'une autorisation sur plusieurs années contrevient au caractère dérogatoire du régime sur lequel elle se fonde, et nécessite de légiférer à cet égard. Il en va de même du Marché de Noël de Fribourg et des autorisations octroyées depuis 2017, ce d'autant plus que, contrairement au canton de Vaud, Fribourg dispose d'une loi cantonale, la LCom, qui régit les horaires des magasins. I. Dans une intervention spontanée du 13 janvier 2020 également, déposée encore dans le délai légal de recours de 30 jours à compter de la décision préfectorale, l'Association se prévaut de l'absence de qualité pour recourir du Syndicat à l'encontre de la décision initiale du 6 novembre 2019 de la Ville de Fribourg, comme dans la présente procédure, et conclut à l'irrecevabilité du recours déposé auprès du Préfet. Elle estime qu'il apparaît douteux que le Syndicat puisse se fonder sur l'art. 58 LTr pour justifier de sa qualité pour agir et qu'il ne peut par ailleurs pas se prévaloir de l'art. 76 al. 1 let. a et b CPJA, dès lors qu'il ne peut pas justifier d'intérêts communs à la majorité de ses membres ou à une grande partie d'entre eux, au vu des motifs exposés dans le cadre de son recours (volonté populaire au travers de votations). Cela étant, elle confirme pour le surplus les conclusions de son recours. Invité à s'exprimer, le Syndicat indique, le 17 février 2020, qu'il ne fait aucune référence à l'art. 58 LTr dans son recours au Préfet mais qu'il évoque le recours égoïste ou corporatif des associations, précisant qu'il dispose de la personnalité juridique et a pour but statutaire la défense des intérêts de ses membres, dont fait notamment partie le personnel occupé dans la vente. Il admet que la qualité pour recourir d'un syndicat dans une procédure qui ne concerne pas directement une application de la LTr a été parfois laissée ouverte par certains tribunaux. Cela étant, il souligne que ses griefs ne se sont pas limités à s'exprimer sur la

volonté populaire. Quoi qu'il en soit, il a été ici impliqué dans le processus de prise de décision par la Ville de Fribourg qui l'a expressément consulté sur la question puis lui a notifié la décision querellée. Dans le cadre de son activité de défense des intérêts de ses membres, il estime qu'il peut faire valoir un intérêt digne de protection suffisant pour lui conférer qualité pour agir à l'encontre de dite décision. Toute autre interprétation rendrait inefficace la consultation des partenaires sociaux prévue dans le règlement communal. Enfin, s'agissant de la présente procédure, il rappelle qu'il n'est pas partie recourante. Par ailleurs, si l'Association a jugé utile de saisir le Tribunal cantonal, il y a lieu de lui reconnaître aussi un intérêt digne de protection à ce que cette question soit définitivement tranchée. Aucun autre échange d'écritures n'a été ordonné entre les parties. Il sera fait état des arguments, développés par ces dernières à l'appui de leurs conclusions dans les considérants de droit du présent arrêt pour autant que cela soit utile à la solution du litige.

Tribunal cantonal TC Page 7 de 16 en droit 1. 1.1. Déposés dans le délai et les formes prescrits, les recours sont recevables en vertu de l'art. 155 al. 2 de la loi fribourgeoise du 25 septembre 1980 sur les communes (LCo; RSF 140.1), en relation avec l'art. 114 al. 1 let. c du code fribourgeois du 23 mai 1991 de procédure et de juridiction administrative (CPJA; RSF 150.1). Le Tribunal cantonal peut donc entrer en matière sur leurs mérites. 1.2. Le Syndicat A. _____ a été consulté par la Ville de Fribourg avant de prendre sa décision, conformément au règlement communal, au titre de partenaire social. Elle lui a ensuite notifié sa décision. Son recours a été jugé recevable par le Préfet. Dans la mesure où le Syndicat défend les intérêts du personnel occupé dans la vente, ce qui n'est pas contesté, que ses griefs ne portent manifestement pas uniquement sur les droits populaires comme le prétend l'Association, et dès lors que le règlement cantonal renvoie explicitement à certaines dispositions de la LTr (cf. art. 8 RCom; cf. ég. arrêt TC VD GE.2019.0236 du 28 novembre 2019 consid. 2b), pour laquelle la jurisprudence a reconnu la qualité pour recourir des syndicats fondée sur l'art. 58 LTr, il y a lieu d'admettre que le Syndicat A. _____ pouvait s'en prévaloir pour recourir contre la décision initiale de la Ville de Fribourg, en particulier en raison du fait qu'elle l'avait intégré dans la procédure. C'est pour le même motif d'ailleurs qu'il a été invité à s'exprimer sur les recours déposés devant l'Instance de céans. Enfin, soulignons que, devant le Tribunal cantonal, le Syndicat ne revêt pas la position de recourant et qu'il rejoint par ailleurs pour l'essentiel la thèse défendue par l'autorité intimée. 1.3. Les recours portent sur le même objet. Il y a dès lors lieu de joindre les causes et de les traiter dans un seul et même arrêt, en application de l'art. 42 al. 1 let. b CPJA. 1.4. Enfin, il y a lieu d'entrer en matière sur le présent litige et de faire abstraction de l'absence d'intérêt actuel, dès lors que la contestation peut se reproduire en tout temps dans des circonstances identiques ou analogues, comme cela s'est d'ailleurs précisément passé, et que, en raison de sa portée de principe, il existe un intérêt public suffisamment important à la solution de la question litigieuse (cf. ATF 135 I 79 consid. 1.1; cf. aussi ATF 131 II 670 consid. 1.2; ATF 129 I 113 consid. 1.7). 2. Selon l'art. 77 al. 1 CPJA, le recours devant le Tribunal cantonal peut être formé pour violation du droit, y compris l'excès ou l'abus de pouvoir d'appréciation (let. a) et pour constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents (let. b). Dans la mesure où aucune des situations prévues aux let. a à c de l'art. 78 al. 2 CPJA n'est réalisée en l'espèce, le Tribunal cantonal ne peut pas, dans le cas particulier, revoir l'opportunité de la décision entreprise. 3. 3.1. Selon l'art. 7 al. 1 1ère phr. LCom, les commerces peuvent être ouverts de 6h00 à 19h00 du lundi au vendredi et de 6h00 à 16h00 le samedi, sous réserve des exceptions prévues par la loi (cf. art. 7 al. 1 2ème phr., 7a et 7b LCom). D'après l'art. 8 LCom, intitulé "Ouverture nocturne", à l'exception du samedi, les

communes peuvent fixer un jour par semaine, pour l'ensemble des commerces, l'heure de fermeture à 21h00

Tribunal cantonal TC Page 8 de 16 (al. 1). A l'occasion de manifestations particulières ou pour certains commerces permanents de vente de mets et de boissons à l'emporter, les communes peuvent exceptionnellement autoriser d'autres ventes nocturnes (al. 2). Aux termes de l'art. 6 RCom, l'horaire d'ouverture associé aux autorisations exceptionnelles prévues par une commune à l'occasion de manifestations particulières est fixé de cas en cas, en fonction de la manifestation. Selon l'art. 13 al. 2 LCom, les communes peuvent, dans les limites fixées par la présente loi, déroger aux heures d'ouverture ordinaires par un règlement de portée générale (al. 2). La Ville de Fribourg a fait usage de cette faculté et adopté le règlement communal du 9 novembre 1998 déjà mentionné ci-dessus, lequel a été approuvé par la Direction de la sécurité et de la justice, conformément à l'art. 9 RCom. Son art. 4 prévoit qu'à l'occasion de manifestations particulières, le Conseil communal peut, sur demande, autoriser une ouverture nocturne limitée à certains types de commerces ou à certains quartiers de la Ville ou encore, à titre exceptionnel, autoriser une ouverture généralisée des commerces. La décision fixe l'heure et les autres modalités d'ouverture. Les partenaires sociaux sont au préalable consultés. 3.2. Les art. 8 al. 2 LCom et 4 du règlement communal aménagent ainsi un régime d'exception en prévoyant des autorisations d'ouverture nocturne au-delà des heures d'ouverture ordinaires. L'autorisation exceptionnelle permet d'exercer une activité qui, dans la règle, pour des motifs d'intérêt public, est généralement interdite. Les dérogations dont la loi confère la possibilité à l'autorité s'accompagnent nécessairement d'une certaine liberté. Cela peut être, au sens précis, une liberté d'appréciation: celle d'octroyer ou de refuser, ou de choisir la mesure adéquate. Cela sera aussi la latitude de jugement qui caractérise certaines catégories de notions juridiques indéterminées. En effet, sans cette liberté, l'administration ne saurait adapter comme il convient la mesure particulière aux circonstances qui lui sont propres. Elle est néanmoins liée par quelques règles; la plus importante d'entre elles s'impose d'elle-même: l'octroi de dérogations ne doit pas se faire en nombre tel que la norme générale à laquelle il est fait exception soit vidée de son contenu. L'administration ne peut pas créer, par une pratique excessivement large, un droit particulier pour des catégories d'exception; cette pratique reviendrait dans les faits à modifier la loi (cf. arrêt TC VD GE.2019.0225 consid. 4c; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, Droit administratif, vol. I., 3ème éd., 2012, ch. 4.1.3.3). L'octroi d'une dérogation suppose dès lors une situation exceptionnelle, à défaut de quoi l'autorité compétente pour délivrer les autorisations se substituerait au législateur cantonal ou communal par le biais de sa pratique dérogoire (ATF 117 Ia 141 consid. 4; arrêts TF 1C_81/2015 du 3 juin 2015 consid. 2.4; 1C_18/2008 du 15 avril 2008 consid. 3.1). Dans la mesure où les dispositions litigieuses consacrent une dérogation au principe général de la fermeture des magasins en semaine et le samedi, elles doivent en toute hypothèse être interprétées restrictivement et non pas extensivement (cf. ATF 134 II 265 consid. 5.5; arrêts TF 2C_1056/2017 du 5 juillet 2018 consid. 4.4; 2C_206/2008 du 13 août 2008 consid. 4.5). Il importe en outre pour l'autorité de se livrer à une pondération complète des différents intérêts en présence et de mettre en balance l'intérêt à la dérogation avec l'intérêt que poursuit la norme dont il s'agirait de s'écarter (cf. arrêt TC VD GE.2019.0225 consid. 4c et les références; cf. MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, idem; DUBEY/ZUFFEREY, Droit administratif général, 2014, n. 935).

Tribunal cantonal TC Page 9 de 16 4. Dans son arrêt 603 2018 177 du 19 décembre 2018, la Cour de céans avait à se prononcer sur le périmètre des commerces pouvant bénéficier de l'ouverture prolongée à 17h00, l'ouverture en tant que telle n'ayant pas été remise en cause. Cela étant, la Cour a admis, à titre liminaire, constatant par ailleurs que son avis rejoignait celui de l'autorité intimée, que le Marché de Noël de Fribourg, même s'il était de taille modeste, constituait une manifestation particulière, au sens des art. 8 al. 2 LCom et 4 du règlement communal, apte à fonder l'octroi d'une autorisation d'ouverture nocturne. Malgré ce qu'en pensent l'autorité intimée et le Syndicat, le fait que la question litigieuse portait alors sur le périmètre des commerces autorisés à ouvrir plus longtemps n'empêchait aucunement le Tribunal cantonal d'examiner la notion de manifestation particulière au préalable et de rendre à cet égard un arrêt valant jurisprudence; la question qui lui était soumise l'imposait même à titre liminaire. Cela étant, il faut concéder à ces derniers que la notion de manifestation ne dispense pas pour autant la Cour de céans d'examiner, dans le cas d'espèce, fondé sur les circonstances de 2019, si la mouture du Marché de Noël consiste toujours en une manifestation particulière. Reste à vérifier au préalable si dite interprétation résiste à l'examen réalisé ultérieurement par le Tribunal fédéral dans son arrêt publié aux ATF 145 II 360 ainsi qu'au résultat du scrutin sur la modification de la LCom, comme le soutiennent et le Préfet et le Syndicat.

4.1. S'agissant du premier point, rappelons que le Tribunal fédéral devait se prononcer sur la dérogation à l'interdiction de travailler un jour férié, assimilé à un dimanche.

4.1.1. Selon la LTr, le travail est en principe exclu le dimanche. L'art. 18 al. 1 LTr interdit en effet d'occuper des travailleurs du samedi à 23h00 au dimanche à 23h00, sous réserve des exceptions prévues à l'art. 19 LTr. En particulier selon l'art. 19 al. 3 LTr, le travail dominical temporaire est autorisé en cas de besoin urgent dûment établi, l'employeur devant alors accorder une majoration de salaire de 50 % au travailleur. Les mêmes règles s'appliquent au travail les jours fériés par renvoi de l'art. 20a al. 1 LTr. Le besoin urgent permettant d'obtenir une dérogation temporaire au sens de l'art. 19 al. 3 LTr est défini à l'art. 27 de l'ordonnance 1 relative à la loi sur le travail du 10 mai 2000 (OLT 1; RS 822.111). Selon cette disposition, un tel besoin est établi lorsque s'imposent notamment des interventions de durée limitée, de nuit ou le dimanche, dans le cadre d'événements de société ou de manifestations d'ordre culturel ou sportif procédant des spécificités et coutumes locales ou des besoins particuliers de la clientèle. S'agissant de l'ouverture dominicale des commerces durant la période de l'Avent, le Tribunal fédéral a précisé, au travers de six arrêts différents, la notion de "besoin urgent" appliquée à ce contexte particulier. En substance, le Tribunal fédéral retient qu'une ouverture dominicale peut être autorisée notamment lorsque l'on peut constater une étroite corrélation entre, d'une part, l'animation résultant d'un marché de Noël, manifestation d'envergure organisée depuis plusieurs années avec le concours de nombreux commerces locaux et, d'autre part, l'animation due à l'ensemble de l'activité commerciale de la place, qu'il existe une véritable tradition d'ouverture dominicale des commerces liée à cet événement et que la dérogation permet de parer aux effets d'une âpre concurrence étrangère (ATF 145 II 360 consid. 3.5).

4.1.2. S'agissant de la LCom, selon le message du Conseil d'Etat du 12 août 1997 accompagnant le projet de loi sur l'exercice du commerce, son art. 8 al. 2 a donné lieu aux précisions suivantes:

Tribunal cantonal TC Page 10 de 16 "Pour des commerces proposant en permanence la vente de pizzas ou d'autres petits mets à l'emporter, de même que lors de manifestations occasionnelles telles que des rencontres folkloriques ou des foires traditionnelles, certaines communes accordent dans le système actuel des autorisations de ventes nocturnes. II

convient de maintenir cette possibilité exceptionnelle" (BGC 1997, p. 657). 4.1.3. Il résulte de ce qui précède que les concepts en question sont différents et autonomes, quoi qu'en disent le Préfet et le Syndicat. En effet, d'abord, on ne peut pas faire fi du fait que ces concepts reposent sur un ordre juridique de niveau différent. Ensuite, en droit cantonal, on parle de "manifestation particulière", tandis que pour la LTr, où ne figure aucunement cette expression (ni d'ailleurs à l'art. 27 OLT 1), il s'agit d'interpréter la notion indéterminée de "besoin accru". Or, dessinée à l'aide de plusieurs coups de crayon successifs par le Tribunal fédéral, celui-ci évoque, spécifiquement pour la période de l'Avent, une manifestation d'envergure, laquelle doit être organisée depuis plusieurs années avec le concours de nombreux commerces. La manifestation doit présenter une importance certaine et revêtir une ampleur particulière, ce qui se justifie au motif que l'événement doit servir le but poursuivi par la norme fédérale, à savoir aménager des conditions pour obtenir une dérogation, par essence restrictive, au principe de l'interdiction de travailler le dimanche. La démarche ne saurait être comparée à l'ouverture prolongée des commerces un jour ouvrable, même s'il s'agit d'un samedi. En particulier, rien ne permet d'affirmer que l'ampleur de la manifestation, qui participe impérativement à la notion de "besoin accru" selon la jurisprudence précitée, devrait également entrer dans l'interprétation de la "manifestation particulière" prévue par le droit cantonal qui ne qualifie aucunement l'événement de ce point de vue. Soulignons en revanche que les législations des communes vaudoises d'Yverdon-les-Bains et de Vevey, évoquées par les parties, parlent quant à elles expressément de "manifestation d'une ampleur particulière", ce qui fait toute la différence avec l'art. 8 al. 2 LCom. Enfin, le législateur cantonal ne renvoie aucunement à la jurisprudence fédérale rendue en matière de dérogations à l'interdiction du travail le dimanche lors de l'Avent, ni dans son message, ni même dans la loi, contrairement à ce que soutient le Syndicat. Par ailleurs, on ne peut pas tirer des enseignements spécifiques sur la nature (socio-culturelle en particulier) de la manifestation que visait le législateur sur la base des précisions figurant dans le message de la loi cantonale. La formulation utilisée, introduite par la conjonction "tel que", démontre que les illustrations ne sont qu'exemplaires; partant, elles ne limitent d'aucune manière l'interprétation que l'on peut faire de la notion de "manifestation particulière". Par ailleurs, au travers des exemples cités dans le message, le Conseil d'Etat évoque expressément la pratique qui avait cours, en vue de la pérenniser. Aucun élément ou indice ne permet de penser qu'il avait toutefois pour objectif de restreindre la notion aux seules rencontres folkloriques ou foires traditionnelles qui avaient déjà permis des ouvertures nocturnes par le passé. L'adjectif particulier évoque pour sa part la singularité de l'événement, se dit de ce qui est défini, précis ou limité, par opposition à général ou à habituel, ou revêt un caractère spécifique (cf. www.larousse.fr/dictionnaires/francais/particulier/58384, consulté le 15 juin 2020). La dérogation doit en revanche reposer sur une manifestation, la norme cantonale faisant précéder la notion de "manifestation particulière" de l'expression "à l'occasion de", à savoir un événement attirant un public relativement large (fête, festival, exposition, salon, etc.), organisé dans un but commercial, culturel, publicitaire ou de simple réjouissance, selon la définition tirée du dictionnaire (cf. www.larousse.fr/dictionnaires/francais/manifestation/49161, consulté le 15 juin 2020).

Tribunal cantonal TC Page 11 de 16 Remise dans le contexte d'une autorisation exceptionnelle, il faut en déduire que l'ouverture nocturne doit être justifiée par l'existence d'une manifestation mais ne peut pas en revanche constituer l'événement en lui-même. Le Black Friday, ayant eu lieu dans certaines communes vaudoises et auquel se réfère

l'Association recourante, est basé uniquement sur des motifs économiques comme l'a reconnu le Tribunal cantonal vaudois (cf. arrêt TC VD GE.2019.0236 du 28 novembre 2019 consid. 3b/aa in fine) et ne repose sur aucun autre événement. Tel n'est pas la situation du cas d'espèce. Quant à la période de l'Avent, elle ne constitue manifestement pas une manifestation ou un événement. En soi, ce temps, certes spécial, ne permet pas des ouvertures nocturnes. Partant, limiter la nature de l'événement au-delà de ce qui précède, notamment en voulant proscrire tout événement essentiellement économique comme le souhaitent le Préfet et le Syndicat, irait à l'encontre des termes utilisés dans la disposition de l'art. 8 al. 2 LCom et de la volonté du législateur cantonal. Il apparaît ainsi en particulier que les liens entre la jurisprudence fédérale développée autour du "besoin accru", respectivement de la LTr, et la norme cantonale tiennent pour l'essentiel au terme utilisé de "manifestation", guère plus. Le besoin de coordination évoqué par le Préfet entre la LTr et la LCom n'y change rien, les notions étant distinctes. Cela étant, force est de souligner que la coordination est avant tout nécessaire lorsque des ouvertures de commerce nécessitent une dérogation à l'interdiction de travailler parce qu'elles portent sur un dimanche ou un jour férié et impliquent des salariés, ce qui n'est pas le cas ici. En effet, le fait que les ouvertures litigieuses portent sur un samedi ne change rien à ce qui précède, malgré les développements du Préfet. Même s'il faut concéder à ce dernier que le samedi n'a pas un statut à l'identique des autres jours de la semaine, parce qu'il précède directement le dimanche et que les législateurs ont prévu quelques réglementations spécifiques pour le samedi, il n'en demeure pas moins un jour ouvrable (cf. art. 7 LCom), durant lequel les commerces sont ouverts, par opposition au dimanche et aux jours fériés (cf. art. 9 LCom), jours durant lesquels les commerces sont au contraire par principe fermés. On peut à cet égard encore renvoyer à l'arrêt du Tribunal fédéral précité dans lequel ce dernier a insisté sur la distinction à opérer entre, d'un côté, les jours ouvrables et, de l'autre, le dimanche et les jours fériés, sans créer encore une autre nomenclature pour le samedi. Ainsi, il ne saurait être question de se fonder sur le premier concept, fédéral, développé dans un autre but, qui plus est par voie jurisprudentielle, pour interpréter la norme cantonale. 4.2. Les parties s'opposent en outre sur les conséquences à tirer du résultat de la votation populaire. Il faut toutefois remettre ce scrutin dans son contexte. La votation portait sur la prolongation de l'ouverture généralisée des commerces le samedi jusqu'à 17h00. Or, la question litigieuse porte sur l'ouverture exceptionnelle, durant deux samedis uniquement, jusqu'à 17h00. Le rejet de l'un ne saurait dès lors emporter le refus de l'autre. Il est vrai que le Tribunal cantonal s'est référé au projet de loi y relatif adopté par le Grand Conseil dans son jugement de 2018 mais il ne s'agissait toutefois que d'une motivation superfétatoire destinée à mettre en exergue la volonté du législatif d'assouplir l'ouverture nocturne ordinaire des commerces le samedi, en prévoyant une prolongation, précisément jusqu'à 17h00. En outre, il y a lieu de rappeler la marge de manœuvre voulue par le législateur cantonal et dont a fait usage la Ville de Fribourg en la matière. En effet, la loi cantonale autorise les communes à prévoir des ouvertures exceptionnelles à l'occasion de manifestations particulières; elles peuvent

Tribunal cantonal TC Page 12 de 16 le faire par un règlement de portée générale, approuvé par la Direction de la sécurité et de la justice. Poussé à son extrême, le raisonnement du Préfet et du Syndicat pourrait impliquer le refus de la prolongation de l'ouverture des commerces aussi lors de la Fête de la St-Nicolas. Partant, on ne peut pas raisonnablement remettre en cause la jurisprudence de la Cour sur la base d'un scrutin portant sur un autre objet. Cela étant, cela ne dispense pas pour autant la commune concernée, puis le Préfet et enfin le Tribunal cantonal d'examiner, de cas en cas, si la prolongation exceptionnelle

sollicitée, ainsi que son étendue, doivent être avaluées. 4.3. Sur le vu de ce qui précède, force est de constater que la jurisprudence développée par le Tribunal cantonal le 19 décembre 2019 en les causes 603 2019 177 et 178 conserve, sur le principe, toute sa pertinence. 4.4. En l'occurrence, le Marché de Noël 2019 ressemble en partie à celui organisé en 2018, à l'origine de la jurisprudence cantonale précitée, à tout le moins bien plus qu'au premier marché organisé en 2017, avec encore un village de l'Avent sis sur la place George-Python. Il s'est déroulé sur la rue de Romont du 12 au 21 décembre 2019. Des animations pour tout âge ont en outre été prévues afin d'émailler la manifestation qui s'inscrit, selon l'Association (cf. sa requête du 18 septembre 2019, bordereau recourante, pièce 3), dans la magie des fêtes de fin d'année. Contrairement à la mouture 2018, la place Jean-Tinguely a été mise à disposition des organisateurs en 2019 avec pour mission de mettre sur pied des animations, en lien avec les fêtes de fin d'année, à côté des animations et des stands de la rue de Romont proprement dite (cf. autorisation de la manifestation du Marché de Noël 2019 du 28 novembre 2019, dossier de l'autorité intimée, pièce produite par la Ville). Le Syndicat ne démontre pas qu'il en irait autrement. De plus, la prolongation portait sur deux samedis, outre le samedi de la St-Nicolas, comme en 2018. Partant, il y a lieu de constater que le Marché de Noël litigieux, même si de taille modeste, constitue toujours une "manifestation particulière", au sens des art. 8 al. 2 LCom et 4 du règlement communal, apte en soi à fonder l'octroi d'une autorisation d'ouverture nocturne. Soulignons en particulier que le fait que la manifestation repose (aussi) sur des motifs économiques, ce qui ne saurait être contesté, n'autorise pas une autre réponse dès lors que manifestation il y a bel et bien et que l'on ne saurait en revanche remettre en cause la volonté de la Ville de dynamiser son centre, elle qui a exigé diverses animations. 5. Reste à déterminer si la récurrence de la manifestation sur plusieurs années s'oppose à confirmer les autorisations litigieuses. L'art. 8 al. 2 LCom consacre un régime dérogatoire aux horaires de fermeture des magasins les jours ouvrables. Comme déjà évoqué, ce régime doit rester l'exception. Toutefois, force est de relever que, selon le texte lui-même, c'est bien l'ouverture nocturne qui doit rester exceptionnelle et non pas la manifestation en tant que telle; comme déjà évoqué, celle-ci doit pour sa part être particulière, singulière, par opposition à général ou habituel, voire spécifique. Le terme "occasionnel" figurant dans le message, à bien lire ce dernier, n'apparaît ainsi pas se rapporter à la manifestation mais bien plus au régime dérogatoire, partant, exceptionnel. Dans le doute, il y a lieu de toute manière de retenir l'interprétation grammaticale du texte légal précité qui peut être faite ici de manière limpide. La répétition de la même manifestation sur plusieurs années ne peut dès lors conduire par automatisme à refuser la dérogation sollicitée. Il apparaît en effet adéquat de garantir le caractère

Tribunal cantonal TC Page 13 de 16 exceptionnel des ouvertures nocturnes sur une période donnée, par exemple sur une année entière, qui tienne compte du tournus des saisons. Aller au-delà reviendrait à exclure toutes les ouvertures des commerces en lien avec des manifestations qui se répètent annuellement, partant, à admettre que la St-Nicolas, qui est à l'origine de telles ouvertures nocturnes depuis 2010, pourrait ne plus en bénéficier. Ce ne peut être le but poursuivi par le législateur. Partant, la seule répétition d'une manifestation sur plusieurs années n'est pas déterminante, au contraire du caractère exceptionnel des ouvertures nocturnes au cours de l'année considérée. Cette façon d'appréhender la problématique respecte par ailleurs l'autonomie de la commune et sa liberté d'appréciation; elle lui permet en particulier de tenir compte de l'ensemble des événements prévus au cours d'une année ou de ceux déjà passés, en vue de décider de la dérogation sollicitée. Pour

toutes ces raisons, la Cour estime qu'il n'y a pas lieu de suivre la solution que semble préconiser le Tribunal cantonal vaudois. Or, en l'espèce, il faut convenir que le Marché de Noël est limité, par essence, à la période de l'Avent, et constater que les ouvertures litigieuses ne portent tout au plus que sur deux samedis, outre celui de la St-Nicolas. Cela signifie au total, pour la période de l'Avent, trois fois une heure supplémentaire sur une année, la Ville de Fribourg ne délivrant par ailleurs qu'avec parcimonie – à juste titre d'ailleurs – de telles dérogations. En effet, en 2019, deux seules autres ouvertures nocturnes ont été cautionnées: le samedi 15 juin 2019, pour les Fêtes de Pérolles, l'ouverture prolongée à 19h00 a été autorisée pour l'ensemble des commerces du quartier de Pérolles, et, de même, le samedi 29 juin 2019, pour la Fête de la rue de Romont, une ouverture prolongée à 19h00 a été avalisée pour l'ensemble des commerces de la rue de Romont et des rues adjacentes. Force est d'admettre qu'à ce rythme annuel de cinq ouvertures nocturnes en tout et pour tout, on ne peut pas parler d'une habitude ou d'une quelconque régularité de l'exercice, étant par ailleurs souligné que, pour les années 2017 et 2018, seule la période de l'Avent avait donné lieu à de telles autorisations qui en étaient restées au nombre de trois, y compris la St-Nicolas. Ainsi, quand bien même les dérogations litigieuses sont en lien avec les mêmes manifestations depuis quelques années, les ouvertures nocturnes, remises à l'échelle de l'année civile, demeurent néanmoins exceptionnelles au sens de la disposition précitée. Rappelons au demeurant qu'elles ne portent en outre que sur deux fois une heure en tout et pour tout, alors même que les ouvertures autorisées par deux fois à l'été 2019 portaient sur deux fois trois heures le samedi; elles n'ont toutefois pas été remises en cause. On ne peut enfin pas manquer de relever que la LTr, s'agissant du régime dérogatoire à l'interdiction de travailler le dimanche, plus restrictif encore comme on l'a vu ci-dessus, autorise les cantons à prévoir jusqu'à quatre ouvertures dominicales par an sans qu'une autorisation ne soit nécessaire, mais ne limite pas pour autant le nombre d'autorisations de travailler à ces quatre dimanches, d'autres dérogations étant toujours possibles selon les conditions usuelles fixées dans la loi. 6. 6.1. Enfin, il y a encore lieu de déterminer si, en l'occurrence, le Marché de Noël 2019 justifiait l'ouverture de tous les commerces de la Ville. En effet, selon le droit communal, l'autorisation d'ouverture nocturne est - en principe - limitée (notamment) à certains quartiers et n'est qu'à titre exceptionnel généralisée à l'ensemble des commerces sis sur son territoire, étant précisé qu'il appartient prioritairement à la commune de définir la portée du terme "à titre exceptionnel" au sens de cette disposition et de décider dans quelles circonstances spéciales elle entend accorder une autorisation d'ouverture généralisée, comme en a convenu le Tribunal cantonal dans son arrêt 603 2018 177.

Tribunal cantonal TC Page 14 de 16 Même si, en 2018, ce dernier a confirmé les ouvertures litigieuses sur le territoire de toute la commune, il y a lieu d'examiner, sur la base de l'ensemble des circonstances prévalant en 2019, si cette solution peut être confirmée. Il y a lieu de souligner que l'Instance de céans avait précisé que la commune était légitimée à faire usage de son droit d'étendre à tous les commerces les ouvertures sollicitées, à l'occasion de manifestations touchant l'ensemble de son territoire. 6.2. A cet égard, il y a lieu de relever que le jugement de 2018 a été rendu à l'époque même des ouvertures, dans une urgence certaine, ce qui n'est plus le cas aujourd'hui. Des motifs d'égalité de traitement avaient été évoqués, lesquels ne revêtent dès lors plus le même poids, de ce point de vue. En 2018 toujours, des animations avaient été prévues sur l'ensemble du territoire communal. En revanche, en 2019, le marché de Noël s'est déroulé uniquement sur la rue de Romont et sur la place Jean-Tinguely, entre le théâtre Equilibre et Fribourg Centre, où les animations ont

eu lieu pour l'essentiel, et non pas ailleurs sur le territoire communal. En outre, d'autres ouvertures nocturnes ont été aménagées au cours de l'année 2019, comme ci-dessus évoqué, pour les fêtes de Pérolles et celle de la rue de Romont, ce qui n'était pas le cas en 2018, ni d'ailleurs en 2017. Force est ainsi de reconnaître que l'ensemble des circonstances prévalant en 2019 diverge des conditions dans lesquelles les ouvertures de 2018 ont été octroyées puis confirmées. Tout bien pesé, pour 2019, il faut admettre qu'il se justifiait de limiter les commerces autorisés à ouvrir à ceux situés aux abords de la manifestation, comme d'ailleurs la commune n'a pas manqué de le faire pour les fêtes de Pérolles et celle de la rue de Romont. Cette solution préserve le lien qui doit subsister entre les ouvertures des commerces et la manifestation en question et est conforme au régime exceptionnel de l'ouverture généralisée des magasins sur le territoire entier de la commune. Enfin, en tant qu'autorité de surveillance en matière d'heures d'ouverture des commerces, la Direction de la sécurité et de la justice s'était également déclarée favorable, certes en 2018, à ce que la commune revoie la portée de son autorisation en l'adaptant au périmètre concerné par le Marché de Noël. En l'occurrence, celui-ci s'étant déroulé en 2019 sur la rue de Romont mais également sur la place Jean-Tinguely avec de nombreuses animations, il apparaît adéquat, pour cette année-là, de limiter l'ouverture des commerces aux magasins de la rue de Romont et de ses rues avoisinantes (rue du Criblet, rue du Temple, rue Saint-Pierre, rue de l'Abbé-Bovet, rue Pierre-Kaelin, allée des Grands-places), ainsi qu'aux commerces sis à l'avenue de la Gare, sur laquelle débouche la place Jean-Tinguely, mais pas ailleurs dans la Ville, sous réserve des sites touristiques à l'année situés à Fribourg, non concernés par les autorisations litigieuses.

7. Sur le vu de tout ce qui précède, les recours doivent être admis partiellement au sens des considérants et la décision modifiée en ce sens que seuls les commerces de la rue de Romont, de ses rues adjacentes ainsi que de l'avenue de la Gare devaient être autorisés à ouvrir jusqu'à 17h00 les samedis 14 et 21 décembre 2019. Dès lors que la Cour statue sur le fond du litige, les demandes de restitution de l'effet suspensif (603 2019 184 et 603 2019 187), devenues sans objet, sont rayées du rôle.

8. 8.1. Les frais de procédure sont mis à la charge de la partie qui succombe. Si elle n'est que partiellement déboutée, les frais sont réduits en proportion (art. 131 al. 1 CPJA). Lorsque plusieurs Tribunal cantonal TC Page 15 de 16 parties à la procédure succombent, les frais sont répartis entre elles, compte tenu de leur intérêt à la procédure et du sort fait à leurs conclusions (art. 132 al. 1 CPJA). Compte tenu des circonstances, il est renoncé à percevoir des frais de justice de l'Association, quand bien même elle succombe partiellement. L'avance de frais versée lui est ainsi intégralement restituée. L'Etat de Fribourg ainsi que la Ville de Fribourg sont exonérés des frais de procédure (cf. art. 133 CPJA). Quant au Syndicat qui succombe en partie, aucuns frais de procédure ne seront mis à sa charge, en application de l'art. 129 let. c CPJA. Il en résulte qu'il n'est perçu aucuns frais de procédure.

8.2. L'Association a obtenu gain de cause sur le principe de l'ouverture nocturne mais pas du périmètre des commerces autorisés; quant au Syndicat, il obtient gain de cause uniquement sur les commerces visés. L'un et l'autre ont dès lors droit à des dépens, réduits à $\frac{3}{4}$ pour l'Association et à $\frac{1}{4}$ pour le Syndicat (cf. art. 137 et 138 CPJA). En outre, dès lors que tant ce dernier que l'Association et la Ville ont pris des conclusions formelles, il leur appartient de supporter à raison de moitié l'indemnité qui est due à la partie adverse, l'autre moitié étant mise à la charge de l'Etat de Fribourg (cf. art. 141 al. 1 CPJA et arrêt TF 2C_826/2014 du 24 janvier 2015 consid. 4.2). L'Association a déposé sa liste de frais le 21 juillet 2020. Dès lors qu'elle fait application du forfait de 5 % valable pour les débours en procédure civile alors que ceux-ci sont indemnisés au prix coûtant en procédure

administrative (cf. art. 9 al. 1 et 2 du tarif cantonal du 17 décembre 1991 des frais de procédure et des indemnités en matière de juridiction administrative; RSF 150.12), il y a lieu de fixer l'indemnité à laquelle elle peut prétendre ex aequo et bono à CHF 5'645.85 d'honoraires correspondant aux 22.58 heures demandées, plus CHF 150.- au titre de débours, soit à un montant de CHF 5'795.85, dont seuls les $\frac{3}{4}$, soit CHF 4'346.85, seront indemnisés, auxquels s'ajoute la TVA par CHF 334.70, pour une somme globale de CHF 4'681.60, à charge du Syndicat et de l'Etat à raison de CHF 2'340.80 chacun. Le Syndicat a pour sa part déposé deux listes de frais le 17 juillet 2020. Là aussi, malgré le correctif opéré pour tenir compte des photocopies à rémunérer à CHF 0.40/pièce, il n'est pas possible de déterminer le nombre effectif de ces dernières dans chacun des deux dossiers. Il se justifie, partant, de fixer l'indemnité ex aequo et bono. S'agissant du recours 603 2019 182, celle-ci est arrêtée, au total, à CHF 2'525.-, correspondant aux 10.1 heures demandées, plus un montant de CHF 75.- au titre des débours, soit à CHF 2'600.-, dont seul $\frac{1}{4}$ doit être indemnisé en raison du gain de cause partiel, soit CHF 650.-, auxquels s'ajoutent CHF 50.05 de TVA, pour un total de CHF 700.05, à charge de l'Etat et de l'Association par CHF 350.- chacun. S'agissant de la cause 603 2019 185, l'équitable indemnité à laquelle peut prétendre au total le Syndicat se monte à CHF 1'404.15, correspondant aux 5.61 heures demandées, plus CHF 75.- au titre de débours, pour une somme totale de CHF 1'479.15, dont seuls CHF 369.80 seront indemnisés, auxquels s'ajoutent CHF 28.45 de TVA, soit un montant de CHF 398.25, à charge de l'Etat et de la Ville de Fribourg, à raison de CHF 199.15 chacun. (dispositif en page suivante)

Tribunal cantonal TC Page 16 de 16 la Cour arrête : I. Les causes 603 2019 182, 184, 185 et 187 sont jointes. II. Les recours (603 2019 182 et 603 2019 185) sont partiellement admis et la décision modifiée en ce sens que les commerces de la rue de Romont, de ses rues adjacentes ainsi que de l'avenue de la Gare devaient être autorisés à ouvrir jusqu'à 17h00 les samedis 14 et

E. 21

décembre 2019, au sens des considérants. III. Les requêtes de restitution de l'effet suspensif (603 2019 184 et 603 2019 187), devenues sans objet, sont rayées du rôle. IV. Il n'est pas perçu de frais de justice. V. L'avance de frais de CHF 2'000.- est restituée à l'Association. VI. Il est alloué à Me Jean-Luc Maradan une équitable indemnité de partie réduite de CHF 4'681.60, dont CHF 334.70 de TVA, à charge du Syndicat et de l'Etat à raison de CHF 2'340.80 chacun. VII. Dans la cause 603 2019 182, il est alloué à Me Véronique Aeby une équitable indemnité de partie réduite de CHF 700.05, dont CHF 50.05 de TVA, à charge de l'Etat et de l'Association par CHF 350.- chacun. VIII. Dans la cause 603 2019 185, il est alloué à Me Véronique Aeby une équitable indemnité de partie réduite de CHF 398.25, dont CHF 28.45 de TVA, à charge de l'Etat et de la Ville de Fribourg, à raison de CHF 199.15 chacun. IX. Notification. Cette décision peut faire l'objet d'un recours auprès du Tribunal fédéral, à Lausanne, dans les 30 jours dès sa notification. La fixation du montant de l'indemnité de partie peut, dans un délai de 30 jours, faire l'objet d'une réclamation auprès de l'autorité qui a statué, lorsque seule cette partie de la décision est contestée (art. 148 CPJA). Fribourg, le 24 juillet 2020/ape La Présidente : La Greffière-stagiaire :

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.