

# **VS\_GERICHTE A1 22 121 vom 24. März 2023**

VS Kantonsgericht, 2023-03-24, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vs\\_gerichte\\_A1 22 121](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vs_gerichte_A1_22_121)

FR: VS\_GERICHTE A1 22 121 du 24 mars 2023

IT: VS\_GERICHTE A1 22 121 del 24 marzo 2023

## **Regeste**

A1 22 121 ARRÊT DU 24 MARS 2023 Tribunal cantonal du Valais Cour de droit public  
Composition : Christophe Joris, président ; Jean-Bernard Fournier, Thomas Brunner, juges ;  
Frédéric Fellay, greffier, en la cause X \_\_\_\_\_, A \_\_\_\_\_, recourante, représentée  
par Maître Nicolas Rivard, avocat, 1951 Sion contre CONSEIL D'ÉTAT DU VALAIS,  
1951 Sion, autorité attaquée, COMMUNE DE A \_\_\_\_\_, A \_\_\_\_\_, autre autorité  
(police du commerce) recours de droit administratif contre la décision du 8 juin 2022

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Le recours est recevable (art. 72, 78 let. a, 80 al. 1 let. a-c, 44 al. 1 let. a, 46 et 48 de la loi du 6 octobre 1976 sur la procédure et la juridiction administratives [LPJA; RS/VS 172.6]).

### **E. 1.2**

La demande implicite de la recourante tendant à suspendre la cause dans l'attente de la révision de la LOM ne répond pas à des considérations relevant de l'économie de procédure, ainsi qu'elle l'affirme, mais revêt un caractère purement dilatoire. Cette requête ne peut pas être admise au regard des exigences de célérité découlant de l'art. 29 al. 1 de la Constitution fédérale du 18 avril 1999 (Cst. ; RS 101) et du principe de la légalité (art. 5 al. 1 Cst.). Au surplus, l'on rappellera qu'un effet anticipé positif – à savoir l'application du droit futur qui n'est pas encore en vigueur en lieu et place du droit actuel – est en principe inadmissible (cf. ATF 136 I 142 consid. 3.2).

### **E. 2**

Le Conseil d'Etat a déposé son dossier, comme le demandait la recourante. Pour le reste, cette dernière n'explique pas, compte tenu du fait que la cause est à trancher d'après le droit en vigueur, inchangé à ce jour, ce qu'elle entend sinon tirer de la révision en cours de la LOM. L'on ne voit dès lors pas en quoi les documents de session du parlement pourraient être utiles à la résolution du litige. Quoi qu'il en soit, ils sont librement accessibles sur le site internet de cet organe (<https://parlement.vs.ch/app/fr/home>). La requête tendant à l'édition de l'ordre du jour des séances du Grand Conseil apparaît ainsi sans objet, respectivement satisfaite.

### **E. 3**

Dans un premier grief, la recourante reproche au Conseil d'Etat d'avoir indûment refusé de mettre l'épicerie au bénéfice de la dérogation prévue par l'art. 8 LOM.

#### **E. 3.1**

La LOM s'applique à tout magasin, notion s'entendant de « tout local ou installation accessible au public et utilisé d'une manière permanente ou occasionnelle pour la vente, la location et la prise de commandes de marchandises de toute nature » (art. 1 al. 1 LOM). La recourante ne conteste pas, à juste titre, que l'épicerie tombe sous le coup de cette définition et entre dans le champ d'application de la LOM. Les art. 3 et 4 LOM, qui figurent parmi les dispositions générales regroupées sous le chapitre 1er de la loi, définissent le cadre horaire hebdomadaire d'ouverture des magasins, respectivement prescrivent leur fermeture le dimanche et les jours fériés.

- 6 - L'art. 5 LOM réserve les dispositions de la législation fédérale, notamment de la loi fédérale du 13 mars 1964 sur le travail (LTr ; RS 822.11). Le chapitre 2 de la LOM institue plusieurs dérogations à ces règles générales. Les autorités précédentes ont en l'espèce imposé à la recourante de respecter les horaires d'ouverture applicables aux « entreprises familiales et magasins d'alimentation » (art. 9 LOM). Selon cette norme, les magasins considérés comme entreprises familiales selon l'article 4 LTr et les magasins d'alimentation jusqu'à 100 mètres carrés de surface de vente peuvent être ouverts jusqu'à 20 heures du lundi au samedi, jusqu'à 21 heures le soir d'ouverture prolongée décidée par la commune et jusqu'à 12 heures les dimanches et jours fériés.

### **E. 3.2**

La recourante se réclame d'une autre dérogation, à savoir celle prévue par l'art. 8 LOM. Intitulée « Ouverture permanente », cette disposition prévoit que « la fourniture de prestations au moyen d'appareils automatiques n'est pas limitée dans le temps sous réserve d'un règlement communal réglant ce genre d'activités » (al. 1) et de dispositions du droit fédéral (al. 2). Selon la recourante, ce régime viserait tous les types de service de vente automatique et pas seulement les machines de type « Selecta » en libre accès, pour lesquelles la question d'une ouverture ne se posait pas. L'interprétation de l'art. 8 LOM, à la faveur des différentes méthodes usuelles, amenait à cette conclusion. La recourante relève en particulier que, lors des débats, le refus initialement prévu d'étendre l'ouverture permanente aux stations de lavage avait été supprimé. Cette décision témoignait, selon elle, d'une volonté d'interpréter très largement l'exception aménagée par l'art. 8 LOM. Dans ce contexte, la recourante prétend que l'épicerie ne diffère guère d'une station de lavage, car l'ensemble du processus est automatisé. Ainsi, les magasins sans personnel, qui n'existaient pas lorsque la LOM avait été adoptée, devaient être mis au bénéfice de la dérogation de l'art. 8 LOM.

### **E. 3.3**

Cette argumentation laisse intacts les motifs principaux pour lesquels le Conseil d'Etat a retenu que l'épicerie ne constituait pas un appareil automatique au sens de l'art. 8 LOM, à savoir que la recourante emploie du personnel et effectue de la vente directe tous les mardis et vendredis de 9h30 à 11h30 (p. 3 de la décision attaquée, 3e §). La recourante ne se plaint pas, à cet égard, d'une constatation incomplète ou inexacte des faits (art. 78 let. a LPJA) et n'entreprend ainsi pas de contester le bien-fondé des conséquences juridiques que l'autorité précédente a tirées de ce constat. Certes, elle affirme ceans (allégués 5 et 6), comme elle l'avait fait dans ses écritures précédentes, qu'elle « n'emploie pas de personnel à l'exception des mardis et vendredis de 9h30 à 11h30 », en précisant que la personne qui se rend sur place le fait « afin notamment

- 7 - d'aider les clients à installer l'application et [d'] expliquer le fonctionnement ». Toujours est-il que, selon les informations figurant sur le site internet de l'épicerie (dossier du CE, p. 15), elle propose non seulement un service d'accueil, mais également de la « vente directe » à raison de deux jours par semaine entre 9h30 et 11h30. Cela étant, le Conseil d'Etat a valablement rappelé, en se référant au message du 29 août 2001 relatif à la LOM (cf. Bulletin des séances du Grand Conseil [BSGC], session de novembre 2001, p. 894), que cette législation poursuivait avant tout des buts de police visant à assurer l'ordre, la sécurité et la tranquillité publique. Aussi, d'un point de vue téléologique, l'on ne saurait reprocher à l'autorité précédente d'avoir jugé que l'absence de personnel à plein temps ne dispensait pas la recourante de se conformer aux horaires d'ouverture applicables aux magasins visés par l'art. 9 LOM, respectivement d'avoir refusé de mettre l'épicerie, qui est située au centre du village de C \_\_\_\_\_, au bénéfice d'une ouverture permanente sur la base de l'art. 8 LOM.

### **E. 3.4**

Dans une motivation indépendante, le Conseil d'Etat a par ailleurs retenu que l'automatisation se limitait ici au paiement, de sorte qu'il ne s'agissait pas, dans le cas de l'épicerie, d'une « fourniture de prestations au moyen d'appareils automatiques » au sens de l'art. 8 LOM. Cette appréciation résiste à l'examen. Selon son texte clair – la loi s'interprète en premier lieu selon sa lettre (ATF 147 V 35 consid. 7.1) –, l'art. 8 LOM a pour objet la « fourniture de prestations au moyen d'appareils automatiques ». Or, comme le relève la commune dans sa réponse et ainsi qu'il ressort des explications de la recourante (allégués 6 et 7 du mémoire), si une application mobile est, certes, nécessaire pour profiter des services de l'épicerie en dehors des heures de présence susvisées, il reste que la clientèle doit pénétrer dans le local, se servir des différents produits en libre-service puis s'acquitter du prix des achats. Force est donc de constater que la fourniture des prestations ne s'effectue pas exclusivement au moyen d'un appareil automatique. L'on ne voit pas, dans ce contexte, que les travaux législatifs permettraient de conférer une portée différente, couvrant le cas de l'épicerie, à la notion de « fourniture de prestations au moyen d'appareils automatiques » visée par l'art. 8 LOM, comme l'affirme la recourante. Le Message du 29 août 2001 mentionne, en effet, le cas des distributeurs (de films vidéo, de pain et d'autres denrées alimentaires) et celui des stations-service (BSGC, session de novembre 2011, p. 897). Or, comme on l'a vu, la recourante exploite un local commercial et ne se présente donc pas sous la forme d'un appareil automatique ou d'un distributeur. L'épicerie, qui vend des denrées alimentaires et des produits de première

- 8 - nécessité dans un local commercial, ne peut non plus pas être valablement comparée à une station de lavage.

### **E. 3.5**

Il résulte de ce qui précède que le Conseil d'Etat n'a pas violé le droit en jugeant que l'art. 8 LOM ne pouvait pas être appliqué à l'épicerie. Le grief correspondant de la recourante doit dès lors être rejeté.

### **E. 4**

Dans un deuxième moyen, la recourante argue d'une violation de la liberté économique. Elle soutient que les restrictions d'horaires qui lui sont imposées ne reposent sur une aucune base légale et ne répondent à aucun intérêt public. Elle fait valoir à ce propos que l'ouverture permanente des magasins sans personnel ne perturbait pas l'ordre public et ne

contrevenait ni à la protection des travailleurs ni à un droit fondamental d'autrui. L'offre proposée répondait à un nouveau mode de consommation de la population et donc à un intérêt public, ce d'autant plus qu'elle permettait d'éviter les déplacements inutiles et donc de protéger l'environnement. L'intérêt de ce type de commerce avait d'ailleurs été reconnu par le DEF lui-même et par d'autres cantons qui, à l'instar de celui de Vaud, autorisaient leur ouverture permanente.

#### **E. 4.1**

L'art. 27 Cst. garantit la liberté économique (al. 1), qui comprend notamment le libre choix de la profession, le libre accès à une activité économique lucrative privée et son libre exercice (al. 2). Cette liberté protège toute activité économique privée, exercée à titre professionnel et tendant à la production d'un gain ou d'un revenu (ATF 143 II 598 consid. 5). Des restrictions à la liberté économique sont admissibles, mais elles doivent reposer sur une base légale, être justifiées par un intérêt public prépondérant et respecter le principe de proportionnalité (cf. art. 36 al. 1 à 3 Cst.).

#### **E. 4.2**

En l'espèce, la recourante ne peut pas, comme on l'a vu, bénéficier d'une ouverture permanente, l'art. 8 LOM réservant cette possibilité aux appareils automatiques. L'épicerie n'en est pas un et tombe ainsi sous le coup du régime applicable aux magasins visés par l'art. 9 LOM. Partant, les horaires que les autorités précédentes ont ordonné à la recourante de respecter reposent sur une base légale. Ces restrictions sont également justifiées par un intérêt public. Selon la jurisprudence, les horaires d'ouverture et de fermeture poursuivent, en effet, un but d'intérêt public, à savoir la tranquillité publique (p. ex. arrêt du Tribunal fédéral 2C\_881/2013 du 13 février 2014 consid. 4.6 ; A1 17 16 du 2 juin 2017 consid. 2.3), ce que le Message relatif à la LOM souligne expressément, comme on l'a vu (supra consid. 3.3). Aussi, en tant qu'elle oblige l'épicerie à respecter les horaires de fermeture fixés par l'art. 9 LOM, il y a lieu de considérer que la décision communale confirmée par le Conseil d'Etat répond à un intérêt public (dans ce sens,

- 9 - cf. arrêt du Tribunal fédéral 2C\_464/2017 du 17 septembre 2018 consid. 4.4). Cela est d'autant moins contestable que le local litigieux se situe, comme l'indique la commune dans sa réponse, plan à l'appui (dossier du TC, p. 51), au cœur du village de C \_\_\_\_\_. Peu importe, enfin, que d'autres cantons autorisent prétendument ce type de magasins à ouvrir de façon permanente. Comme l'a relevé le Conseil d'Etat, le fait que les cantons édictent des réglementations différentes dans le même domaine est un corollaire de la structure fédéraliste de la Suisse (cf. ATF 125 I 173 consid. 6d). Le grief pris d'une violation de l'art. 27 Cst. se révèle ainsi mal fondé.

#### **E. 5**

A l'appui de sa conclusion subsidiaire, la recourante argue finalement d'une violation de l'égalité de traitement entre concurrents. Elle prétend que l'épicerie devrait, à tout le moins, entrer dans le champ d'application de l'art. 10 LOM et bénéficier, par analogie, des horaires d'ouverture étendus applicables aux stations-service avec magasin. Elle soutient que certaines d'entre elles se trouvaient, en effet, dans le même rayon géographique que l'épicerie et fournissaient les mêmes marchandises. Tel était plus particulièrement le cas de la station-service « F \_\_\_\_\_ », située à la route de G \_\_\_\_\_, à H \_\_\_\_\_, aux abords d'une route cantonale, comme l'épicerie.

### **E. 5.1**

L'art. 10 LOM s'applique, conformément à son intitulé, à des « groupes particuliers de magasins ». Il prévoit que ceux-ci peuvent être ouverts jusqu'à 22h00 au plus tard toute la semaine ainsi que les dimanches et les jours fériés. Ceci concerne notamment « les magasins d'alimentation dans les stations-services dont la surface de vente ne dépasse pas 100 mètres carrés » (let. c de l'art. 10 LOM).

### **E. 5.2**

La liberté économique comprend le principe de l'égalité de traitement entre personnes appartenant à la même branche économique. Selon ce principe, déduit de l'art. 27 Cst. et de l'art. 94 Cst., relatif aux principes de l'ordre économique, sont prohibées les mesures étatiques qui ne sont pas neutres sur le plan de la concurrence entre les personnes exerçant la même activité économique (ATF 143 II 598 consid. 5.1). Selon la jurisprudence, on entend par concurrents directs les membres de la même branche économique qui s'adressent avec les mêmes offres au même public pour satisfaire les mêmes besoins (ibidem). Ces quatre critères sont liés et doivent tous être réunis pour que l'art. 27 Cst. s'applique. L'égalité de traitement entre concurrents directs n'est donc pas absolue et autorise des différences, à condition que celles-ci reposent sur une base légale, qu'elles répondent à des critères objectifs, soient proportionnées et résultent du système lui-même ; il est seulement exigé que les inégalités ainsi instaurées

- 10 - soient réduites au minimum nécessaire pour atteindre le but d'intérêt public poursuivi (ibidem).

### **E. 5.3**

Dans un arrêt du 25 juillet 2000 (2P.84/2000), le Tribunal fédéral a jugé que les propriétaires de magasins d'alimentation et de stations-service avec magasin n'étaient pas dans un rapport de concurrence directe. Une station-service se destinait en priorité à la vente de carburant aux conducteurs de véhicules à moteur et non pas à l'approvisionnement général de la population en denrées alimentaires. En outre, même si la vente d'aliments constituait une activité non négligeable des stations-service « modernes », le fait que ces dernières offrent en partie les mêmes prestations que des magasins d'alimentation ne suffisait pas encore à les placer dans un rapport de concurrence directe dans la mesure où ces deux types de commerces ne relèvent pas du même secteur économique pour leur activité principale (consid. 6c et la référence, notamment, à l'ATF 120 Ia 236 consid. 2b). Dans un arrêt ultérieur (2P.278/2004 du 4 avril 2004), le Tribunal fédéral s'est demandé si cette affirmation ne devait pas être nuancée, dans la mesure où le développement des magasins annexes aux stations-service était tel qu'il n'était pas certain que ces activités puissent être considérées comme marginales, mêmes si elles étaient le plus souvent liées à la vente carburant. Il a toutefois laissé la question ouverte, car il existait des facteurs objectifs justifiant la différence de traitement litigieuse, liée à la vente d'alcool. Le Tribunal fédéral a relevé que, généralement situées sur des axes routiers à grand trafic (souvent en dehors des quartiers d'habitations), les stations-service étaient d'ordinaire fréquentées par des usagers de la route en déplacement ; elles étaient du reste conçues pour être facilement accessibles avec des véhicules, grâce à des règles de circulation particulières permettant de sortir aisément de la voie publique et de s'y réinsérer en dépit des difficultés que cela peut générer pour le trafic. Compte tenu du risque que pouvait comporter la consommation d'alcool pour les conducteurs, la vente de boissons alcooliques à de tels points de vente était

particulièrement inadéquate. Les épiceries de quartier se trouvaient par contre dans une situation différente et visaient en bonne partie une autre clientèle. Elles ne présentaient en général pas les mêmes facilités d'accès pour les véhicules et étaient plutôt fréquentées par des gens du quartier, s'y rendant souvent à pied. Le risque potentiel d'une consommation excessive d'alcool par des conducteurs n'était donc pas le même.

#### **E. 5.4**

De manière générale, il ressort des travaux législatifs de la LOM (cf. BSGC, session de mars 2002, p. 117) que le législateur a également tenu compte, lorsqu'il a fixé les horaires d'ouverture, des différences relevées en jurisprudence entre magasins

- 11 - d'alimentation et magasins annexes aux stations-service. Dans le cas particulier, la situation mise en évidence par la recourante ne permet pas de conclure à un rapport de concurrence directe entre l'épicerie et la station-service « F \_\_\_\_\_ ». L'épicerie se trouve, en effet, au centre de C \_\_\_\_\_, village lui-même sis à l'extrémité ouest du coteau sur lequel s'étend la commune de A \_\_\_\_\_. Ce magasin est, certes, en bordure d'une route cantonale (VS xx1), mais il s'agit d'une route secondaire de montagne. Celle-ci mène au E \_\_\_\_\_ et ne souffre donc pas la comparaison, tant sous l'angle de sa fréquentation (TJM de 1500 vhc/j selon la carte de charge de trafic) que de ses usagers, à celle qui jouxte la station-service susmentionnée. Celle-ci est implantée, en effet, sur une route cantonale principale de montagne (VS xx2) reliant K \_\_\_\_\_, H \_\_\_\_\_, I \_\_\_\_\_ et permettant également de rejoindre la station touristique de J \_\_\_\_\_. La station-service « F \_\_\_\_\_ » se trouve ainsi sur un axe de transit fréquenté (TJM de 11'500 vhc/j d'après la carte de charge de trafic). Ces circonstances permettent de retenir que l'épicerie vise en bonne partie une autre clientèle, plutôt locale, que celle de la station-service « F \_\_\_\_\_ », plutôt constituée d'usagers de la route en déplacement. Plaide en ce sens le fait qu'une application mobile spécifique est nécessaire pour pouvoir fréquenter l'épicerie en-dehors des heures de présence du personnel.

#### **E. 5.5**

Sans s'arrêter sur le fait que la discrimination alléguée se réduit, ici, aux seuls dimanches après-midi puisque, selon les informations fournies par la recourante elle-même (annexe 6 à son mémoire), la station-service « F \_\_\_\_\_ » ferme à 20h00 toute la semaine, l'on ne saurait de toute manière retenir que des horaires d'ouverture différenciés en semaine également pourraient consacrer, dans le cas précis, une violation de l'égalité de traitement entre personnes appartenant à la même branche économique. L'analyse menée ci-dessus au regard de la situation dénoncée par la recourante ne permet pas de considérer qu'il s'imposerait absolument, sous l'angle des art. 27 Cst. et 94 Cst., de mettre l'épicerie au bénéfice des horaires plus étendus de l'art.

#### **E. 10**

LOM pour des motifs d'égalité de traitement. C'est en définitive au législateur de décider d'une éventuelle adaptation du droit dans ce sens, si telle est sa volonté, notamment pour les motifs évoqués par le chef du DEF dans sa lettre du 22 décembre 2021. Pour le reste, la recourante n'entreprend aucunement de motiver sa critique eu égard aux deux autres stations-service visées dans d'autres plans annexés au mémoire. L'on ne s'y attardera donc pas sinon pour observer que toutes deux se situent en ville de K \_\_\_\_\_ et en bordure de routes cantonales principales autrement fréquentées (xxx [TJM 15'500 vhc/j] ; respectivement xxx [TJM 25'300 vhc/j]

- 12 - et xxx [TJM 11'400 vhc/j]) que celle jouxtant l'épicerie. Le raisonnement mené à l'égard de la station-service « F \_\_\_\_\_ » leur est donc transposable. 6. 6.1 Les considérants qui précèdent conduisent au rejet du recours (art. 80 al. 1 let. e et 60 al. 1 LPJA). 6.2 Les frais de justice, fixés à 1500 fr. eu égard notamment aux principes de couverture des frais et de l'équivalence des prestations, sont mis à la charge de la recourante, qui succombe (art. 89 al. 1 LPJA ; art. 3 al. 3, 11, 13 al. 1 et 25 de la loi du 11 février 2009 fixant le tarif des frais et dépens devant les autorités judiciaires ou administratives [LTar ; RS/VS 173.8]). La recourante n'a pas droit à des dépens (art. 91 al. 1 a contrario LPJA). Il n'est pas non plus alloué de dépens à la commune de A \_\_\_\_\_, qui n'est pas représentée par un avocat et qui n'a, au demeurant, pas invoqué de circonstances particulières justifiant de déroger à la règle refusant les dépens aux autorités et organismes chargés de tâches de droit public qui obtiennent gain de cause (art. 91 al. 3 LPJA ; RVJ 1992 p. 75).

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