

# **NE\_GERICHTE TA.2003.239 vom 26. Januar 2005**

NE Tribunal cantonal, 2005-01-26, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ne\\_gerichte\\_TA.2003.239](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ne_gerichte_TA.2003.239)

FR: NE\_GERICHTE TA.2003.239 du 26 janvier 2005

IT: NE\_GERICHTE TA.2003.239 del 26 gennaio 2005

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Interjeté en temps utile et dans les formes légales, le recours est recevable.

### **E. 2**

Aux termes de l'article 11 LPJA, applicable par renvoi de l'article 23 de la loi sur l'organisation du Conseil d'Etat et de l'administration cantonale (LCE), les personnes appelées à rendre ou à préparer la décision doivent se récuser si elles ont un intérêt personnel dans l'affaire (litt.a), si elles sont parentes ou alliées d'une partie en ligne directe, ou jusqu'au troisième degré en ligne collatérale, ou si elles lui sont unies par mariage ou fiançailles (litt.b), si elles représentent une partie ou ont agi dans la même affaire pour une partie (litt.c), si, pour d'autres raisons, elles peuvent avoir une opinion préconçue sur l'affaire (litt.d). Selon l'article 12 LPJA, les parties peuvent demander la récusation des personnes appelées à rendre ou à préparer une décision si les conditions de l'article 11 sont réalisées. La demande de récusation doit être présentée sans délai à l'autorité de décision. Le Tribunal administratif connaît de la récusation de ses membres. La récusation est instruite et jugée selon les règles du code de procédure civile. Les recourants estiment, dans un premier moyen, que le Conseiller d'Etat, chef du Département de l'économie publique, Bernard Soguel, aurait dû se récuser. Ils lui reprochent d'avoir violé le secret de fonction en révélant au groupe socialiste du Grand Conseil que l'établissement engageait du personnel au noir, faits à la base du recours précisément déposé auprès de son département et que, de ce fait, il avait une idée préconçue de l'affaire. Il appert des pièces du dossier qu'aucune des hypothèses visées à l'article 11 al.1 litt.a à c LPJA n'entre en ligne de compte. Reste donc à examiner s'il y avait matière à récusation au sens de la clause générale (art.11 al.1 litt.d) qu'invoquent d'ailleurs expressément les recourants. La jurisprudence cantonale reprend sur cette question les principes dégagés par le Tribunal fédéral (v. Schaer , op.cit., p.72 s, ad art.11). Pour que l'impartialité d'une personne appelée à rendre ou à préparer une décision soit suspecte, il ne suffit pas qu'il existe dans l'esprit d'une partie un sentiment de méfiance, il faut encore que ce sentiment repose sur des raisons objectives (ATF 128 V 84 cons.2a, 119 V 456 cons.5b, 97 I 91 cons.2; JAAC 1997 no 33, cons.6.2). Doctrine et jurisprudence insistent sur la nécessité d'une justification objective( Poudret , Commentaire de la loi fédérale d'organisation judiciaire, vol.I , Berne 1990, ad art.23, p.123 et références). La récusation de membres des autorités supérieures du pouvoir exécutif doit être examinée en tenant compte de la mission et de l'organisation desdites autorités. Celles-ci assument avant tout des tâches de gouvernement, de direction et de gestion; à la différence des commissions de recours, elles ne sont qu'occasionnellement impliquées dans des procédures juridiques ouvertes à l'égard ou sur requête de particuliers. Leurs tâches impliquent le cumul de fonctions diverses, qui ne pourraient pas être séparées sans atteinte à l'efficacité de la gestion et à la légitimité démocratique et politique des décisions correspondantes (ATF 125

I 123 cons.3d et les références citées). A la différence des articles 6 par.1 CEDH et de l'ancien article 58 Cst., respectivement 30 Cst., l'ancien article 4 Cst., aujourd'hui le nouvel article 29 Cst., n'impose pas l'indépendance et l'impartialité comme maxime d'organisation d'autorités gouvernementales, administratives ou de gestion. Au contraire, la répartition des fonctions et l'organisation choisies par le législateur compétent font partie des critères dont il importe de tenir compte pour apprécier si les membres de l'autorité satisfont, dans un cas concret, à la garantie d'impartialité. Les fonctions légalement attribuées à l'autorité doivent être prises en considération, en particulier pour apprécier la portée de déclarations ou prises de position antérieures dans l'affaire. En règle générale, les prises de position qui s'inscrivent dans l'exercice normal de fonctions gouvernementales, administratives ou de gestion, ou dans les attributions normales de l'autorité partie à la procédure, ne permettent pas de conclure à l'apparence de la partialité et elles ne sauraient donc justifier une récusation. A cet égard, une appréciation spécifique est nécessaire dans chaque situation particulière. L'ancien article 4 Cst., soit le nouvel article 29 Cst., n'offre donc pas, dans ce contexte, une garantie équivalente à celle des articles 6 par.1 CEDH et 58 aCst. applicables aux tribunaux (ATF 125 I 125 cons.3f et les références citées; ATF non publié du 10.01.2002 rendu dans la cause C. [1P.506/2001] cons.5.2). Le motif de la récusation doit être invoqué dès que possible, soit en principe dès le début des débats, mais au plus tard dès que le plaideur a connaissance de l'identité des membres composant l'autorité, à défaut de quoi il est réputé avoir tacitement renoncé à s'en prévaloir (ATF non publié du 23.05.2002 rendu dans la cause L. [I 724/01]; ATF 119 Ia 228, 118 Ia 284 cons.3a, 116 Ia 138 cons.2d, 115 V 362 cons.4b; Egli/Kurz, La garantie du juge indépendant et impartial dans la jurisprudence récente, in RJN 1990, p.28). En particulier, il est contraire à la bonne foi d'attendre l'issue d'une procédure pour tirer ensuite argument, à l'occasion d'un recours, du motif de récusation, alors que celui-ci était déjà connu auparavant (ATF non publié du 23.05.2002 rendu dans la cause L. [I 724/01]; SVR 2001 BVG no 7 p.28 cons.1 non reproduit aux ATF 120 V 303 et les arrêts cités). Ces principes sont applicables par analogie à la récusation d'experts judiciaires ainsi qu'aux cas d'expertises ordonnées par l'administration (ATF non publié du 23.05.2002 rendu dans la cause L. [I 724/01] et les références citées). Il n'y a pas de raisons qu'il en aille autrement en cas de récusation d'un membre du gouvernement statuant dans le cadre ordinaire d'un recours administratif. Dans la présente affaire, si l'on peut regretter que le Conseiller d'Etat, chef du Département de l'économie publique, ait révélé des faits (vrais) dont il a eu connaissance par le biais de sa fonction, cela ne permet pas encore d'établir qu'il avait sur l'affaire une idée préconçue. On peut comprendre qu'il ait cherché à éviter de se trouver dans l'établissement auquel la patente venait d'être retirée et sur le recours duquel il était appelé à statuer. Cette précaution pouvait fort bien relever de l'exercice normal de la fonction gouvernementale de Conseiller d'Etat, lequel se doit de respecter les normes en vigueur; c'est en particulier valable pour le chef du Département de l'économie publique en matière d'autorisations de travail. En outre, d'après les propos relatés par les recourants eux-mêmes, le Conseiller d'Etat aurait déclaré qu'il n'était plus envisageable pour le groupe de continuer à se rendre dans cet établissement pour ses séances de travail mensuelles. On ne peut toutefois pas en conclure qu'il s'agit là d'une opinion déjà acquise sur l'issue à donner au litige. En effet, le fait de révéler que les recourants employaient du personnel non déclaré – ce qui est avéré – ne permet pas encore d'en tirer des conclusions sur les incidences de ces infractions sur un éventuel retrait de la patente. Surtout, le moyen tiré de l'apparence de prévention doit en tout état de cause être considéré comme tardif. Les recourants ont attendu le recours devant l'Instance de céans

pour se prévaloir d'un motif de récusation qu'ils connaissaient à tout le moins depuis la mi-mai 2003 (v. lettre du mandataire des recourants du 05.09.2003), soit avant le prononcé de la décision litigieuse. Dès lors qu'ils ont attendu la décision du département pour faire valoir ce moyen, ils ne peuvent se prévaloir de leur bonne foi devant l'Instance de céans.

### **E. 3**

a) Aux termes de l'article 50 LEP, la patente est retirée temporairement ou définitivement par l'autorité compétente notamment en cas d'infractions graves ou réitérées à la présente loi, à ses dispositions d'exécution ou aux autres prescriptions de droit public régissant l'activité du titulaire de la patente (al.1 litt.c). D'après l'article 52 al.3 LEP, les personnes auxquelles une patente a été définitivement retirée en application de l'article 50 al.1 litt.c à g ne peuvent en obtenir une nouvelle avant l'expiration d'un délai de cinq ans. b) Les cantons peuvent apporter à la liberté du commerce et de l'industrie des restrictions consistant notamment en des mesures de police justifiées par l'intérêt public; en particulier, celles-ci doivent tendre à sauvegarder la tranquillité, la sécurité, la santé ou la moralité publiques, à préserver d'un danger ou à l'écarter, ou encore à prévenir les atteintes à la bonne foi en affaires par des procédés déloyaux et propres à tromper le public (ATF non publié du 25.10.1995 rendu dans la cause C. [2P.227/1995] cons.3a; ATF 119 Ia 41 cons.4a, 118 Ia 175 cons.1, 116 Ia 355 cons.3a). Les restrictions ne peuvent toutefois être prises que dans le cadre de la compétence des cantons; elles doivent en outre reposer sur une base légale, être justifiées par un intérêt public prépondérant, respecter le principe de l'égalité et, selon le principe de la proportionnalité, se limiter à ce qui est nécessaire à la réalisation des buts d'intérêt public poursuivis (ATF non publié du 25.10.1995 rendu dans la cause C. [2P.227/1995] cons.3a ; ATF 121 I 129 cons.3b, 120 Ia 67 cons.2a, 299 cons.2c/cc). Le but de la LEP est effectivement bien de régler les conditions d'exploitation des établissements publics et l'organisation des danses publiques afin de garantir la qualité des prestations offertes dans les limites nécessaires à la préservation de la tranquillité, de la sécurité, de la santé et de la moralité publiques (art.1 LEP). Le Tribunal administratif ne dispose d'un plein pouvoir d'examen – ou plus précisément d'intervention – que lorsque l'inopportunité d'une décision peut être invoquée devant lui (art.33 litt.d LPJA; RJN 1995, p.255 cons.3b). Or, la LEP ne prévoit pas une telle possibilité, de sorte que la Cour de céans examinera uniquement si l'autorité inférieure a abusé de son pouvoir d'appréciation ou l'a excédé (art.33 litt.1 LPJA; RJN 1995, p.261 cons.3d; v. RJN 1997, p.318). c) Les recourants soutiennent, dans un premier moyen, que la violation des règles de police des étrangers ne peuvent pas justifier le retrait d'une patente. L'on ne saurait les suivre dans leur argumentation. Les normes régissant les autorisations de travail ou de séjour des étrangers sont des prescriptions de droit public, ce qui n'est pas contesté. Il n'y a toutefois aucune raison que ces prescriptions ne s'appliquent pas aux restaurateurs et hôteliers, qui doivent bien plus s'y conformer en leur qualité d'employeur. Les dispositions du droit des étrangers ont un champ d'application général qui ne concerne pas spécialement les restaurateurs, comme le soulignent les recourants eux-mêmes, mais qui s'appliquent néanmoins à eux et c'est ce qui est déterminant. L'expression légale "autres prescriptions de droit public régissant l'activité du titulaire de la patente" vise manifestement ce genre de prescriptions-là. En effet, s'il fallait interpréter la LEP comme le soutiennent les recourants, cela reviendrait à dire que les prescriptions "régissant l'activité du titulaire de la patente" se limiteraient à la loi et à ses dispositions d'exécution. En outre et surtout, cette interprétation rendrait parfaitement inutile la fin de la phrase citée ci-dessus et irait à l'encontre de la volonté ainsi manifestée du législateur. La lecture que fait de l'article 50 al. 1 litt.c LEP

l'autorité inférieure est en outre conforme au but que la loi vise, à savoir de faire régner la moralité et la sécurité publiques notamment, dont l'interdiction du travail au noir. Le travail au noir, que l'on peut notamment définir comme une activité salariée ou indépendante exercée en violation des prescriptions légales, en particulier par l'emploi clandestin de travailleurs étrangers en violation des dispositions du droit des étrangers ne représente en effet pas un délit négligeable. Il engendre des pertes de recettes pour l'administration fiscale et les assurances sociales et entraîne des distorsions de la concurrence et de la péréquation financière. Il représente une menace pour la protection des travailleurs (conditions de travail, dumping salarial). Il constitue un impôt sur l'honnêteté, car les recettes fiscales doivent être financées par une partie toujours plus réduite de la population et, par conséquent, ceux qui respectent les règles fiscales et sociales paient pour ceux qui fraudent. Le travail au noir est un facteur de désorganisation qui peut affecter la crédibilité de l'autorité publique aux yeux des contribuables et alimenter la méfiance générale à l'égard des institutions et du cadre réglementaire de l'économie formelle. Il est source d'incertitude et de perte d'efficacité dans les échanges économiques et a une influence préjudiciable sur les performances macro-économiques d'un pays. Il s'avère donc que le travail au noir doit être combattu pour des raisons à la fois économiques, juridiques et éthiques (v. Message du Conseil fédéral du 16.01.2002 concernant la loi fédérale contre le travail au noir, p.5). Enfin, le fait que les prescriptions en question prévoient également des mesures de rétorsion lors de manquements ne fait pas échec à une telle interprétation. On doit dès lors admettre que les recourants ont bel et bien commis des infractions à des prescriptions de droit public régissant l'activité du titulaire de la patente. Il ressort du dossier que les recourants ont subi un avertissement pour les mêmes faits en date du 5 juillet 2002 suite à un contrôle au courant du mois de mars 2002, soit moins de trois mois avant le second contrôle du 30 septembre 2002. Ils ont ainsi agi contrairement aux prescriptions légales à réitérées reprises, qui plus est dans un court laps de temps, ce qui suffit à justifier un retrait de la patente, sans qu'il soit au demeurant encore nécessaire de trancher la question de savoir si ces infractions doivent être tenues pour graves. d) Reste encore à examiner si la mesure en question respecte les principes d'intérêt public, de proportionnalité et d'égalité de traitement. Le Tribunal administratif, dans un arrêt rendu en vertu de l'article 50 LEP, a admis dans son principe la possibilité de notifier un deuxième avertissement (RJN 1995 cons.4, p.262). Cela n'apparaît pas contraire à la volonté du législateur (v. rapport du Conseil d'Etat du 26.06.1961, in BGC 1961-1962, no 127, p.72, 88 et de la commission établissements publics du 22.06.1992 in BGC 1992 no 158 I, p.317). Cette interprétation moins restrictive permet en outre de satisfaire au principe de la proportionnalité qui doit présider à de tels actes (v. dans ce sens, Moor, op.cit., no 1.4.3.2, p.121). Il est donc tout à fait admissible de soutenir qu'un deuxième avertissement peut être notifié en application de l'article 50 al.2 LEP à un titulaire de patente qui commet une nouvelle infraction de peu de gravité. Mais il faut à tout le moins que l'on puisse raisonnablement penser que cela détournera effectivement l'administré de la commission d'autres infractions. Tel ne sera toutefois pas le cas si, peu de temps après un avertissement, le titulaire de la patente commet une nouvelle infraction. En l'espèce, le retrait a été précédé d'un avertissement moins de trois mois avant la constatation de la commission de nouvelles infractions, cela sans parler des infractions antérieures identiques commises à un autre titre par le recourant mais pour le même établissement. On doit admettre que, dans ces circonstances, un retrait était la seule mesure désormais propre à atteindre le but recherché, à savoir le respect du droit des étrangers. La fermeture de l'établissement ne peut évidemment pas supprimer le travail au

noir dans la région. Cependant, tel n'est pas le but de l'autorité inférieure qui entend lutter avec ses armes contre ce problème en poursuivant et en surveillant ceux qui, comme les recourants, agissent contre les prescriptions de droit public dans ce domaine. En outre, alors qu'ils se plaignent d'une inégalité de traitement par rapport à d'autres établissements qui commettent les mêmes infractions, l'Instance de céans souligne qu'il ne saurait être question d'égalité dans l'illégalité (RJN 1997, p. 322 cons.3b, 1995, p.261 cons.3d). Les arguments invoqués ne démontrent au demeurant pas que l'administration resterait passive dans la région. Certes, elle a procédé à des contrôles très réguliers chez les recourants, à l'évidence en raison de leurs antécédents pour le moins négatifs à cet égard. La profession exercée par les recourants est de plus soumise à l'octroi d'une patente, comme garant de la santé et de la sécurité publiques. Ils s'estiment pénalisés par rapport à d'autres personnes ou entreprises qui ne se verraient jamais interdire l'exercice de leur profession pour des infractions identiques. S'ils cherchent à comparer leur situation, ils doivent le faire en référence à d'autres professions dont l'exercice est également soumis à autorisation et ne pas prendre en particulier pour exemple des entreprises actives dans le domaine de la vente. Leurs arguments à cet égard sont dès lors irrelevants. Le retrait repose de plus sur un intérêt public prépondérant puisqu'il vise à éviter que ne se reproduisent des actes contraires à la loi. S'agissant de la pesée des intérêts privés des recourants, il y a lieu de constater que, en tant que tel, le préjudice financier et commercial qu'ils pourraient subir du fait du retrait de la patente ne saurait prévaloir sur la moralité et la sécurité publiques. Toutefois, un retrait définitif de la patente, qui équivaut à la fermeture de l'établissement durant 5 années, apparaît malgré tout disproportionné eu égard aux infractions commises. L'Instance de céans est d'avis qu'il y a lieu de tenir compte en outre des lourdes conséquences liées à un retrait définitif. Entre l'avertissement et le retrait définitif, la loi prévoit en outre le retrait temporaire de la patente, également en application de la lettre c, contrairement à ce que soutient l'autorité inférieure. Son interprétation restrictive va tout d'abord à l'encontre de la lettre de la loi elle-même qui n'opère à cet égard strictement aucune distinction entre les diverses hypothèses qui justifient le prononcé d'un retrait de la patente. Ensuite, la possibilité de prononcer un retrait temporaire ou définitif autorise la prise en compte de toutes les circonstances de l'espèce et satisfait ainsi au principe de la proportionnalité qui doit présider à de telles actes (RJN 1995, p.259 cons.3a, 1997, p.321 cons.3b). Aussi, la Cour de céans estime-t-elle qu'un retrait temporaire d'une durée d'un an et demi est approprié à l'ensemble des circonstances de l'affaire et permet d'atteindre le but d'intérêt public visé. Il s'ensuit l'admission partielle du recours. Dans ces conditions, le dossier étant suffisamment étoffé pour permettre à l'Instance de céans de trancher, les mesures d'instruction requises par les recourants sont inutiles et doivent être refusées.

#### **E. 4**

Des frais restreints de procédure sont mis à la charge des recourants qui succombent partiellement (art.47 al.1 LPJA). Une allocation de dépens réduite leur est en outre allouée.

#### **E. 30**

Cst., l'ancien article 4 Cst., aujourd'hui le nouvel article 29 Cst., n'impose pas l'indépendance et l'impartialité comme maxime d'organisation d'autorités gouvernementales, administratives ou de gestion. Au contraire, la répartition des fonctions et l'organisation choisies par le législateur compétent font partie des critères dont il importe de tenir compte pour apprécier si les membres de l'autorité satisfont, dans un cas concret, à la garantie d'impartialité. Les fonctions légalement attribuées à l'autorité doivent être prises

en considération, en particulier pour apprécier la portée de déclarations ou prises de position antérieures dans l'affaire. En règle générale, les prises de position qui s'inscrivent dans l'exercice normal de fonctions gouvernementales, administratives ou de gestion, ou dans les attributions normales de l'autorité partie à la procédure, ne permettent pas de conclure à l'apparence de la partialité et elles ne sauraient donc justifier une récusation. A cet égard, une appréciation spécifique est nécessaire dans chaque situation particulière. L'ancien article 4 Cst., soit le nouvel article 29 Cst., n'offre donc pas, dans ce contexte, une garantie équivalente à celle des articles 6 par.1 CEDH et 58 aCst. applicables aux tribunaux (ATF 125 I 125 cons.3f et les références citées; ATF non publié du 10.01.2002 rendu dans la cause C. [1P.506/2001] cons.5.2).

Le motif de la récusation doit être invoqué dès que possible, soit en principe dès le début des débats, mais au plus tard dès que le plaideur a connaissance de l'identité des membres composant l'autorité, à défaut de quoi il est réputé avoir tacitement renoncé à s'en prévaloir (ATF non publié du 23.05.2002 rendu dans la cause L. [I 724/01]; ATF 119 Ia 228, 118 Ia 284 cons.3a, 116 Ia 138 cons.2d, 115 V 362 cons.4b; Egli/Kurz, La garantie du juge indépendant et impartial dans la jurisprudence récente, in RJN 1990, p.28). En particulier, il est contraire à la bonne foi d'attendre l'issue d'une procédure pour tirer ensuite argument, à l'occasion d'un recours, du motif de récusation, alors que celui-ci était déjà connu auparavant (ATF non publié du 23.05.2002 rendu dans la cause L. [I 724/01]; SVR 2001 BVG no 7 p.28 cons.1 non reproduit aux ATF 120 V 303 et les arrêts cités). Ces principes sont applicables par analogie à la récusation d'experts judiciaires ainsi qu'aux cas d'expertises ordonnées par l'administration (ATF non publié du 23.05.2002 rendu dans la cause L. [I 724/01] et les références citées). Il n'y a pas de raisons qu'il en aille autrement en cas de récusation d'un membre du gouvernement statuant dans le cadre ordinaire d'un recours administratif.

Dans la présente affaire, si l'on peut regretter que le Conseiller d'Etat, chef du Département de l'économie publique, ait révélé des faits (vrais) dont il a eu connaissance par le biais de sa fonction, cela ne permet pas encore d'établir qu'il avait sur l'affaire une idée préconçue. On peut comprendre qu'il ait cherché à éviter de se trouver dans l'établissement auquel la patente venait d'être retirée et sur le recours duquel il était appelé à statuer. Cette précaution pouvait fort bien relever de l'exercice normal de la fonction gouvernementale de Conseiller d'Etat, lequel se doit de respecter les normes en vigueur; c'est en particulier valable pour le chef du Département de l'économie publique en matière d'autorisations de travail. En outre, d'après les propos relatés par les recourants eux-mêmes, le Conseiller d'Etat aurait déclaré qu'il n'était plus envisageable pour le groupe de continuer à se rendre dans cet établissement pour ses séances de travail mensuelles. On ne peut toutefois pas en conclure qu'il s'agit là d'une opinion déjà acquise sur l'issue à donner au litige. En effet, le fait de révéler que les recourants employaient du personnel non déclaré ■ ce qui est avéré ■ ne permet pas encore d'en tirer des conclusions sur les incidences de ces infractions sur un éventuel retrait de la patente. Surtout, le moyen tiré de l'apparence de prévention doit en tout état de cause être considéré comme tardif. Les recourants ont attendu le recours devant l'Instance de céans pour se prévaloir d'un motif de récusation qu'ils connaissaient à tout le moins depuis la mi-mai 2003 (v. lettre du mandataire des recourants du 05.09.2003), soit avant le prononcé de la décision litigieuse. Dès lors qu'ils ont attendu la décision du département pour faire valoir ce moyen, ils ne peuvent se prévaloir de leur bonne foi devant l'Instance de céans.

3.a) Aux termes de l'article 50 LEP, la patente est retirée temporairement ou définitivement par l'autorité compétente notamment en cas d'infractions graves ou réitérées à la présente loi, à ses dispositions d'exécution ou aux autres prescriptions de droit public régissant l'activité du titulaire de la patente (al.1 litt.c).

D'après l'article 52 al.3 LEP, les personnes auxquelles une patente a été définitivement retirée en application de l'article 50 al.1 litt.c à g ne peuvent en obtenir une nouvelle avant l'expiration d'un délai de cinq ans.

b) Les cantons peuvent apporter à la liberté du commerce et de l'industrie des restrictions consistant notamment en des mesures de police justifiées par l'intérêt public; en particulier, celles-ci doivent tendre à sauvegarder la tranquillité, la sécurité, la santé ou la moralité publiques, à préserver d'un danger ou à l'écartier, ou encore à prévenir les atteintes à la bonne foi en affaires par des procédés déloyaux et propres à tromper le public (ATF non publié du 25.10.1995 rendu dans la cause C. [2P.227/1995] cons.3a; ATF 119 Ia 41 cons.4a, 118 Ia 175 cons.1, 116 Ia 355 cons.3a). Les restrictions ne peuvent toutefois être prises que dans le cadre de la compétence des cantons; elles doivent en outre reposer sur une base légale, être justifiées par un intérêt public prépondérant, respecter le principe de l'égalité et, selon le principe de la proportionnalité, se limiter à ce qui est nécessaire à la réalisation des buts d'intérêt public poursuivis (ATF non publié du 25.10.1995 rendu dans la cause C. [2P.227/1995] cons.3a ; ATF 121 I 129 cons.3b, 120 Ia 67 cons.2a, 299 cons.2c/cc). Le but de la LEP est effectivement bien de régler les conditions d'exploitation des établissements publics et l'organisation des danses publiques afin de garantir la qualité des prestations offertes dans les limites nécessaires à la préservation de la tranquillité, de la sécurité, de la santé et de la moralité publiques (art.1 LEP).

Le Tribunal administratif ne dispose d'un plein pouvoir d'examen ■ ou plus précisément d'intervention ■ que lorsque l'inopportunité d'une décision peut être invoquée devant lui (art.33 litt.d LPJA; RJN 1995, p.255 cons.3b). Or, la LEP ne prévoit pas une telle possibilité, de sorte que la Cour de céans examinera uniquement si l'autorité inférieure a abusé de son pouvoir d'appréciation ou l'a excédé (art.33 litt.1 LPJA; RJN 1995, p.261 cons.3d; v. RJN 1997, p.318).

c) Les recourants soutiennent, dans un premier moyen, que la violation des règles de police des étrangers ne peuvent pas justifier le retrait d'une patente.

L'on ne saurait les suivre dans leur argumentation. Les normes régissant les autorisations de travail ou de séjour des étrangers sont des prescriptions de droit public, ce qui n'est pas contesté. Il n'y a toutefois aucune raison que ces prescriptions ne s'appliquent pas aux restaurateurs et hôteliers, qui doivent bien plus s'y conformer en leur qualité d'employeur. Les dispositions du droit des étrangers ont un champ d'application général qui ne concerne pas spécialement les restaurateurs, comme le soulignent les recourants eux-mêmes, mais qui s'appliquent néanmoins à eux et c'est ce qui est déterminant. L'expression légale "autres prescriptions de droit public régissant l'activité du titulaire de la patente" vise manifestement ce genre de prescriptions-là. En effet, s'il fallait interpréter la LEP comme le soutiennent les recourants, cela reviendrait à dire que les prescriptions "régissant l'activité du titulaire de la patente" se limiteraient à la loi et à ses dispositions d'exécution. En outre et surtout, cette interprétation rendrait parfaitement inutile la fin de la phrase citée ci-dessus et irait à l'encontre de la volonté ainsi manifestée du législateur. La lecture que fait de l'article 50 al. 1 litt.c LEP l'autorité inférieure est en outre conforme au but que la loi vise, à savoir

de faire régner la moralité et la sécurité publiques notamment, dont l'interdiction du travail au noir.

Le travail au noir, que l'on peut notamment définir comme une activité salariée ou indépendante exercée en violation des prescriptions légales, en particulier par l'emploi clandestin de travailleurs étrangers en violation des dispositions du droit des étrangers ne représente en effet pas un délit négligeable. Il engendre des pertes de recettes pour l'administration fiscale et les assurances sociales et entraîne des distorsions de la concurrence et de la péréquation financière. Il représente une menace pour la protection des travailleurs (conditions de travail, dumping salarial). Il constitue un impôt sur l'honnêteté, car les recettes fiscales doivent être financées par une partie toujours plus réduite de la population et, par conséquent, ceux qui respectent les règles fiscales et sociales paient pour ceux qui fraudent. Le travail au noir est un facteur de désorganisation qui peut affecter la crédibilité de l'autorité publique aux yeux des contribuables et alimenter la méfiance générale à l'égard des institutions et du cadre réglementaire de l'économie formelle. Il est source d'incertitude et de perte d'efficacité dans les échanges économiques et a une influence préjudiciable sur les performances macro-économiques d'un pays. Il s'avère donc que le travail au noir doit être combattu pour des raisons à la fois économiques, juridiques et éthiques (v. Message du Conseil fédéral du 16.01.2002 concernant la loi fédérale contre le travail au noir, p.5).

Enfin, le fait que les prescriptions en question prévoient également des mesures de rétorsion lors de manquements ne fait pas échec à une telle interprétation. On doit dès lors admettre que les recourants ont bel et bien commis des infractions à des prescriptions de droit public régissant l'activité du titulaire de la patente.

Il ressort du dossier que les recourants ont subi un avertissement pour les mêmes faits en date du 5 juillet 2002 suite à un contrôle au courant du mois de mars 2002, soit moins de trois mois avant le second contrôle du 30 septembre 2002. Ils ont ainsi agi contrairement aux prescriptions légales à réitérées reprises, qui plus est dans un court laps de temps, ce qui suffit à justifier un retrait de la patente, sans qu'il soit au demeurant encore nécessaire de trancher la question de savoir si ces infractions doivent être tenues pour graves.

d) Reste encore à examiner si la mesure en question respecte les principes d'intérêt public, de proportionnalité et d'égalité de traitement.

Le Tribunal administratif, dans un arrêt rendu en vertu de l'article 50 LEP, a admis dans son principe la possibilité de notifier un deuxième avertissement (RJN 1995 cons.4, p.262). Cela n'apparaît pas contraire à la volonté du législateur (v. rapport du Conseil d'Etat du 26.06.1961, in BGC 1961-1962, no 127, p.72, 88 et de la commission établissements publics du 22.06.1992 in BGC 1992 no 158 I, p.317). Cette interprétation moins restrictive permet en outre de satisfaire au principe de la proportionnalité qui doit présider à de tels actes (v. dans ce sens, Moor, op.cit., no 1.4.3.2, p.121). Il est donc tout à fait admissible de soutenir qu'un deuxième avertissement peut être notifié en application de l'article 50 al.2 LEP à un titulaire de patente qui commet une nouvelle infraction de peu de gravité. Mais il faut à tout le moins que l'on puisse raisonnablement penser que cela détournera effectivement l'administré de la commission d'autres infractions. Tel ne sera toutefois pas le cas si, peu de temps après un avertissement, le titulaire de la patente commet une nouvelle infraction.

En l'espèce, le retrait a été précédé d'un avertissement moins de trois mois avant la constatation de la commission de nouvelles infractions, cela sans parler des infractions antérieures identiques commises à un autre titre par le recourant mais pour le même établissement. On doit admettre que, dans ces circonstances, un retrait était la seule mesure désormais propre à atteindre le but recherché, à savoir le respect du droit des étrangers.

La fermeture de l'établissement ne peut évidemment pas supprimer le travail au noir dans la région. Cependant, tel n'est pas le but de l'autorité inférieure qui entend lutter avec ses armes contre ce problème en poursuivant et en surveillant ceux qui, comme les recourants, agissent contre les prescriptions de droit public dans ce domaine. En outre, alors qu'ils se plaignent d'une inégalité de traitement par rapport à d'autres établissements qui commettent les mêmes infractions, l'Instance de céans souligne qu'il ne saurait être question d'égalité dans l'illégalité (RJN 1997, p. 322 cons.3b, 1995, p.261 cons.3d). Les arguments invoqués ne démontrent au demeurant pas que l'administration resterait passive dans la région. Certes, elle a procédé à des contrôles très réguliers chez les recourants, à l'évidence en raison de leurs antécédents pour le moins négatifs à cet égard. La profession exercée par les recourants est de plus soumise à l'octroi d'une patente, comme garant de la santé et de la sécurité publiques. Ils s'estiment pénalisés par rapport à d'autres personnes ou entreprises qui ne se verraient jamais interdire l'exercice de leur profession pour des infractions identiques. S'ils cherchent à comparer leur situation, ils doivent le faire en référence à d'autres professions dont l'exercice est également soumis à autorisation et ne pas prendre en particulier pour exemple des entreprises actives dans le domaine de la vente. Leurs arguments à cet égard sont dès lors irrelevants. Le retrait repose de plus sur un intérêt public prépondérant puisqu'il vise à éviter que ne se reproduisent des actes contraires à la loi.

S'agissant de la pesée des intérêts privés des recourants, il y a lieu de constater que, en tant que tel, le préjudice financier et commercial qu'ils pourraient subir du fait du retrait de la patente ne saurait prévaloir sur la moralité et la sécurité publiques. Toutefois, un retrait définitif de la patente, qui équivaut à la fermeture de l'établissement durant 5 années, apparaît malgré tout disproportionné eu égard aux infractions commises. L'Instance de céans est d'avis qu'il y a lieu de tenir compte en outre des lourdes conséquences liées à un retrait définitif. Entre l'avertissement et le retrait définitif, la loi prévoit en outre le retrait temporaire de la patente, également en application de la lettre c, contrairement à ce que soutient l'autorité inférieure. Son interprétation restrictive va tout d'abord à l'encontre de la lettre de la loi elle-même qui n'opère à cet égard strictement aucune distinction entre les diverses hypothèses qui justifient le prononcé d'un retrait de la patente. Ensuite, la possibilité de prononcer un retrait temporaire ou définitif autorise la prise en compte de toutes les circonstances de l'espèce et satisfait ainsi au principe de la proportionnalité qui doit présider à de tels actes (RJN 1995, p.259 cons.3a, 1997, p.321 cons.3b). Aussi, la Cour de céans estime-t-elle qu'un retrait temporaire d'une durée d'un an et demi est approprié à l'ensemble des circonstances de l'affaire et permet d'atteindre le but d'intérêt public visé. Il s'ensuit l'admission partielle du recours.

Dans ces conditions, le dossier étant suffisamment étoffé pour permettre à l'Instance de céans de trancher, les mesures d'instruction requises par les recourants sont inutiles et doivent être refusées.

4.Des frais restreints de procédure sont mis à la charge des recourants qui succombent partiellement (art.47 al.1 LPJA). Une allocation de dépens réduite leur est en outre allouée.

Par ces motifs, LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF

1. Admet partiellement le recours.

2. Annule la décision attaquée et modifie la décision du service du commerce et des patentes du 17 mars 2003 en ce sens qu'un retrait temporaire de la patente d'une durée d'un an et demi est prononcé à l'encontre des recourants.

3. Met à la charge des recourants un émolument de décision de 400 francs et les débours par 80 francs et ordonne la restitution du solde de leur avance.

4. Alloue aux recourants des dépens partiels de 400 francs à la charge de l'Etat.

Neuchâtel, le 26 janvier 2005

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