

NE_JURISPRUDENCE_ADM REC.2011.230 vom 13. März 2012

Ne Jurisprudence Adm, 2012-03-13, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ne_jurisprudence_adm_REC.2011.230

FR: NE_JURISPRUDENCE_ADM REC.2011.230 du 13 mars 2012

IT: NE_JURISPRUDENCE_ADM REC.2011.230 del 13 marzo 2012

Regeste

Le recourant, déclaré en faillite, s'est vu refuser l'octroi d'une patente pour l'exploitation d'un établissement public, en application de la Loi sur les établissements publics (LEP) du 1er février 1993. La loi cantonale qui dans un proche avenir devra être modifiée pour être conforme au droit fédéral, n'est d'ores et déjà plus appliquée par le Tribunal cantonal. Conformément à cette jurisprudence, le recours a été admis. Le dossier a été renvoyé à l'Office du commerce pour nouvelle décision, soit octroi de la patente.

Volltext

A.

Monsieur A., domicilié à X., a exploité L■ Auberge B. à Z., du 1er janvier 2004 au 25 mai 2007 avec son épouse et associée Madame C., puis de manière individuelle jusqu'■ au 20 août 2009, date à laquelle le titulaire a été déclaré en faillite par jugement du Tribunal civil du district de X. Par décision du 2 octobre 2009, l■ Office du commerce a annulé avec effet au 20 août 2009 la patente de catégorie A d■ hôtel qui avait été délivrée le 11 mars 2005 à Monsieur A.

L■ immeuble, bien-fonds no *** du cadastre de Z., sis D. n°000, à Z., qui abritait L■ Auberge B., a été vendu par l■ Office des faillites, et acheté le 7 juillet 2011, par la société B. Sàrl, inscrite le 29 juin 2011 au Registre du commerce du canton de Y.

La société B. Sàrl, à Y. a pour associés Monsieur E., à Y., gérant et Monsieur F., à W.

B.

Le 25 août 2011 a été créée la société B. Sàrl, dont le but est notamment l■ exploitation d■ établissements publics, en particulier de l■ Auberge-Restaurant « B. » à Z. La société B. Sàrl, domiciliée D. n°000, à Z., a pour associés Monsieur A., à X., Monsieur G., à Y., en tant que gérant et Monsieur H. à X.

La société B. Sàrl à Y. a conclu les 18 et 19 octobre 2011 un contrat de location provisoire avec la société B. Sàrl, concernant l■ immeuble sis D. n°000, à Z.

C.

Par courrier daté du 18 août 2011, la Société B. Sàrl a déposé une demande de patente provisoire au nom et pour le compte de Monsieur A. afin que ce dernier puisse exploiter l■ Auberge-Restaurant « B. » à Z.

Par décision du 30 août 2011, se référant à l■ article 33, alinéa 1, lit.fde la loi sur les établissements publics (LEP) du 1er février 1993, l■ Office du commerce a refusé l■ octroi

de la patente au motif que Monsieur A. ne remplissait pas les conditions légales qui prescrivent que les personnes qui sont en faillite ou qui sont l'objet de saisie infructueuse, ne peuvent pas obtenir de patente tant et aussi longtemps qu'elles n'ont pas désintéressé leurs créanciers. L'Office a cependant ajouté qu'une révision de la loi était en cours et qu'il était probable que cette disposition n'y apparaisse plus.

D.

Par mémoire du 30 septembre 2011, Monsieur A., représenté par Maître Frédéric Hainard, avocat à Z., a fait recours auprès du Département de l'économie contre la décision du 30 août 2011 de l'Office du commerce. Il explique notamment que dès qu'il a été engagé par la société B. Sàrl pour exploiter l'établissement public, il s'est approché des autorités, qui lui ont laissé entendre qu'elles donneraient une suite favorable à sa requête compte tenu notamment des modifications en cours de la LEP. Monsieur A. rappelle que le projet de loi sur la police du commerce et les établissements publics (LPCEP) avait entre autres buts, celui d'abandonner le système de la patente au profit d'une autorisation soumise à des conditions personnelles moins strictes que dans l'actuelle LEP. Après avoir été accepté par le Grand Conseil en date du 2 septembre 2008, le projet n'a toutefois pas trouvé grâce en votation populaire et a été rejeté le 17 mai 2009. Monsieur A. précise que l'article 33, alinéa 1, lit.f LEP est anticonstitutionnel, contraire aux dispositions de la Loi fédérale sur le marché intérieur (LMI), ainsi qu'à la jurisprudence de la Cour de Droit public du Tribunal cantonal qui, dans un arrêt récent (CDP 2010.142), a reconnu qu'il était victime d'une inégalité de traitement celui qui se voyait refuser l'octroi d'une patente dans le canton de Neuchâtel alors qu'il aurait pu en obtenir une autre dans un autre canton en vertu de la LMI, ceci alors même qu'il présentait des actes de défaut de biens ou se trouvait en faillite. Monsieur A. considère que cette inégalité de traitement est outrancière, il ne peut pas dans le canton de Neuchâtel obtenir une patente, mais il pourrait en obtenir une dans le Canton de Neuchâtel s'il venait d'un autre canton, ceci quand bien même il a des actes de défaut de bien. Il développe ses arguments en stipulant qu'une loi, même fédérale, cessera d'être applicable lorsque les effets d'une interprétation conforme au sens qui découle de son texte est devenu inacceptable en pratique ou heurtent le sentiment de la Justice. Il conclut à l'annulation de la décision de l'Office du commerce du 30 août 2011, au renvoi du dossier pour délivrance immédiate de la patente, sous suite de frais et dépens.

E.

Le 7 décembre 2011, l'Office du commerce a déposé ses observations, par lesquelles il déclare confirmer sa décision du 30 août 2011, sans fournir d'explications complémentaires. Il signale simplement que l'Auberge B. est exploitée actuellement par Monsieur H., lequel a obtenu un accord oral d'ouverture, en date du 5 novembre 2011.

F.

Par courrier du 16 janvier 2012, Monsieur A. tout en s'étonnant des observations sibyllines de l'Office du commerce, réitère son argumentation et confirme ses conclusions à l'appui de son recours.

G.

Informé de ces contre-observations le 20 janvier 2012, l'Office du commerce n'a pas souhaité s'exprimer.

F.

En réponse à un courrier du 27 février 2012, Maître Frédéric Hainard a transmis son mémoire d'honoraires et débours du 2 mars 2012, qui est parvenu en mains du Service juridique chargé d'instruire le dossier, le 12 mars 2012.

Considérant en droit :

1.

Le recours porte sur le refus d'octroi de patente pour l'exploitation d'un établissement public. La Loi fédérale sur le marché intérieur (LMI) du 6 octobre 1995 (RS 943.02), la Loi sur les établissements publics (LEP) du 1er février 1993 (RSN 933.10), le Règlement d'exécution de la loi sur les établissements publics (RLEP) du 28 juin 1993 (RSN 933.10), sont applicables. La compétence du Département de l'économie ressort des articles 10 et 89 LEP ainsi que de l'article premier RLEP.

2.

La décision entreprise a été adressée le 30 août 2011 à la société B., à Z., qui avait déposé, par courrier du 18 août 2011, une demande de patente provisoire au nom et pour le compte de Monsieur A. afin que ce dernier puisse exploiter l'Auberge-Restaurant « B. » à Z. Selon le principe inscrit à l'article 32 LEP, la patente est personnelle, incessible et ne peut être accordée qu'à une personne physique (le tenancier) pour un établissement déterminé. Bien qu'adressée à la société B., Monsieur A. a la qualité pour recourir contre la décision de l'Office du commerce du 30 août 2011. Atteint par la décision attaquée, le recourant a un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification (art. 32, lit. a de la Loi sur la procédure et la juridiction administratives (LPJA) du 27 juin 1979 (RSN 152.130)). Le recours a été interjeté dans les formes (art. 35 LPJA), posté sous pli recommandé le 30 septembre 2011, à l'encontre de la décision du 30 août 2011 parvenue en mains de son destinataire au plus tôt le 31 août 2011, il intervient dans les délais légaux (art. 34, al. 1 LPJA). Le recours est recevable.

3.

3.1.

La Loi sur les établissements publics (LEP) du 1er février 1993 et la Loi sur la police du commerce (LPCom) du 30 septembre 1991 (RSN 941.01) ont été au cœur d'un vaste projet de révision législative, évalué d'incontournable au vu des évolutions intervenues dans le contexte national et international (voir Rapport du Conseil d'Etat au Grand Conseil à l'appui d'un projet sur la police du commerce et les établissements publics (LPCEP) du 21 mai 2008 ; p. 2). En particulier, l'introduction, puis la révision de la loi fédérale sur le marché intérieur (LMI) du 6 octobre 1995, ont des implications importantes. La LMI a introduit de nouvelles conceptions concernant le commerce (Message du 23 novembre 1994, FF 1995 I 1193). Le Conseil fédéral déclarait qu'en supprimant les obstacles de droit public à la concurrence dans les droits cantonaux et communaux, et en éliminant les barrières à la mobilité () elle [la LMI] vise deux objectifs principaux : le renforcement de la compétitivité en Suisse et, par la même, celui de la place économique suisse dans le contexte international. ». Conçue comme une loi-cadre, la LMI s'est bornée à fixer les principes fondamentaux de la liberté d'accès au marché, nécessaires au bon fonctionnement du marché intérieur. Sur le principe de la non-discrimination, elle établit la présomption que les conditions cantonales d'autorisations pour l'exercice de certaines activités lucratives sont équivalentes (art. 2 LMI). Par ailleurs, la nouvelle Constitution de

la Confédération (Cst.) du 18 avril 1999, entrée en vigueur le 1er janvier 2000, garantit la liberté d'établissement (art. 24 Cst.) et la liberté économique (art. 27 Cst., anciennement « liberté du commerce et de l'industrie ») qui comprend notamment le libre choix de la profession, le libre accès à une activité économique lucrative privée et son libre exercice. Sous le titre marginal « Principe de l'ordre économique, l'article 94 Cst. rappelle que la Confédération et les cantons respectent le principe de la liberté économique (al. 1), qu'ils veillent à sauvegarder les intérêts de l'économie nationale et contribuent, avec le secteur de l'économie privée, à la prospérité et à la sécurité économique de la population (al. 2). Dans les limites de leurs compétences respectives, ils veillent à créer un environnement favorable au secteur de l'économie privée (al. 3). Les dérogations au principe de la liberté économique, en particulier les mesures menaçant la concurrence, ne sont admises que si elles sont prévues par la Cst. ou fondées sur les droits régaliens des cantons. De même, la nouvelle Constitution neuchâteloise (Cst. NE), du 24 septembre 2000, entrée en vigueur le 1er janvier 2002, garantit expressément la liberté d'établissement (art. 15 Cst. NE) et la liberté économique (art. 26), qui comprend en particulier le libre choix de la profession et de l'employeur, ainsi que le libre exercice de l'activité économique (voir Rapport du Conseil d'Etat au Grand Conseil du 21 mai 2008 ; op. cit., p. 7). Fort de ces observations, il est apparu aux yeux du législateur neuchâtelois, nécessaire et urgent d'abroger, notamment, l'article 33, alinéa 1, lit.e) LEP, qui interdit la délivrance d'une patente aux personnes débitrices d'un canton ou d'une commune suisse pour impôts arriérés, amendes, frais de justice ou autres créances de droit public, ou qui sont en faillite, ou qui sont l'objet d'une saisie infructueuse, tant et aussi longtemps qu'elles n'ont pas désintéressé leurs créancier. Le projet de Loi sur la police du commerce et les établissements publics (LPCEP), porteur de cette modification, mais de bien d'autres propositions nouvelles, a été présenté devant le Parlement, qui après y avoir apporté de nombreux amendements, a adopté le projet par 84 voix contre 8, le 2 septembre 2008. La loi a fait l'objet d'une demande de référendum. La votation du 17 mai 2009 a finalement abouti au rejet de la LPCEP.

Afin de remettre l'ouvrage sur le métier, la commission législative au Grand Conseil a déposé le 22 mars 2010 devant le Grand Conseil, un Rapport concernant le projet de loi du groupe socialiste du 29 septembre 2009, sur la police du commerce et les établissements publics (LPCEP). Le projet de loi déposé reprenait le projet tel qu'il avait été adopté par le Grand Conseil le 2 septembre 2008, à l'exception des articles qui avaient fait l'objet de critiques dans la campagne précédant la votation du 17 mai 2009, soit l'interdiction de vente d'alcool dans les shops des stations service et la prolongation de 18h30 à 19h00 des heures d'ouverture des magasins. En effet, selon les auteurs du projet, ces deux points étaient les plus controversés et ont eu pour effet de faire capoter la loi en votation populaire. De l'avis des auteurs, il était dommage que le reste de la loi qui constituait un vaste effort de modernisation et de simplification des structures législatives et administratives n'ait ainsi pas abouti. Parmi ses points forts, les auteurs citaient notamment la suppression du système de patente pour les établissements publics (voir Rapport de la Commission législative 09.171 du 22 mars 2012). A la séance du 28 avril 2010, le rapport a été accepté par le Grand Conseil par 67 voix contre 33 (voir BGC, 2009-2010, Tome I, p. 2'628). Depuis lors, le dossier est toujours pendant.

3.2.

Aussi, à ce jour l'article 33, alinéa 1, lit.e) LEP demeure en vigueur. L'autorité est donc, en principe, tenue de l'appliquer. Cependant, le Tribunal cantonal, par une décision de la Cour de Droit public a arrêté, le 10 juin 2011, dans un cas similaire à celui qui retient aujourd'hui notre attention, qu'il y a une inégalité de traitement résultant du fait que les titulaires d'une autorisation d'exploiter un établissement public délivrée dans un autre canton peuvent obtenir une patente dans le canton de Neuchâtel, en vertu de la loi fédérale sur le marché intérieur (LMI), alors même qu'ils ne satisfont pas à l'exigence de l'article 33, alinéa 1, lit.e) LEP. Dans cet arrêt (CDP 2010.142), rappelant la cas d'une personne qui avait déposé une demande d'autorisation d'exploiter dans le canton de Neuchâtel tout en faisant l'objet d'actes de défaut de biens, avait obtenu sa patente neuchâteloise, car cette personne avait pu prouver qu'elle avait exploité avec succès pendant des années dans le canton de Berne, le Tribunal cantonal a admis qu'une telle situation représente une discrimination (à l'envers). La Cours de Droit public dit ne pas voir comment l'on pourrait justifier le refus à un administré, par son propre canton, de ce qu'il demande pour un motif qui ne s'applique pas à celui qui veut s'installer mais vient d'un autre canton. C'est ainsi, pour des raisons d'égalité de traitement, que la Cours de Droit public a admis le recours et a renvoyé la cause au Département de l'économie pour une nouvelle décision.

4.

Dans le cas d'espèce, il n'est pas contesté que le recourant a été déclaré en faillite par jugement du Tribunal civil du district de X., le 20 août 2009. Il n'a pas été invoqué et il ne ressort pas du dossier que le recourant soit revenu à meilleure fortune, ni qu'il ait désintéressé l'ensemble de ses créanciers. Au contraire, le recourant s'est vu refuser une patente par l'Office intimé au motif que selon l'article 33, alinéa 1, lit.f) LEP, ne peuvent obtenir une patente, les personnes qui sont en faillite ou sont l'objet d'une saisie infructueuse, tant et aussi longtemps qu'elles n'ont pas désintéressé leurs créanciers. L'intimé a estimé que dans la mesure où le recourant rempli les conditions de l'article 33, alinéa 1, lit.f) LEP, et que cela n'est pas contesté, la disposition lui est applicable, dans la mesure où la LEP n'a pas été modifiée et est toujours en vigueur.

4.1.

L'autorité de céans, comprend parfaitement la position de l'Office intimé, et perçoit son malaise, corroboré par ses observations sibyllines, pour reprendre les termes du recourant. Il est en effet paradoxal pour un office, garant du droit public, de ne pas appliquer des dispositions légales en vigueur. Il est exact que l'autorité est en principe tenue d'appliquer les lois en vigueur tant qu'elles n'ont pas été abrogées.

4.2.

Néanmoins, le législateur fédéral a donné aux cantons un message fort, quand, dans la révision de la loi sur le marché intérieur du 24 novembre 2004, il déclare que les entraves cantonales et communales à l'accès au marché prétéritent non seulement le bon fonctionnement du marché, mais aussi la liberté d'exercice d'une profession et son corollaire, la mobilité professionnelle. De sorte qu'en renforçant le libre accès au marché, on sert l'intérêt économique en favorisant la liberté individuelle dans l'exercice d'une profession (FF 2005, p 421ss, Message relatif à la révision de la loi sur le marché intérieur du 24 novembre 2004, no 04.078). Or, s'il n'est pas possible d'anticiper le résultat des travaux législatifs de modification de la LEP, il est cependant notoire que ceux-ci devront être opérés et s'inscrire dans le cadre légal fédéral, auquel d'autres cantons répondent

déjà. Aussi, l'inégalité de traitement invoquée par le recourant est patente dans le contexte d'ouverture du marché intérieur préconisée par la Confédération. Le recourant fait remarquer, à raison, que les titulaires d'une autorisation d'exploiter un établissement public délivrée dans un autre canton peuvent obtenir une patente dans le canton de Neuchâtel en vertu de la loi fédérale sur le marché intérieur, alors même qu'ils ne satisfont pas à l'exigence de l'article 33, alinéa 1, lit. f LEP et que cette situation engendre à son encontre une inégalité de traitement «outrancière».

4.3.

L'autorité de céans ne peut que se référer à la jurisprudence de la Cour de droit public et constater qu'on ne voit pas comment l'office intimé pourrait justifier le refus de patente au recourant, pour un motif qui ne s'applique pas à celui qui, en provenance d'un autre canton, veut s'installer dans le canton de Neuchâtel. Dès lors, pour des raisons d'égalité de traitement, la patente peut être accordée au recourant. Elle ne pourra cependant peut-être pas être délivrée aussitôt, que le recourant le demande, dans les conclusions de son mémoire. En effet, il faut ici rappeler que la patente est accordée pour un bâtiment, des locaux ou un emplacement déterminé (art 32, al. 3 LEP). Or l'Auberge B. à Z. est actuellement exploitée par Monsieur H., lequel a obtenu un accord oral d'ouverture en date du 5 novembre 2011. L'Office intimé devra clarifier la situation avec l'exploitant actuel, avant d'accorder la patente au recourant. En effet, il faut qu'il n'y ait qu'un seul titulaire par établissement public, désigné comme personne responsable et de contact avec les autorités.

5.

Vu ce qui précède, le recours est admis. Le dossier en renvoyé à l'Office intimé pour nouvelle décision au sens des considérants, L'Etat qui succombe n'étant pas astreint aux frais, il n'en sera pas perçu. Le recourant qui obtient gain de cause a droit à une indemnité de dépens. Le mandataire a indiqué par lettre du 7 mars 2011 qu'il avait déployé une activité de 5 heures dans la procédure consécutive à la décision du 30 août 2011 (conférence et entretien téléphonique avec le client ; courriers ; recherches juridiques ; rédaction du recours), ses frais et débours étant estimé à Fr. 135.-. Au tarif moyen de Fr. 250.- l'heure, généralement appliqué depuis l'entrée en vigueur, le 1er janvier 2011, de l'Arrêté temporaire fixant les tarifs des frais, des émoluments de chancellerie et des dépens en matière civile, pénale et administrative du 22 décembre 2010 (RSN 164.11), les dépens sont fixés à Fr. 1'250.-, plus les frais et débours calculés forfaitairement à Fr. 125.-, TVA incluse.

Par ces motifs, Le Conseiller d'Etat, chef du Département de l'économie,

décide :

1. Admet le recours et annule la décision du 30 août 2011, en matière de refus de patente ;
2. Revoie le dossier à l'Office intimé pour qu'il procède à une nouvelle décision au sens des considérants ;
3. Statue sans frais et ordonne la restitution de l'avance de frais par Fr. 550.- ;
4. Octroie au recourant une indemnité de dépens de Fr. 1'375.- à la charge de l'office intimé.

Neuchâtel, le 13 mars 2012

Thierry Grosjean

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