

# **VD\_OMNI GE.2005.0117 vom 3. Februar 2006**

VD Tribunal cantonal, 2006-02-03, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_omni\\_GE.2005.0117](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_GE.2005.0117)

FR: VD\_OMNI GE.2005.0117 du 3 février 2006

IT: VD\_OMNI GE.2005.0117 del 3 febbraio 2006

## **Regeste**

X. /Service de l'économie, du logement et du tourisme | Le fait de refuser l'autorisation d'exploiter un restaurant au motif que le requérant a échoué à un examen portant sur le marketing, l'organisation administrative et la gestion de l'exploitation du personnel viole le principe de la liberté économique sous l'angle de l'exigence d'un intérêt public suffisant. Violation également du principe de proportionnalité en raison du nombre d'échecs à l'examen.

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Le recourant soutient que la décision attaquée viole la liberté économique garantie par l'art. 27 de la Constitution fédérale (Cst). Il fait valoir en substance que le fait de subordonner l'octroi de l'autorisation d'exercer et de la licence d'établissement à la réussite du module 2 de l'examen prévu par le RCCAL ne répond pas à un intérêt public pertinent et ne repose pas sur une base légale suffisante. Il invoque en outre une violation du droit d'être entendu ainsi que l'arbitraire de la note qui lui a été attribuée pour le module 2 lors de la session de juin 2005

### **E. 2**

Il convient d'examiner en premier lieu les griefs du recourant relatifs à la violation de liberté économique. a) Selon l'art. 27 al.1 Cst., la liberté économique est garantie. Celle-ci comprend notamment le libre choix de la profession, le libre accès à une activité économique lucrative privée et son libre exercice (art. 27 al. 2 Cst.). Elle protège toute activité économique privée, exercée à titre professionnel et tendant à la production d'un gain ou d'un revenu (ATF 118 I 19). Elle peut être invoquée tant par les personnes physiques que par les personnes morales (cf. message du Conseil fédéral du 20 novembre 1996 relatif à la nouvelle Constitution fédérale, in FF 1997 I 179; Andreas Auer/ Giorgio Malinverni/ Michel Hottelier, Droit constitutionnel suisse, Berne 2000, vol II, n. 605 p. 3159). L'art. 94 al. 1 Cst. impose à la Confédération et aux cantons de respecter le principe de la liberté économique. S'agissant de l'exploitation des cafés et restaurants, la Constitution fédérale de 1874 contenait une disposition spécifique (l'art. 31 ter) qui, à titre de mesure dérogatoire, autorisait les cantons à subordonner, par voie législative, à des connaissances professionnelles et à des qualités personnelles l'exploitation de ces établissements et à un besoin le nombre d'établissements de même genre, si cette branche était menacée dans son existence par une concurrence excessive. Cette disposition, que le Conseil fédéral entendait conserver dans des termes modifiés, n'a finalement été maintenue par les chambres dans la Constitution du 18 avril 1999 que sous une forme transitoire, l'art. 196 ch. 7 Cst. stipulant désormais que "les cantons peuvent continuer pendant 10 ans au moins, dès l'entrée en vigueur de la Constitution, à subordonner à un besoin l'ouverture de nouveaux

établissements dans un secteur déterminé de l'hôtellerie et de la restauration pour assurer l'existence de parties importantes de ce secteur". On notera que seuls les cantons qui avaient usé de la permission de l'ancien art. 31 ter peuvent maintenir leur législation restrictive pendant un délai de dix ans au plus, c'est-à-dire jusqu'au 31 décembre 2009 au plus tard (cf. Jean-François Aubert, Pascal Mahon, op. cit. p. 796, qui relève une erreur de plume dans la rédaction française de l'art. 196 ch. 7). Dès lors que l'exploitation d'un café-restaurant ne peut plus être subordonnée par les cantons à des connaissances professionnelles en application d'une disposition dérogatoire spécifique, la conformité à la garantie de la liberté économique d'exigences posées par les cantons en la matière doit être examinée sur la base de l'art. 36 Cst. Selon cette disposition, les restrictions aux droits fondamentaux - dont fait partie la liberté économique - sont admissibles lorsqu'elles reposent sur une base légale, répondent à un intérêt public pertinent et prépondérant et respectent le principe de proportionnalité. En l'occurrence, le recourant met principalement en cause l'intérêt public de l'exigence relative à la réussite de l'examen portant sur le module 2. Il convient par conséquent d'examiner cette question en premier lieu.

b) aa) A la différence des autres droits fondamentaux, comme la garantie de la propriété (ATF 111 Ia 93 consid. 2b p. 98), n'importe quel intérêt public ne suffit pas à justifier une restriction à la garantie de la liberté économique ; la jurisprudence a tout d'abord limité l'intérêt public aux mesures de police qui tendent à sauvegarder la tranquillité, la sécurité, la santé et 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 114 Ia 34 consid. 2a p. 36 et références citées) ; par la suite, elle a étendu la notion d'intérêt public justifiant des restrictions à la liberté économique aux motifs de politique sociale (ATF 97 I 499 ss et les ATF 120 Ia 126 consid. 4a p. 132 ; ATF 119 Ia 59 consid. 6a p. 67). Les mesures de politique sociale sont celles "qui tendent à procurer du bien être à l'ensemble ou à une grande partie des citoyens ou à accroître ce bien être par l'amélioration des conditions de vie, de la santé ou des loisirs (SJ 1997, 421, 428). Ont été considérées comme des mesures de politique sociale les prescriptions cantonales relatives à la fermeture des magasins (ATF 97 I 505), les normes tendant à combattre la pénurie de logements et à protéger les locataires (ATF 99 Ia 604), celles qui visent à protéger les consommateurs, par exemple contre un endettement excessif (ATF 120 Ia 299), celles qui sont sensées protéger les jeunes et les faibles contre la passion du jeu et la perte d'argent (ATF 120 Ia 126), les dispositions qui limitent le droit des médecins de vendre des médicaments afin de maintenir un réseau de pharmaciens (ATF 119 Ia 433), la prescription réservant la vente des comprimés de vitamine C aux seules pharmacies et droguerie (ATF 99 Ia 370) (pour cette énumération, v. Auer, Malinverni et Hottelier, op. cit. p. 354). Plus largement encore, d'autres intérêts publics, tels que l'aménagement du territoire, la protection de l'environnement, la politique énergétique, la protection d'une langue minoritaire, etc., peuvent justifier une restriction à la liberté économique (cf. Jean-François Aubert, Pascal Mahon, *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse*, Zurich, Bâle, Genève 2003 p. 243). En revanche, le Tribunal fédéral a toujours exclu des intérêts publics susceptibles de justifier une atteinte à la liberté économique les mesures qu'il qualifiait, sous l'empire de la Constitution de 1874, de "mesures de politique économique" (Jean-François Aubert, Pascal Mahon, *Ibidem*). Sont ainsi prohibées les mesures qui ont pour but d'entraver la libre concurrence, d'avantager certaines entreprises ou certaines formes d'entreprises, et qui tendent à diriger la vie économique selon un plan déterminé (ATF 114 Ia 34 consid. 2a p. 36 ; ATF 111 Ia 186 consid. 2b ; ATF 110 Ia 102 consid. 5a et les arrêts cités). La

jurisprudence reconnaît aux cantons le droit d'imposer le régime de la patente ou du certificat de capacité dans le choix de certaines activités, dont il importe de réserver l'exercice aux personnes qui en sont capables, la délivrance du certificat étant généralement subordonnée à la réussite d'un examen d'aptitude (ATF 103 Ia 262). Ont ainsi été considérées d'intérêt public les règles, en général cantonales, qui soumettent à une autorisation, elle-même subordonnée à un certificat de capacité, différentes sortes d'activités considérées comme dangereuses. Le Tribunal fédéral a déjà admis que tel était le cas des guides de montagne (ATF 53 I 118 consid. 3), des professeurs de ski (ATF 55 I 162 s. consid. 2), des colporteurs (ATF 55 I 76 et 77), des sages-femmes (ATF 59 I 183 consid. 1), des chiropraticiens (ATF 80 I 16 consid. 4), des agents immobiliers (ATF 65 I 76 consid.2), des mécaniciens-dentistes (ATF 80 I 135 consid. 1), des chauffeurs de taxi (ATF 79 I 339 s. consid. 4b), des installateurs d'appareils électriques (ATF 88 I 67 consid. 5), des directeurs d'écoles de ski (ATF 100 Ia 176 s. consid. 4a), des esthéticiennes (ATF 103 I 265) et des hygiénistes dentaires (JdT 1992 I p.16). Dans un arrêt du 6 juillet 1999 (publié in SJ 2000 p. 177), le Tribunal fédéral a jugé que l'exigence d'un certificat de capacité pour l'exploitation des cafés et des restaurants était conforme à la liberté du commerce et de l'industrie. On déduit de cet arrêt que cette exigence se justifie pour garantir que les exploitants disposent de connaissances élémentaires en matière d'hygiène et de qualité des produits, ceci afin d'éviter des atteintes à la santé publique. bb) Aux termes de l'art. 4 al. 1 LADB, l'exercice d'une activité soumise à cette loi nécessite l'obtention préalable d'une licence d'établissement qui comprend l'autorisation d'exercer et l'autorisation d'exploiter. L'autorisation d'exercer est délivrée à la personne physique responsable de l'établissement alors que l'autorisation d'exploiter est délivrée au propriétaire du fonds de commerce (art. 4 al. 2 et 3 LADB). Selon l'art. 36 al. 1 LADB, pour obtenir l'autorisation d'exercer, le requérant doit avoir réussi l'examen professionnel organisé en vue de la délivrance du certificat de capacité de la catégorie d'établissement concernée ou bénéficiaire d'une formation jugée équivalente. En application de l'art. 36 al. 2 LADB, le règlement fixe les conditions selon les catégories d'établissement. Le Conseil d'Etat a mis en œuvre cette disposition en adoptant le RCCAL. L'art. 3 RCCAL décrit les six modules sur lesquels peut porter l'examen professionnel prévu par l'art. 36 al. 1 LADB alors que l'art. 4 RCCAL mentionne pour chaque catégorie d'établissements les modules qui doivent être réussis. Selon l'art. 4 RCCAL, l'obtention de l'autorisation d'exercer et de la licence d'établissement pour un café-restaurant est subordonnée à la réussite d'un examen portant sur les modules 1 à 6. Selon l'art. 12 RCCAL, l'examen est considéré comme réussi lorsque la note moyenne dans chaque module est de 4,0 au moins, une attestation étant délivrée par le département pour chaque module réussi (al. 1). L'examen est considéré comme partiellement réussi lorsque le candidat a obtenu une note moyenne inférieure à 4,0 dans un ou plusieurs modules, l'intéressé n'étant alors tenu de refaire un examen que sur toutes les branches du ou des modules insuffisants (al. 2). Sur le principe, il est admissible de soumettre l'exercice de l'activité de cafetier-restaurateur à une autorisation, elle-même subordonnée à un certificat de capacité. Le fait d'exiger un minimum de connaissances en matière d'hygiène, de cuisine et de denrées alimentaires tend en effet à protéger la santé des consommateurs et répond par conséquent à un intérêt public pertinent (v. à cet égard ATF du 6 juillet 1999 précité et TA, arrêt GE 2005.0058 du 1<sup>er</sup> novembre 2005). Dans le même ordre d'idée, le fait d'exiger un minimum de connaissances en matière de législation sur les denrées alimentaires, sur les auberges et débits de boisson et sur la prévention de l'alcoolisme, ainsi qu'en ce qui concerne la gestion des déchets apparaît admissible. Il en va de même en ce qui

concerne l'acquisition de connaissances en droit du travail, des contrats et des étrangers et dans le domaine des décomptes de salaire et des assurances sociales, dès lors qu'est en jeu la protection des personnes employées dans ce type d'établissements dont on sait qu'elles ont souvent une situation relativement précaire. La vérification de l'acquisition de connaissances minimales dans ces matières au moyen d'un examen répond par conséquent à un objectif de politique sociale (cf. arrêt GE 2005.0058 précité). Vu ce qui précède, le fait d'exiger la réussite de l'examen portant sur les modules 1 (droit des établissements et questions de sécurité), 4 (droit du travail, salaires et connaissances de droit) et 6 (cuisine) apparaît a priori répondre à un intérêt public suffisant. La question est plus délicate s'agissant des modules 2 (gestion et organisation d'établissement), 3 (comptabilité) et 5 (vente, service et tourisme). Le module 2, qui est seul mis en cause dans le cas d'espèce, comprend le marketing, l'organisation administrative et la gestion de l'exploitation et du personnel ainsi que la structure de l'offre et des prix (cf. art. 3 RCCAL). Pour ce qui est des objectifs poursuivis au travers de l'enseignement de ces matières, l'autorité intimée mentionne, de manière générale, l'objectif consistant à promouvoir une formation de qualité dans la branche de la restauration et de l'hôtellerie en précisant qu'il s'agit d'éviter des faillites en enseignant notamment aux futurs exploitants des méthodes pour "chercher le client". Le souci de promouvoir un développement de qualité de l'hôtellerie et de la restauration, en particulier par la formation et le perfectionnement professionnel, correspond à un des buts mentionnés à l'art. 1 LADB et vise par conséquent un intérêt public jugé important par le législateur cantonal. Cela étant, comme on l'a vu ci-dessus, n'importe quel intérêt public ne suffit pas à justifier une restriction à la garantie de la liberté économique. En l'occurrence, le fait d'exiger des futurs exploitants une formation de qualité dans le domaine de la gestion afin d'éviter de trop nombreuses faillites ne saurait être considéré comme une mesure de police dès lors qu'il ne s'agit pas, en tous les cas directement, de protéger le public contre des atteintes susceptibles d'être portées à la vie, à la sécurité, à la santé, à la tranquillité et à la moralité publique. Cet objectif ne correspond également pas à ce que la jurisprudence définit comme un but de "politique sociale". On ne saurait en effet considérer a priori comme tel la protection d'un entrepreneur contre le risque économique qui constitue la caractéristique, voir l'essence, de toute activité économique privée. On note à cet égard qu'une telle exigence de formation dans le domaine de la gestion n'existe pas pour la plupart des autres activités économiques (v. notamment à cet égard le rapport de minorité relatif au projet de nouvelle LADB in BGC 2002 7A p. 7820, 7821, qui relève que le tenancier d'un café-restaurant est le seul, parmi toutes les autres professions qui cultivent, fabriquent, transforment ou vendent des aliments ou autres denrées alimentaires, à être contraint de passer un examen). On relèvera également que, probablement pour cette raison, cet objectif ne figure pas parmi les autres intérêts publics qui, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, peuvent justifier une atteinte à la liberté économique (cf. Jean-François Aubert, Pascal Mahon, op. cit. p.243). cc) Il résulte de ce qui précède que l'objectif mis en avant par l'autorité intimée pour justifier l'exigence de réussite de l'examen portant sur le module 2 ne correspond pas à un intérêt public pertinent justifiant l'atteinte à la liberté économique dont peut se prévaloir le recourant. c) aa) Par surabondance, on relèvera, sur la base des éléments mentionnés ci-dessus, que le module d'examen no 2 pose également problème sous l'angle du principe de la proportionnalité. Ce dernier exige que les actes étatiques répondant à un intérêt prépondérant soient aptes, nécessaires et raisonnables (ATF 126 I 112 c. 5b; 124 I 40, c. 3). En application de ce principe, l'exigence d'un certificat de capacité devient inconstitutionnelle si les

connaissances requises dépassent substantiellement ce qui est nécessaire à la prévention du danger (Jean-François Aubert, Pascal Mahon, op. cit. p. 244). Ont notamment été jugées disproportionnées l'exigence d'une ordonnance médicale pour toute pose de lentilles de contact, l'exigence d'un diplôme de maîtrise fédéral pour l'exploitation d'une officine d'opticien limitée à la confection et à la vente de lunettes sur ordonnance médicale et une réglementation cantonale selon laquelle le massage médical exercé à titre indépendant est réservé aux physiothérapeutes. En revanche, l'exigence d'un certificat de capacité pour une esthéticienne a été jugé proportionnée au vu du programme de cours et d'examen; de même, l'exigence d'une autorisation pour pratiquer la réflexologie et l'exigence d'études en psychologie pour exercer la profession de psychothérapeute indépendant (Jean-François Aubert, Pascal Mahon, op. cit. p. 244 - 245). bb) En l'occurrence, le fait d'exiger des connaissances en matière de marketing ou de gestion va manifestement au-delà de ce qui est nécessaire à la prévention du danger que peut représenter l'exploitation d'un café ou d'un restaurant pour la santé des consommateurs. A cela s'ajoute que la manière dont l'examen relatif à ces matières est organisé et apprécié semble a priori excessivement sévère. On constate à cet égard que, selon les informations fournies par l'autorité intimée (cf. réponse au recours du 12 septembre 2005), le taux d'échec pour le module 2 a été de 50% environ en 2003, de 44,5 % en mars 2005 et de 34,5 % en juin 2005. Ces résultats tendent à démontrer que les connaissances requises dans ce domaine sont particulièrement élevées et peuvent entraîner l'échec de nombreux candidats, ce qui est également susceptible de poser problème sous l'angle du principe de la proportionnalité. Dès lors que le recours doit de toute manière être admis pour d'autres motifs, il n'est cependant pas nécessaire d'examiner cette question plus avant. 3. Il résulte de ce qui précède que le recours doit être admis et la décision attaquée annulée en tant qu'elle constate un échec définitif du recourant au module 2 et le refus d'octroyer le certificat cantonal d'aptitude pour ce motif, ceci sans qu'il soit nécessaire d'examiner les autres griefs soulevés par le recourant. Le tribunal relèvera à toutes fins utiles que l'annulation de la décision attaquée a pour conséquence que la réussite de l'examen professionnel prévu à l'art. 36 LADB ne peut pas être subordonnée à celle du module 2. Elle n'implique en revanche pas pour le recourant la réussite de cet examen et le droit pour ce dernier d'obtenir une autorisation d'exercer et une licence d'établissement pur un café-restaurant dès lors qu'il n'a pas, à ce jour, réussi la totalité des autres modules, dont la constitutionnalité n'a pas été mise en cause dans le cadre de la présente procédure. Vu le sort du recours, des dépens doivent être mis à la charge de l'Etat en faveur du recourant, qui a procédé par l'intermédiaire d'un mandataire professionnel. Les frais doivent au surplus être mis à la charge de l'Etat

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