

# VD\_OMNI GE.2015.0209 vom 29. September 2016

VD Tribunal cantonal, 2016-09-29, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_omni\\_GE.2015.0209](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_GE.2015.0209)

FR: VD\_OMNI GE.2015.0209 du 29 septembre 2016

IT: VD\_OMNI GE.2015.0209 del 29 settembre 2016

## Regeste

A. \_\_\_\_\_ /Service de la promotion économique et du commerce (SPECo), Municipalité de Lausanne | Recours contre une décision par laquelle le SPECo a retiré l'autorisation d'exercer au recourant et a prononcé à son encontre un refus de toute nouvelle autorisation d'exercer pour une durée de deux ans. - Grief de la violation du droit d'être entendu rejeté (consid. 3). - Le recourant a commis plusieurs infractions à la loi du 26 mars 2002 sur les auberges et les débits de boissons dont un prêt de licence qui justifie le retrait de son autorisation d'exercer (consid. 4). - Le retrait de l'autorisation prononcé pour une durée de deux ans est disproportionné et doit être ramené à 15 mois. Le SPECo ne soutient pas que le recourant serait un récidiviste dans ce genre d'infraction. Il ne motive en outre pas la différence de traitement entre le titulaire de l'autorisation d'exercer et la société exploitante dont les associés-gérants ont déjà été sanctionnés pour des faits semblables (consid. 5). Admission partielle et réforme de la décision.

## Erwägungen

### E. 1

La décision contestée prononce la fermeture immédiate du café-bar "\*\*\*\*\*", le retrait des autorisations d'exploiter et d'exercer pour cet établissement, ainsi qu'un refus de délivrer au recourant toute nouvelle autorisation d'exercer pour une durée de deux ans.

Conformément à l'art. 92 de la loi sur la procédure administrative du 28 octobre 2008 (LPA-VD; RSV 173.36), le Tribunal cantonal connaît des recours contre les décisions et décisions sur recours rendues par les autorités administratives, lorsque la loi ne prévoit aucune autre autorité pour en connaître. En l'occurrence, le présent litige est soumis aux dispositions de la loi du 26 mars 2002 sur les auberges et les débits de boissons (LADB; RSV 935.31) et à son règlement d'exécution du 9 décembre 2009 (RLADB; RSV 935.31.1), en particulier aux art. 60 LADB (fermeture temporaire ou définitive d'établissement) et 60a LADB (retrait des autorisations d'exercer ou d'exploiter). Ni la LADB ni son règlement ne prévoient d'autorité de recours contre les décisions du SPECo. Il s'ensuit que la CDAP est compétente pour connaître du présent recours, conformément à l'art. 92 al. 1 LPA-VD.

### E. 2

A titre liminaire, il convient de relever que le recourant conteste uniquement les mesures prises à son encontre à savoir le retrait de son autorisation d'exercer (chif. 2 du dispositif de la décision attaquée et le refus de toute nouvelle autorisation d'exercer pour une durée de deux ans (chif. 3 du dispositif de la décision). Les autres mesures prises par le SPECo ne sont pas litigieuses. Au demeurant, il ressort du dossier que l'établissement concerné est à nouveau exploité depuis le 16 octobre 2015 par B. \_\_\_\_\_ Sàrl, une autorisation d'exercer ayant été délivrée à une tierce personne, titulaire du certificat cantonal d'aptitudes.

### **E. 3**

Dans un premier grief, le recourant se plaint implicitement d'une violation de son droit d'être entendu. a) Le droit d'être entendu est une garantie constitutionnelle de nature formelle ancrée à l'art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale du 18 avril 1999 de la Confédération suisse (Cst.; RS 101) ainsi qu'à l'art. 27 al. 2 de la Constitution du 14 avril 2003 du canton de Vaud (Cst.-VD; RSV 101.01). Cela inclut pour les parties le droit de s'expliquer avant qu'une décision ne soit prise à leur détriment, d'avoir accès au dossier, de participer à l'administration des preuves, d'en prendre connaissance et de se déterminer à leur propos, lorsque cela est de nature à influencer sur la décision à rendre (ATF 137 II 266 consid. 3.2; 137 IV 33 consid. 9.2; 136 I 265 consid. 3.2, et les arrêts cités). b) En l'occurrence, le recourant se plaint de ne pas avoir reçu une convocation préalable "claire" en vue de son audition par la Police cantonale du commerce le 5 juin 2015 et d'avoir été prévenu uniquement la veille par téléphone de sa convocation, ce qui l'aurait empêché de faire appel à un avocat pour l'assister lors de son audition. Selon l'art. 27 al. 1 LPA-VD, la procédure est en principe écrite. Il en découle qu'en principe une convocation devrait être notifiée par écrit. Cela étant, si le recourant souhaitait demander le report de son audition de quelques jours afin de lui permettre de consulter un avocat, il pouvait en faire la demande à la Police cantonale du commerce. Or le recourant ne prétend pas qu'il aurait formulé une telle demande et qu'elle lui aurait été refusée par ladite autorité. A cela s'ajoute qu'avant de rendre la décision litigieuse, l'autorité intimée a imparti un délai au recourant pour se déterminer sur les manquements constatés lors du contrôle du 2 juin 2015 et son courrier du 17 juin 2015, intitulé "droit d'être entendus" comportait un résumé des déclarations faites par le recourant lors de son audition du 5 juin 2015. Le recourant, sous la plume de son avocat, s'est déterminé sur ces éléments le 7 juillet 2015. Il en résulte que le droit d'être entendu du recourant a été respecté. Ce grief est, partant, rejeté.

### **E. 4**

Sur le fond, le recourant conteste le retrait de son autorisation d'exercer, ainsi que le refus du SPECo de lui octroyer toute autre autorisation d'exercer durant un délai de deux ans à compter de la date de la décision attaquée. a) aa) La novelle du 13 janvier 2015 modifiant la loi sur les auberges et les débits de boissons est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2015. Selon l'art. 1 al. 1 LADB, la loi a pour but notamment de régler les conditions d'exploitation des établissements permettant le logement, la restauration, le service de boissons ainsi que les autres débits de mets et boissons (let. a); de contribuer à la sauvegarde de l'ordre et de la tranquillité publics (let. b); de promouvoir un développement de qualité de l'hôtellerie et de la restauration, en particulier par la formation et le perfectionnement professionnels (let. c); de contribuer à la protection des consommateurs et à la vie sociale (let. d). Elle s'applique notamment au service, contre rémunération, ou à la vente de mets ou de boissons à consommer sur place (art. 2 al. 1 let. b LADB). A teneur de l'art. 4 al. 1 LADB, l'exercice de l'une des activités soumises à la présente loi nécessite l'obtention préalable auprès de l'autorité compétente d'une licence qui comprend l'autorisation d'exercer (let. a) et l'autorisation d'exploiter (let b). L'autorisation d'exercer est délivrée à la personne physique responsable de l'établissement (art 4 al. 2 LADB). L'autorisation d'exploiter est délivrée à la personne morale ou physique, propriétaire ou titulaire du contrat de bail à loyer ou d'un contrat analogue, qui exploite le fonds de commerce (al. 3). La licence est accordée pour des locaux déterminés. Elle peut être assortie de conditions et de charges fixées d'entente entre le département et la commune (art. 34 al. 1 LADB). bb) Sous le titre VII intitulé

"Droits et obligations des titulaires de licences", l'art. 37 LADB dispose que les titulaires des autorisations d'exercer et d'exploiter répondent de la direction en fait de l'établissement. L'art. 31 al. 1 RLADB précise qu'ils sont en tout temps, solidairement responsables en fait de l'exploitation de leur établissement; ils répondent notamment du respect des dispositions légales fédérales, cantonales et communales relatives à l'exploitation des établissements. Ils répondent également de la faute de leurs employés et auxiliaires comme de leur propre faute (art. 31 al. 2 RLADB). En cas d'infraction aux dispositions légales fédérales, cantonales et communales relatives à l'exploitation des établissements, ils sont par ailleurs conjointement dénoncés auprès des autorités administratives ou pénales compétentes (art. 31 al. 3 RLADB). Selon l'art. 32 RLADB, les titulaires d'autorisation d'exercer, qui ne sont pas également employeurs au sens de l'article 10d du présent règlement, doivent pouvoir démontrer qu'ils exercent une présence effective correspondant à 50% au moins d'une activité à temps complet dans l'établissement pour lequel ils ont obtenu une autorisation. Ils doivent être rémunérés conformément aux dispositions légales ou conventionnelles applicables. A noter que cette disposition, dans sa teneur en vigueur jusqu'au 30 juin 2015, disposait que les titulaires d'autorisation d'exercer, qui ne sont pas également exploitants, ou les titulaires d'autorisation simple au sens des articles 21 et 23 de la loi, doivent pouvoir démontrer qu'ils exercent une présence effective d'un tiers au moins d'une activité à temps complet dans l'établissement pour lequel ils ont obtenu une autorisation. L'art 39 RLADB dispose encore que toute forme de mise à disposition d'une partie des locaux d'un établissement existant par le titulaire de la licence, de l'autorisation d'exercer ou de l'autorisation d'exploiter, en vue d'y exploiter un autre établissement, est interdite (al. 1). Toute forme de prêt ou de location de la licence, de l'autorisation d'exercer ou de l'autorisation d'exploiter est prohibée (al. 2). cc) La LADB prévoit sous son titre XII les mesures administratives en cas d'infractions: L'art. 60 LADB est libellé comme suit: "Fermeture temporaire ou définitive d'établissement 1 Le département retire la licence au sens de l'article 4 et peut ordonner la fermeture temporaire ou définitive d'un établissement lorsque: a. l'ordre public l'exige; b. les locaux, les installations ou les autres conditions d'exploitation ne répondent plus aux exigences imposées pour l'octroi de la licence; c. les émoluments cantonaux ou communaux liés à la licence ne sont pas acquittés dans le délai fixé par le règlement d'exécution ; d. les contributions aux assurances sociales que l'exploitant est également tenu de payer n'ont pas été acquittées dans un délai raisonnable." L'art. 60a LADB dispose que: "1 Le département retire, pour une durée maximale de cinq ans, l'autorisation d'exercer ou l'autorisation d'exploiter lorsque : a. le titulaire a enfreint les prescriptions cantonales, fédérales et communales relatives à l'exploitation des établissements, au droit du travail et à l'interdiction de fumer ; b. des personnes ne satisfaisant pas aux exigences légales en matière de séjour des étrangers ont été ou sont employées dans l'établissement ; c. le titulaire a commis des infractions contraires à l'ordre, à la sécurité ou à la salubrité publics, ainsi qu'à la protection de l'environnement, dans la gestion de son établissement ; d. le titulaire n'a pas payé les contributions aux assurances sociales qu'il est tenu de régler ; e. il apparaît ultérieurement que le titulaire a fourni intentionnellement des renseignements et pièces inexacts dans le but d'obtenir une licence, une autorisation d'exercer ou d'exploiter." b) En l'espèce, dans la mesure où l'activité contestée du recourant a perduré au-delà du 1<sup>er</sup> juillet 2015, les modifications législatives précitées lui sont applicables. L'autorité intimée a retenu des infractions relatives à l'exploitation de l'établissement, en particulier son prêt de licence (art. 60a al. 1 let. a LADB et art. 39 RLADB), au droit du travail (art. 60a al. 1 let. a LADB), au droit applicable en

matière de séjour des étrangers (art. 60a al. 1 let. b LADB) et une dissimulation de son activité auprès d'une société tierce, ainsi qu'un accord passé avec les exploitants consistant à exclure de son activité toute responsabilité en lien avec la titularité de l'autorisation d'exercer (art. 60a al. 1 let. e LADB). c) Il ressort de l'audition du recourant du 5 juin 2015 par la Police cantonale du commerce que celui-ci a admis qu'il n'exerçait aucune responsabilité dans la direction de de l'établissement "\*\*\*\*\*" et que son travail se limitait au service, en violation de ses obligations légales (cf. art. 37 LADB). Il objecte que son comportement résulterait d'une méconnaissance de la loi. Cet argument ne résiste pas à l'examen. Le recourant a personnellement fait l'objet d'un avertissement en janvier 2015 et a été sanctionné à deux reprises par l'autorité pénale compétente en relation avec son activité au sein de l'établissement précité. Il ne pouvait ainsi ignorer ses devoirs découlant de son autorisation d'exercer, ni se retrancher derrière les agissements des gérants de la société exploitante. La LADB instaure une responsabilité solidaire objective entre les titulaires des autorisations d'exercer et d'exploiter pour la gestion de l'établissement. Ils répondent ensemble du respect des dispositions légales fédérales, cantonales et communales relatives à l'exploitation de l'établissement (cf. art. 37 LADB et 31 al. 1 RLADB). En cas d'infractions auxdites dispositions, ils sont dénoncés conjointement auprès des autorités administratives ou pénales compétentes (art. 31 al. 3 RLADB). Au vu des infractions commises, c'est à juste titre que son autorisation a été retirée.

## **E. 5**

Reste à déterminer si le refus de lui délivrer une nouvelle autorisation pendant une période de deux ans est justifié. a) L'art. 27 al. 1 Cst. garantit la liberté économique. Cette liberté comprend 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. Elle peut être invoquée tant par les personnes physiques que par les personnes morales (ATF 135 I 130 consid. 4.2 et les arrêts cités). Le cafetier-restaurateur bénéficie également de ce droit (arrêt TF 2C\_399/2010 du 28 juillet 2010 consid. 3.1 et la référence citée). Comme n'importe quel droit constitutionnel, la liberté économique peut être restreinte aux conditions de l'art. 36 Cst. (base légale, intérêt public et proportionnalité). Sont ainsi autorisées les restrictions à la liberté économique reposant sur des mesures de police, des mesures de politique sociale ou des mesures dictées par la réalisation d'autres intérêts publics (ATF 125 I 322 consid. 3a). Sont en revanche prohibées les mesures de politique économique ou de protection d'une profession qui entravent la libre concurrence en vue de favoriser certaines branches professionnelles ou certaines formes d'exploitation (ATF 131 I 223 consid. 4.2.; 130 I 26 consid. 6.3.3.1; 125 I 209 consid. 10a et les arrêts cités). Pour être conforme au principe de la proportionnalité (art. 36 al. 3 Cst.), une restriction d'un droit fondamental doit être apte à atteindre le but visé - règle d'aptitude -, lequel ne peut pas être obtenu par une mesure moins incisive - règle de nécessité -; il faut en outre qu'il existe un rapport raisonnable entre les effets de la mesure sur la situation de la personne visée et le résultat escompté du point de vue de l'intérêt public - proportionnalité au sens étroit (ATF 137 I 167 consid. 3.6.; 138 I 331 consid. 7.4.3.1). b) Etant titulaire du certificat de capacité de cafetier-restaurateur-hôtelier, le recourant peut se prévaloir de sa liberté économique. Il convient par conséquent d'examiner si les mesures prononcées à l'encontre du recourant constituent ou non une restriction admissible à sa liberté économique, sous l'angle de l'article 36 Cst. Sous l'angle de la base légale, les mesures sont prévues dans une loi formelle, soit aux art. 60 et 60a précités de la LADB, qui, comme on l'a vu, s'appliquent en

l'espèce. Quant à l'intérêt public, la LADB a pour but notamment de contribuer à la sauvegarde de l'ordre et de la tranquillité publics, de promouvoir un développement de qualité de l'hôtellerie et de la restauration, en particulier par la formation et le perfectionnement professionnels et de contribuer à la protection des consommateurs et à la vie sociale. 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 de législation sur les denrées alimentaires, sur les auberges et débits de boisson et sur la prévention de l'alcoolisme, notamment, répond à un but d'intérêt public. (GE 2005.0117 du 3 février 2006 consid. 2b/bb et les références citées). Le retrait d'une autorisation d'exercer ou d'exploiter au motif que le titulaire n'exerce pas de fait les obligations et responsabilités légales liées à l'octroi d'une telle autorisation répond à un but d'intérêt public. Comme le relève la Municipalité, il est important que les établissements soient réellement exploités par des exploitants et des exerçants au bénéfice d'une formation adéquate qui sont à même de veiller quotidiennement au respect des règles et au bon fonctionnement du commerce. c) Il reste à examiner le respect du principe de la proportionnalité. aa) Selon la jurisprudence, le prêt de licence constitue une infraction grave à la LADB qui pose comme principe essentiel que l'autorisation d'exercer est délivrée à une personne titulaire du certificat de capacité, soit une personne ayant les compétences nécessaires pour diriger un établissement conformément à l'art. 4 al. 2 LADB, de nature à justifier à elle seule le retrait de l'autorisation (voir les arrêts GE.2013.0157 du 13 mars 2014 consid. 4b; GE.2008.0193 du 30 mars 2009 consid. 3a; GE.2009.0029 du 12 août 2009 consid. 3c; GE.2005.0160 du 23 novembre 2005 consid. 3a). Cette mesure est fondée comme on l'a vu sur l'art. 60a LADB qui permet de retirer une autorisation d'exercer ou d'exploiter pour une durée maximale de cinq ans. Cette disposition a été introduite par la nouvelle entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2015. Il ressort de l'Exposé des motifs et projet de loi modifiant la loi du 26 mars 2002 sur les auberges et les débits de boissons de décembre 2013 que le retrait de l'autorisation d'exercer ou d'exploiter pour une certaine durée était prévu dans l'ancienne LADB, abrogée le 1<sup>er</sup> janvier 2007. Bien qu'elle ne fût pas souvent appliquée, l'EMPL relevait qu'elle serait utile dans les cas d'exerçant ou d'exploitant qui récidivent à plusieurs reprises dans le même type d'infraction. Par ailleurs, la jurisprudence (GE.2007.0071 du 18 septembre 2007) avait confirmé qu'il convenait de disposer d'une base légale formelle pour refuser d'octroyer, durant une certaine durée, une autorisation d'exercer ou d'exploiter à une personne physique ou morale, car il s'agit d'une atteinte grave à la liberté économique (cf. EML de décembre 2013, commentaires article par article du projet de loi, ad. art 60a). bb) Dans le cas présent, en prêtant son autorisation d'exercer, le recourant a commis une infraction grave à la LADB qui doit être sanctionnée. Toutefois il ressort de la réponse de la Municipalité que le recourant n'a pas exercé à \*\*\*\*\* dans d'autres établissements et qu'il n'apparaît pas coutumier du prêt de licence. Le SPECo ne soutient d'ailleurs pas que le recourant serait un récidiviste dans ce genre d'infraction. Il y a également lieu de rappeler que la loi prévoit une responsabilité solidaire de l'exploitant et de l'exerçant, lesquels sont dénoncés conjointement aux autorités pénales et administratives en cas d'infractions aux dispositions légales, notamment (cf. art. 37 LADB et 31 RLADB). Ainsi, les associés-gérants de la société B. \_\_\_\_\_ Sàrl ont aussi été condamnés par ordonnances pénales du 24 juillet 2015 pour le prêt de l'autorisation d'exercer litigieux. Or si la décision attaquée retire l'autorisation d'exploiter délivrée à B. \_\_\_\_\_ Sàrl, il appert des pièces au dossier que cette mesure a été levée le 16 octobre 2015. L'autorité intimée n'a pas prononcé à l'égard de cette société exploitante une mesure

de refus de toute autorisation pour une certaine durée, alors même que ses gérants ont été sanctionnés pour des faits semblables en relation avec l'exploitation d'un autre établissement public. L'autorité intimée ne motive pas cette différence de traitement entre le recourant et la société exploitante. cc) Au vu de ces éléments, la sanction prononcée à l'encontre du recourant apparaît disproportionnée, même si la gravité des infractions justifie une mesure suffisamment importante. Il ressort de la jurisprudence qu'un retrait d'exercer de 18 mois avait été prononcé dans un cas de prêt de licence, à une personne en situation de récidive (cf. GE.2007.0071 du 18 septembre 2007). Dans le cas présent, et tout bien pesé, il se justifie de réduire la durée du refus de délivrer au recourant de toute nouvelle autorisation d'exercer à quinze mois. Dans la mesure où l'effet suspensif au recours a été retiré et que le recourant n'a pas demandé sa restitution, la mesure est d'ailleurs effective depuis la date de la décision attaquée soit le 25 septembre 2015 et devrait donc prochainement prendre fin.

#### **E. 6**

. Il ressort des considérants qui précèdent que le recours doit être partiellement admis, la décision étant réformée en ce sens qu'il est refusé à A. \_\_\_\_\_ toute autorisation d'exercer pour une durée de quinze mois à compter de la date de la décision attaquée (chif. 3 du dispositif de la décision). La décision doit être confirmée pour le surplus. Succombant partiellement, le recourant supportera les frais de justice réduits (art. 49 al. 1 LPA-VD) et il n'a pas droit à des dépens (art. 55 LPA-VD).

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