

# VD\_OMNI GE.2024.0222 vom 21. November 2024

VD Tribunal cantonal, 2024-11-21, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_omni\\_GE.2024.0222](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_GE.2024.0222)

FR: VD\_OMNI GE.2024.0222 du 21 novembre 2024

IT: VD\_OMNI GE.2024.0222 del 21 novembre 2024

## Regeste

A. \_\_\_\_\_, B. \_\_\_\_\_/Police cantonale du commerce | Retrait de l'autorisation d'exercer. Cas d'application de l'art. 60a LADB, et non de l'art. 35 al. 2 LADB. Notion de probité Le recourant (l'exerçant) a commis une escroquerie et un faux dans les titres afin d'obtenir, en faveur de son établissement, un crédit étatique (covid-19) d'un montant supérieur à celui auquel il aurait eu droit. Ces infractions portent atteinte à l'ordre public. Il existe toutefois des circonstances atténuantes. En outre, la condamnation pénale est destinée à être rayée du casier judiciaire du recourant très prochainement, soit le 9 février 2025. En vertu du principe de proportionnalité, le recours est admis et la cause est renvoyée à l'autorité intimée, afin que celle-ci notifie un avertissement au recourant.

## Erwägungen

### E. 1

Interjeté dans le délai de trente jours fixé par l'art. 95 de la loi vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative (LPA-VD; BLV 173.36), le recours est intervenu en temps utile. Il respecte au surplus les conditions formelles énoncées à l'art. 79 LPA-VD (applicable par renvoi de l'art. 99 LPA-VD). Il y a dès lors lieu d'entrer en matière sur le fond.

### E. 2

Peuvent se voir refuser l'autorisation d'exploiter, les personnes morales dont les organes ont une inscription au casier judiciaire pour la commission d'un crime ou d'un délit ou pour la commission répétée de contraventions, pour des faits contraires à la probité ou à l'honneur". Les dispositions légales et réglementaires n'expliquent pas ce qu'il est entendu par " probité " ou " honneur ". L'art. 59a LADB prévoit que la demande d'autorisation d'exercer ou d'exploiter est refusée lorsque les conditions légales ne sont pas remplies. bb) La loi s'interprète en premier lieu selon sa lettre (interprétation littérale). Si le texte se prête à plusieurs interprétations, s'il y a de sérieuses raisons de penser qu'il ne correspond pas à la volonté du législateur, il convient de rechercher sa véritable portée au regard notamment des travaux préparatoires (interprétation historique), du but de la règle, de son esprit, ainsi que des valeurs sur lesquelles elle repose, singulièrement de l'intérêt protégé (interprétation téléologique) ou encore de sa relation avec d'autres dispositions légales (interprétation systématique) (ATF 147 III 78 consid. 6.4; 138 III 166 consid. 3.2; 136 III 283 consid. 2.3.1; 135 III 640 consid. 2.3.1; CDAP GE.2021.0073 du 3 août 2021 consid. 2c/bb). cc) La probité se définit comme la vertu qui consiste à observer scrupuleusement les règles de la morale sociale, les devoirs imposés par l'honnêteté et la justice (cf. GE.2021.0073 du 3 août 2021 consid. 2c/bb qui cite le dictionnaire "Le Petit Robert" [éd. 2017]). L'honneur est quant à lui le fait de mériter la considération, l'estime des autres et de soi-même sur le plan moral et selon les valeurs de la société ( ibidem ). Force

est de constater que toute infraction pénale s'avère contraire sinon à l'honneur, du moins à la probité, dès lors qu'elle emporte une violation des règles de la morale sociale, respectivement des devoirs imposés par l'honnêteté et la justice. Par la formulation de l'art. 35 al. 2 LADB, la volonté du législateur n'était toutefois pas d'englober toute infraction pénale (cf. GE.2021.0073 du 3 août 2021 consid. 2c/cc; Exposé des motifs et projet de loi sur les auberges et les débits de boissons [EMPL LADB], in Bulletin du Grand Conseil [BGC] séance du 29 janvier 2002, p. 7782 ss, 8114 ss). L'art. 35 al. 2 a suscité de longs débats au parlement au cours duquel a été en particulier débattu le caractère " général " de sa formulation. Certaines infractions ou comportements susceptibles d'être incompatibles avec la délivrance d'une licence ont été évoqués (alcoolisme; ivresse au volant; violences à la suite d'alcoolisme); d'autres infractions, en particulier des cas de harcèlement sexuel et de viols commis à l'encontre d'employés de restaurants, ont été évoquées. Les infractions en lien avec les stupéfiants ont également été abordées lors du premier débat, par un député selon qui l'abandon de la possibilité de refuser une autorisation à une personne condamnée pour des faits graves constituerait " un encouragement pour la traite des êtres humains et des abcès de fixation pour les consommateurs de produits stupéfiants " (EMPL LADB, BGC p. 8114 s.). Le texte initial, qui ne proposait aucune marge de manœuvre, a finalement été adapté pour que le refus de licence ne soit plus automatique mais devienne une faculté de l'autorité. Au vu du nombre " extrêmement vaste " de situations factuelles contraires à la probité ou à l'honneur, le législateur a estimé qu'il était indispensable de laisser une marge de manœuvre permettant à l'autorité de refuser la licence dans les hypothèses où cela se justifierait, pour éviter de systématiquement pénaliser deux fois une personne qui avait été condamnée (EMPL LADB, BGC p. 9439 à 9445). dd) Le large pouvoir d'appréciation de l'autorité intimée dans le cadre de l'application de l'art. 35 LADB échappe en partie au contrôle la CDAP (GE.2021.0073 du 3 août 2021 consid. 2c/cc). Celle-ci ne dispose que d'un pouvoir d'examen limité à la violation du droit, y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation, à la constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents, au refus de statuer et au retard injustifié (art. 98 LPA-VD, par opposition à l'art. 76 LPA-VD). Commet un excès de son pouvoir positif d'appréciation l'autorité qui sort du cadre de sa liberté d'appréciation en usant d'une faculté qui ne lui appartient pas, par exemple en optant pour une solution différente de celles qui s'offrent à elle; on peut également ajouter l'hypothèse d'un excès de pouvoir négatif visant le cas de l'autorité qui, au lieu d'utiliser sa liberté d'appréciation, se considère comme liée (ATF 143 V 369 consid. 5.4.1; 137 V 71 consid. 5.1; 123 V 150 consid. 2; GE.2021.0073 du 3 août 2021 consid. 2c/cc et les références citées). ee) L'ancien tribunal administratif a jugé que l'infraction routière de conduite sans permis n'était pas contraire à la probité et à l'honneur au sens de l'art. 35 al. 2 LADB, une telle qualification étant en effet réservée à des infractions particulières, ainsi celles qui présentent une certaine gravité, respectivement ont trait à des faits liés à l'exploitation d'un établissement public, notamment celles qui portent atteinte au patrimoine (telles que faux dans les titres; abus de confiance; escroquerie à l'assurance ou aux mœurs, p. ex.: proxénétisme de l'ancien art. 198 CP; cf. TA GE.2004.0108 du 11 février 2005 consid. 1). Reconnaissant que l'intérêt public protégé par la disposition en cause tenait à la protection de la clientèle des établissements publics, ce même tribunal a par la suite retenu un abus du pouvoir d'appréciation de l'autorité intimée qui avait refusé une autorisation d'exercer en se fondant sur le non-écoulement du délai d'épreuve et en attribuant aux infractions commises une gravité particulière, alors même que " rien ne justifiait qu'elle s'écarte de l'appréciation de la gravité des faits par le juge pénal, qui n'a[vait] retenu qu'une

culpabilité très moyenne de l'intéressé " (TA GE.2005.0118 du 8 novembre 2015 consid. 3 et 4, relevant qu'il ne fallait pas "perdre de vue que l'intérêt public que tend à sauvegarder l'art. 35 al. 2 LADB tient à la protection de la clientèle des établissements publics. Or, force est de constater que les infractions retenues par le juge pénal n'ont pas été commises au préjudice des clients de l'intéressé, mais de son associé et de certains créanciers de son établissement " consid. 3, concernant une personne condamnée à une peine de six mois d'emprisonnement avec sursis pendant deux ans pour abus de confiance, fausse communication aux autorités chargée du registre du commerce, banqueroute frauduleuse, violation de l'obligation de tenir une comptabilité et obtention frauduleuse d'une constatation fausse). On ajoutera que dans cette affaire les faits délictueux avaient eu lieu sept ans auparavant. La CDAP a élargi son interprétation en considérant que l'art. 35 al. 2 LADB ne visait pas exclusivement les infractions portant atteinte au patrimoine ou commises en relation avec l'exploitation d'un établissement public. Les condamnations visées devaient toutefois présenter une certaine gravité ou avoir trait à l'exploitation d'un établissement public ou encore aux mœurs (GE.2021.0073 du 3 août 2021 consid. 2d). Dans l'affaire en question, elle a jugé que les infractions de voies de fait, lésions corporelles simples, menaces et viol, dont le recourant s'était rendu coupable à l'encontre de son ex-épouse étaient des infractions graves et qu'au vu des circonstances – culpabilité lourde et absence de regret –, l'application de l'art. 35 al. 2 LADB par l'autorité administrative ne prêtait pas flanc à la critique. Dans l'arrêt GE.2022.0159 du 9 février 2023 consid. 3, la CDAP a confirmé le bien-fondé d'un refus de patente pour des infractions qui n'avaient pas été commises dans la cadre de l'exploitation de l'établissement de la recourante (deux vols et des contraventions à la loi sur les stupéfiants). Elle a relevé que les deux vols constituaient des infractions contre le patrimoine, ce qui avait expressément été envisagé par la jurisprudence comme pouvant conduire à l'application de l'art. 35 al. 2 LADB (cf. TA GE.2004.0108 précité consid. 1). S'agissant des infractions à la loi sur les stupéfiants, elle a retenu qu'il s'agissait de contraventions, dont la commission répétée entrainait dans le champ d'application de l'art. 35 LADB. En outre, la loi sur les stupéfiants avait notamment pour but de préserver la sécurité et l'ordre publics des dangers émanant du commerce et de la consommation de stupéfiants, ce qui était également un des buts de la LADB. La CDAP a ainsi admis que, en considérant que ces actes étaient contraires à la probité ou à l'honneur, l'autorité intimée avait statué dans le respect des art. 35 LADB et 30 RLADB. Il ressort aussi de la jurisprudence que l'autorité intimée ne refuse pas systématiquement les demandes d'autorisations d'exercer en cas de condamnation pénale. De telles décisions positives n'étant généralement pas attaquées devant la CDAP, celle-ci ne peut avoir une vision claire de la pratique administrative. Il convient cependant à titre illustratif de citer l'arrêt rendu dans la cause GE.2010.0214 en date du 12 septembre 2011 (consid. 4b), dont il ressort qu'un recourant qui avait fait l'objet, en date du 16 avril 2010, d'une condamnation figurant à son casier judiciaire sous la mention " Emploi d'étrangers sans autorisation - Peine pécuniaire 30 jours-amende à 70 CHF - Sursis à l'exécution de la peine, délai d'épreuve 2 années " ne s'était pas vu refuser l'autorisation requise. Celle-ci avait toutefois été limitée à deux ans, soit la durée du sursis pénal encore en cours. b) L'ancien art. 60 LADB, qui réglait le retrait de licence ou d'autorisation, a été scindé en 2015 en deux nouvelles dispositions, les art. 60 et 60a LADB, l'un ayant trait à la fermeture de l'établissement, l'autre prévoyant les cas de retrait des autorisations d'exercer ou d'exploiter. Ces dispositions ont la teneur suivante: "Art. 60 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. Art. 60a Retrait des autorisations d'exercer ou d'exploiter 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. Art. 60b Effet suspensif 1 Les sanctions administratives prises par les autorités cantonales et communales sont directement exécutoires. Les recours n'ont pas d'effet suspensif, sauf décision contraire de l'autorité de recours, sur requête de la partie recourante." c) En vertu de l'art. 62 LADB, dans les cas d'infractions de peu de gravité, le département peut adresser un avertissement aux titulaires de la licence, de l'autorisation d'exercer ou de l'autorisation d'exploiter au sens de l'art. 4.

### **E. 3**

S'agissant de la coordination entre procédure administrative et procédure pénale, il y a lieu de rappeler que, s'il est vrai que le juge administratif est libre de forger sa propre conviction, il convient néanmoins d'éviter que des décisions contradictoires ne soient rendues sur la base des mêmes faits (Thierry Tanquerel, Manuel de droit administratif, 2<sup>e</sup> éd., 2018, n. 628 ss, p. 228 ss). La jurisprudence prescrit ainsi à l'autorité administrative de ne pas s'écarter sans raisons sérieuses des faits établis au pénal, en particulier lorsque l'enquête pénale a donné lieu à des investigations approfondies et lorsque le juge a entendu directement les parties et les témoins (ATF 139 II 95 consid. 3.2; 137 I 363 consid. 2.3.2; 136 II 447 consid. 3.1; 129 II 312 consid. 2.4). Si les faits retenus au pénal lient en principe l'autorité et le juge administratifs, il en va toutefois différemment des questions de droit, l'autorité administrative n'étant pas liée par l'appréciation juridique des faits (cf. TF 1C\_588/2020 du 25 novembre 2021 consid. 3.3; 1C\_252/2016 du 15 novembre 2016 consid. 4.4). Les principes jurisprudentiels précités, développés à l'origine en matière de circulation routière, s'appliquent également à d'autres domaines du droit administratif, (CDAP AC.2020.0347 du 10 mars 2023 consid. 4e; GE.2022.0103 du 31 janvier 2023 consid. 3c/aa; PS.2013.0078 du 30 novembre 2022 consid. 2a et les références citées; GE.2012.0144 du 11 avril 2013 consid. 2a concernant la LADB).

### **E. 4**

a) Selon l'art. 27 al. 1 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst.; RS 101), la liberté économique est garantie. Elle 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.). Cette liberté protège toute activité économique privée, exercée à

titre professionnel et tendant à la production d'un gain ou d'un revenu (ATF 145 I 183 consid. 4.1.5; 143 II 598 consid. 5.1; 134 I 214 consid. 3). Elle peut être invoquée tant par les personnes physiques que par les personnes morales (ATF 143 II 598 consid. 5.1; 135 I 130 consid. 4.2). Elle vaut notamment pour l'activité d'aubergiste (arrêts CDAP GE.2023.0147 du 12 octobre 2023). Comme tout droit fondamental, la liberté économique peut être restreinte. Aux termes de l'art. 36 al. 1 Cst., toute restriction d'un droit fondamental doit être fondée sur une base légale; les restrictions graves doivent être prévues par une loi (ATF 139 I 280 consid. 5.1 et les références citées); les cas de danger sérieux, direct et imminent sont réservés. Sont autorisées les mesures de police, de politique sociale ainsi que celles dictées par la réalisation d'autres intérêts publics. 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 143 I 37 consid. 8.2; 140 I 218 consid. 6.2; 131 I 223 consid. 4.2 et les références citées). En outre, toute restriction d'un droit fondamental doit être justifiée par un intérêt public ou par la protection d'un droit fondamental d'autrui et être proportionnée au but visé (cf. art. 36 al. 2 et 3 Cst.). Les mesures restreignant l'activité économique peuvent notamment viser à protéger la santé publique (ATF 131 I 223 consid. 4.2; 125 I 322 consid. 3a, 335 consid. 2a). b) Pour être conforme au principe de la proportionnalité (art. 36 al. 3 Cst.), une restriction à un droit fondamental doit être apte à atteindre le but visé (règle de l'aptitude), lequel ne peut pas être obtenu par une mesure moins incisive (règle de la 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 ( principe de la proportionnalité au sens étroit, impliquant une pesée des intérêts; ATF 148 I 160 consid. 7.10; 147 IV 145 consid. 2.4.1; 146 I 157 consid. 5.4; 146 I 70 consid. 6.4; arrêts TF 1C\_582/2021 du 21 février 2023 consid. 6.1; 2C\_793/2014 du 24 avril 2015 consid. 4.1). Le principe de la proportionnalité peut aussi impliquer, sur le plan de la procédure, un avertissement préalable à la sanction, dont on ne pourra se passer que s'il y a urgence ou si le comportement répréhensible est à ce point grave qu'il mérite une mesure immédiate (cf. CDAP PS.2022.0078 du 17 mars 2023 consid. 3b et les nombreuses références citées; GE.2015.0087 du 5 février 2016 consid. 5b). Il a été jugé que, même si le texte légal était muet sur ce point, l'exigence de gradation de la sanction découlait directement du principe constitutionnel de proportionnalité (cf. art. 36 al. 3 Cst.; CDAP PS.2020.0005 du 15 mai 2020 consid. 3b; GE.2018.0069 du 14 septembre 2018 consid. 2c, concernant l'art. 60 LADB).

## **E. 5**

En l'espèce, il apparaît que les deux parties fondent partiellement leur argumentation sur l'art. 35 al. 2 LADB. Cet article concerne les conditions d'octroi de l'autorisation d'exploiter ou d'exercer. Or dans le cas d'espèce, il n'est pas (encore) question de l'octroi d'une autorisation d'exercer dès lors que le recourant est au bénéfice d'une telle autorisation valable jusqu'au 31 juillet 2025. La décision attaquée consiste en un retrait de l'autorisation d'exercer. C'est ainsi l'art. 60a LADB qui est déterminant pour juger de la présente affaire, plus particulièrement la lettre c en vertu de laquelle l'autorisation est retirée lorsque " 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 ". Quant à l'art. 35 al. 2 LADB, on rappelle qu'il prévoit que " [I] es personnes, physiques ou morales, condamnées pour des faits contraires à la probité ou à l'honneur peuvent se voir refuser une autorisation d'exploiter ou d'exercer, cela aussi longtemps que la condamnation n'est pas

radiée du casier judiciaire ". Si l'on compare les formulations des deux articles précités, il apparaît que le cercle des infractions visées par l'art. 35 al. 2 LADB est plus large que celui des infractions mentionnées à l'art. 60a LADB. Cela apparaît conforme au principe de proportionnalité. En effet le refus préventif d'autorisation porte moins atteinte aux intérêts de la personne concernée que le retrait d'autorisation, qui sanctionne et met fin à un usage en cours. On en déduit qu'une infraction qui ne justifierait pas un refus d'autorisation ne peut pas non plus justifier un retrait d'autorisation. Il est en l'occurrence reproché au recourant d'avoir commis une escroquerie et un faux dans les titres afin d'obtenir un crédit étatique d'un montant supérieur à celui auquel il aurait eu droit. Ces infractions portent atteinte à la confiance dont devraient être empreintes les relations entre les exploitants d'établissement et les autorités. Comme le relève en effet l'autorité intimée, le recourant a sciemment abusé d'une procédure mise sur place en urgence et qui traduisait la volonté politique d'aider rapidement et de manière non-bureaucratique les entreprises en difficulté en raison de la pandémie liée au COVID . Dans ce contexte, il y a lieu de retenir que les infractions en cause portent atteinte à l'ordre public et ont été commises par le recourant dans le cadre de la gestion de son établissement, comme le requiert l'art. 60a LADB. Le cas d'espèce présente toutefois des particularités. En effet, le recourant a remboursé l'entier du prêt de 120'000 fr. à la banque BCV le 15 juin 2020 . La situation est ainsi radicalement différente de la situation dans laquelle la personne condamnée aurait tenté conserver le produit de son crime. Il ressort aussi du jugement pénal que le recourant a utilisé la somme reçue uniquement pour payer les factures du restaurant. En outre, les faits remontaient à plus de quatre ans au moment où la décision attaquée a été rendue et la condamnation pénale est destinée à être rayée du casier judiciaire du recourant le 9 février 2025. Ce délai découle du fait que le recourant a été condamné en date du 9 février 2023. Le fait que la condamnation ait eu lieu le 9 février 2023 et non six ou huit mois plus tôt (ce qui aurait eu pour conséquence que l'inscription aurait pu être radiée déjà en août ou juin 2024) relève de circonstances qui n'ont rien à voir avec la culpabilité du recourant. Il y a dès lors lieu de relativiser la portée de cette inscription. On ajoutera que le juge pénal a considéré que la faute était assez légère. Certes, le jugement pénal ne lie pas l'autorité administrative mais celle-ci ne devrait pas s'en écarter sans motivation. En l'occurrence, l'autorité intimée n'a pas indiqué pour quelles raisons elle estimait qu'il était nécessaire de s'écarter de l'appréciation pénale. Si on examine la décision attaquée sous l'angle de la proportionnalité, en premier lieu sur le plan de l'adéquation, il faut admettre que le retrait de l'autorisation exclut tout risque que l'exploitant commette une nouvelle infraction au patrimoine. Il apparaît toutefois qu'un tel but pourrait être également atteint par une mesure moins contraignante qu'un retrait . En effet, il apparaît qu'un avertissement avec menace de retrait en cas de récidive (quelle que soit la nature de la récidive) serait aussi de nature à décourager le recourant de toute nouvelle infraction au patrimoine, d'autant plus qu'un tel avertissement serait effectif même un fois l'inscription litigieuse radiée du casier judiciaire du recourant. En outre, sur le plan de la proportionnalité au sens étroit, on relève que le retrait signifié au recourant aurait pour conséquence la cessation de son activité professionnelle et l'obligation, difficile à mettre en œuvre, pour la société recourante de retrouver un autre exerçant. Ces conséquences apparaissent excessives alors qu'un moyen adéquat et moins incisif qu'un retrait entre en ligne de compte pour protéger l'ordre public. Compte tenu des particularités du cas d'espèce, il convient au final de considérer que la décision attaquée n'est pas conforme au principe de proportionnalité.

## E. 6

a) Les considérants qui précèdent conduisent le Tribunal à admettre le recours, à annuler la décision attaquée et à renvoyer la cause à l'autorité intimée, afin que celle-ci notifie un avertissement au recourant. b) Au vu de l'issue du pourvoi, l'arrêt est rendu sans frais (cf. art. 49 al. 1, 52 al. 1, 91 et 99 LPA-VD). Les recourants, qui obtiennent gain de cause avec l'assistance d'un avocat, ont droit à une indemnité à titre de dépens (cf. art. 55 al. 1, 91 et 99 LPA-VD).

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