

du 11 mai 2004

dans la cause

Monsieur G. A. M.

représenté par Me Eric Stampfli, avocat

contre

CONSEIL D'ÉTAT

EN FAIT

1. Par arrêté du 30 juillet 1975, le Conseil d'Etat a autorisé M. G. A. M. à exercer la profession d'agent en fonds de commerce, au sens de l'article 7 de la loi sur les agents intermédiaires du 20 mai 1950 (LAI - I 2 12).
2. Selon un extrait des registres de l'office des poursuites de Genève du 23 avril 2003, il existait à cette date des poursuites diligentées par l'Etat de Genève à l'encontre de M. M. pour un montant de CHF 18'017,45.
3. Le 30 octobre 2003, l'office des poursuites de Genève a procédé à une saisie à hauteur de CHF 1'250.- par mois sur les revenus de M. M.. Le procès-verbal valait acte de défaut de biens provisoire, vu l'insuffisance de biens saisissables.
4. Le 3 décembre 2003, le département de justice, police et sécurité (ci-après : le département) a informé M. M. par courrier qu'il envisageait de proposer au Conseil d'Etat le retrait de son autorisation de pratiquer, car il avait fait l'objet d'actes de défaut de biens pour un montant de CHF 18'017.- et qu'il ne remplissait donc plus les exigences légales de solvabilité.

M. M. était invité à faire valoir son droit d'être entendu.
5. Dans ses explications du 9 janvier 2004, M. M. a expliqué que ses finances avaient été perturbées, à la suite de malversations commises par une de ses anciennes collaboratrices. L'administration fiscale cantonale le poursuivait sur la base des actes de défaut de biens et avait fait procéder à une saisie mensuelle sur ses revenus à hauteur de CHF 1'250.-. M. M. a requis le département de différer son intervention auprès du Conseil d'Etat.
6. Par arrêté du 11 février 2004, le Conseil d'Etat a retiré à M. M. l'autorisation d'exercer la profession d'agent en fonds de commerce et l'a radié du tableau de la profession.

M. M. ayant été sous le coup d'actes de défaut de

biens en 2000 et en 2003, l'exigence de solvabilité prévue par la LAI n'était plus remplie.

7. Le 12 mars 2004, M. M. a sollicité de la part du Conseil d'Etat la reconsidération de sa décision, au motif qu'il avait payé toutes ses dettes.

8. Par acte du même jour, M. M. a interjeté recours devant le Tribunal administratif contre l'arrêté du Conseil d'Etat. Il conclut à l'annulation de la décision entreprise et à ce qu'il soit constaté qu'il remplit les conditions légales pour exercer la profession d'agent en fonds de commerce.

M. M. avait intégralement désintéressé ses créanciers; dès lors, il n'existait nul motif justifiant le retrait de son autorisation d'exercer sa profession.

Seule une insolvabilité durable et générale était susceptible de motiver le refus de l'autorisation de pratiquer. M. M., en raison de circonstances exceptionnelles, avait fait l'objet d'actes de défaut de biens en 2000 et en 2003; toutefois, en 2004, il avait payé toutes ses dettes; l'autorisation de pratiquer ne saurait lui être retirée.

9. Le 31 mars 2003, le Conseil d'Etat a refusé d'entrer en matière sur la demande de reconsidération, en raison du fait que l'insolvabilité de M. M. avait duré plus de trois ans.

10. Dans ses observations du 20 avril 2004, le Conseil d'Etat, soit pour lui le département, conclut au rejet du recours.

Le recourant avait fait l'objet en 2000 de deux actes de défaut de biens et d'un en 2003. Il avait certes payé ses dettes, mais sa situation financière, considérée sur les trois dernières années, correspondait à la définition jurisprudentielle de l'insolvabilité.

L'arrêté entrepris constituait une restriction proportionnée à la liberté économique du recourant.

11. Le 23 avril 2004, le Tribunal administratif a informé les parties que la cause était gardée à juger.

EN DROIT

1. Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable (art. 56A de la loi sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 - LOJ - E 2 05; art. 63 al. 1 let. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).
2. a. L'article 26 alinéa 1er 1ère phrase de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 11 avril 1889 (LP - RS 281.1) dispose qu'en tant que le droit fédéral n'est pas applicable, les cantons peuvent prescrire que la saisie infructueuse et l'ouverture de la faillite produisent des effets de droit public, comme l'incapacité de remplir des fonctions publiques, d'exercer une profession ou une activité soumise à autorisation.

L'autorisation d'exercer la profession d'agent en fonds de commerce est refusée au failli non réhabilité, ainsi qu'à celui qui a suspendu ses paiements pour cause d'insolvabilité générale et durable (art. 3 let. b LAI).

Les restrictions de police contenues dans les normes cantonales sur l'exercice du commerce et de l'industrie dérogent au principe de la liberté économique, garantie par l'article 27 alinéa premier de la Constitution fédérale du 29 mai 1999 (Cst. féd. - RS 101), en retenant l'insolvabilité comme une condition négative d'accession à la profession (P.-R. GILLIERON, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Vol. I, Lausanne, 1999, p. 428 n. 29). La bonne réputation, la moralité et la solvabilité constituent des conditions positives pouvant être exigées, pour autant que soient respectés le principe d'égalité au sein de la profession, tout comme le principe de la proportionnalité des mesures de police (ATF 95 I 330 consid. 4 p. 334). Le Tribunal fédéral a jugé admissible la condition positive de la solvabilité et de la fourniture de sûretés pour l'exercice de la profession d'agent en fonds de commerce (ATF 80 I 116 consid. 2 p. 119).

L'insolvabilité constatée peut constituer un motif de retrait définitif de l'autorisation de pratiquer ou justifier une sanction disciplinaire moins grave, telle la suspension pour une durée plus ou moins longue (P.-R.

GILLIERON, op. cit., p. 429 n. 29).

Selon la jurisprudence, la notion d'insolvabilité n'est pas liée quant au fond à certains faits ou manifestations extérieurs, comme la faillite ou la saisie, car de tels faits ne prouvent qu'indirectement l'incapacité de paiement du débiteur et n'excluent nullement la possibilité de prouver l'insolvabilité d'une autre façon. L'insolvabilité est constituée par un état de fait réalisé lorsque le débiteur manque de moyens financiers nécessaires pour désintéresser ses créanciers; il faut cependant que cet état de fait ne soit pas simplement passager, comme cela arrive p. ex. quand le débiteur se trouve dans l'impossibilité momentanée de réaliser ses actifs. Il est nécessaire que la créance soit irrécouvrable à un certain moment, c'est-à-dire qu'il soit établi que le créancier n'a pu obtenir que partiellement le paiement de sa créance, après avoir utilisé tous les moyens de droit dont il disposait (ATF 68 II 177 = JdT 1942 I 565).

L'insolvabilité est présumée lorsqu'une faillite est ouverte et lorsque le poursuivant s'est fait remettre un acte de défaut de biens définitif après saisie (P.-R. GILLIERON, op. cit., p. 429 n. 33). Par contre, la remise au poursuivant d'un procès-verbal de saisie valant acte de défaut de biens provisoire ne constate pas à titre définitif l'insolvabilité du poursuivi (ibid.).

b. En vertu de l'article 26 alinéa 2 LP, il est mis fin aux effets de droit public de la saisie infructueuse et de l'ouverture de la faillite dès que la faillite est révoquée, que tous les créanciers titulaires d'un acte de défaut de biens sont désintéressés ou que toutes leurs créances sont prescrites.

Dans un arrêt concernant la profession d'avocat, le Tribunal administratif a jugé que, lorsque un avocat - interdit de pratiquer en raison de la délivrance d'un acte de défaut de biens à son encontre - avait payé toutes ses dettes, l'empêchement lié à son insolvabilité n'existait plus. Il devait par conséquent être réinscrit au tableau (ATA R. du 14 décembre 1999).

Dans la présente cause, le Conseil d'Etat, s'appuyant sur la jurisprudence du tribunal de céans, soutient que le recourant est insolvable, sur le vu de sa situation patrimoniale des trois dernières années, période durant laquelle il n'a pas été en mesure

d'assainir ses finances. Le recourant fait valoir que l'empêchement lié à son insolvabilité a disparu.

Le recourant a produit deux copies d'extrait des poursuites le concernant, pour un montant total de CHF 18'360,65 (soit CHF 10'222,30 + CHF 8'138,35), attestant que ces poursuites avaient été soldées. Il a également versé à la procédure une confirmation de paiement "yellownet" de la Poste, faisant état d'un versement daté du 3 mars 2004, d'un montant de CHF 18'360,65 en faveur de l'office des poursuites de Genève. Force est donc de constater que les dettes du recourant ont été éteintes.

La jurisprudence citée par le Conseil d'Etat ne saurait être relevante in casu. En effet, les espèces en question concernent toutes des justiciables qui, au moment où l'arrêt du Tribunal administratif a été rendu, faisaient encore l'objet de poursuites.

c. En l'occurrence, se pose la question de savoir s'il y a lieu de prendre en considération les faits nouveaux survenus depuis le prononcé de la décision du Conseil d'Etat ("echte nova") - c'est-à-dire le désintéressement des créanciers.

Il n'est tenu compte des faits nouveaux que si l'autorité de recours y est en général autorisée, si la décision ne sortit ses effets que dès la date de la décision sur recours et si l'économie de procédure l'impose (B. KNAPP, Précis de droit administratif, 4ème édition, Bâle et Francfort sur le Main, 1991, p. 434 n. 2105). Le rôle de l'autorité de recours consiste non seulement à contrôler la solution qui a été adoptée, mais aussi à imposer celle qui est propre à mettre fin à la contestation (ATF 98 Ib 178; ATF 92 I 327; ATF 89 I 337). Or, en faisant abstraction des faits survenus après la décision attaquée, l'autorité de recours ouvrirait la porte à de nouvelles procédures et risquerait donc de laisser subsister le litige, sans contribuer toujours utilement à le trancher (A. GRISEL, Traité de droit administratif, Neuchâtel, 1984, p. 932). Statuant sur recours de droit administratif, le Tribunal fédéral prend en compte les faits nouveaux, dans le domaine de la police des étrangers (ATF 105 Ib 165 consid. 6b p. 169; ATF 105 Ib 163) et en matière de circulation routière (ATF 105 Ib 385 consid. 2 p. 388). Tel n'est en revanche pas le cas en matière d'assurances sociales (ATF 116 V 248; ATF 115 V 231; ATF 107 V 6).

Dans un arrêt rendu sur recours contre une décision de la commission de libération conditionnelle, le tribunal de céans a tenu compte d'office de faits s'étant produits après que la décision de première instance eut été rendue (ATA S. du 19 janvier 1999).

Selon l'article 68 LPA, le recourant peut, sauf exception prévue par la loi, invoquer des motifs, des faits et des moyens de preuves nouveaux qui ne l'ont pas été dans les précédentes procédures. Cette disposition autorise le recourant à se prévaloir du versement en faveur de l'office des poursuites effectué le 3 mars 2004.

3. Avec le paiement intégral des dettes disparaît simultanément l'empêchement d'exercer la profession d'agent en fonds de commerce. Le recourant ne se trouve pas en situation d'insolvabilité générale et durable, au sens de l'article 3 lettre b LAI. Par voie de conséquence, l'autorisation de pratiquer ne saurait lui être retirée.

La décision du Conseil d'Etat du 11 février 2004 doit donc être annulée et le recours admis.

4. Une indemnité de procédure de CHF 1'500.- sera allouée au recourant, qui obtient gain de cause (art. 87 LPA).

PAR CES MOTIFS
le Tribunal administratif
à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 12 mars 2004 par Monsieur G. A. M. contre la décision du Conseil d'Etat du 11 février 2004;

au fond :

l'admet;

annule la décision du Conseil d'Etat du 11 février 2004;

alloue au recourant, à charge de l'Etat de Genève, une indemnité de procédure de CHF 1'500.-;

communiqué le présent arrêt à
Me Eric Stampfli, avocat du recourant, ainsi qu'au
Conseil d'Etat.

Siégeants : M. Paychère, président, MM. Thélin, Schucani,
Mmes Hurni, Bovy, juges.

Au nom du Tribunal administratif :
la greffière-juriste adj. : le vice-président :

M. Tonossi

F. Paychère

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux
parties.

Genève, le

la greffière :

Mme M. Oranci