

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1274/2004-JPT

ATA/489/2005

ARRÊT

DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

du 19 juillet 2005

dans la cause

A _____ S.A.

et

C _____
représentés par Me Damien Blanc, avocat

contre

DÉPARTEMENT DE JUSTICE, POLICE ET SÉCURITÉ

EN FAIT

1. Par arrêté du 12 août 1996, Madame B_____ a été autorisée à exploiter le café-restaurant S_____ (ci-après : S_____), alors propriété de la société M_____ S.A., sis _____, à Genève, d'une surface de 149 m² (une salle au rez-de-chaussée de 71m², une mezzanine de 16m² et deux salles au 1^{er} étage de 38 et 24 m²).

Cette décision précisait que l'autorisation délivrée n'était valable que pour les locaux indiqués et dans les limites des surfaces autorisées, qu'elle était strictement personnelle et intransmissible, qu'une nouvelle autorisation devait être requise en cas d'agrandissement ou de transformation de l'établissement, que l'exploitant devait gérer l'établissement de façon personnelle et effective et que le prête-nom était strictement interdit.

2. Par requête du 2 avril 2003, Madame D_____s, titulaire du certificat de capacité, a demandé à pouvoir exploiter S_____.
3. Le 26 mai 2003, un avocat est intervenu auprès du service des autorisations et patentes (ci-après : SAP), qui relève du département de justice, police et sécurité (ci-après : DJPS ou le département), pour attirer son attention sur le fait que les titulaires du bail sur les locaux occupés par S_____ étaient Monsieur B_____ et Madame D_____, devenus propriétaires du fonds de commerce le 23 juin 1997, et que Mme B_____ était la seule personne autorisée à exploiter l'établissement.
4. Le 1^{er} juillet 2003, Mme B_____ a sollicité l'autorisation d'exploiter S_____, au nom et pour le compte de la société l'A_____ S.A., ce qui lui a été accordé le 9 septembre 2003, aux mêmes conditions que celles fixées dans l'arrêté du 12 août 1996.
5. Le 8 octobre 2003, Mme B_____ a informé le SAP du changement de nom du café-restaurant S_____ lequel serait désormais exploité sous l'enseigne K_____.
6. Le 5 novembre 2003, un inspecteur du SAP s'est rendu au n°_____.

A la lumière du rapport dressé par ce dernier le 13 janvier 2004, il apparaissait que les locaux de S_____ avaient été subdivisés en deux parties distinctes avec deux entrées séparées. Chaque entité possédait sa propre enseigne répondant actuellement aux noms de K_____ (ex S_____) et Sh_____ Restaurant. Une simple paroi en contre-plaqué séparait le rez-de-chaussée du premier étage et Mme B_____ n'avait pas les clés pour accéder aux locaux du premier, exploités par Monsieur S_____, titulaire du

certificat de capacité depuis le 25 mai 1999. De même, Mme B _____ ne donnait pas vraiment l'impression d'exploiter personnellement et de manière effective le rez-de-chaussée, confié en gérance à Monsieur C _____, titulaire du certificat de capacité depuis le 17 décembre 2001. Elle ne tenait pas à jour le registre du personnel ni n'offrait un choix de 3 boissons sans alcool, à un prix inférieur, à quantité égale, à celui de la boisson alcoolique la moins chère. Il apparaissait dès lors qu'en réalité Mme B _____ servait de prête-nom à MM. C _____ et S _____, qui exploitaient les deux établissements sans autorisation. Enfin, l'inspecteur relevait que des vellétés de vente de la totalité du fonds de commerce semblaient être dans l'air.

7. Le 6 novembre 2003, Mme B _____ et M. S _____ ont été auditionnés par deux inspecteurs du SAP. M. B _____ a quant à lui été entendu le 14 janvier 2004.

a. Mme B _____ a indiqué qu'elle était attachée à la direction du K _____ et employée de l'A _____ S.A. dont M. C _____ était administrateur. Les propriétaires du K _____ étaient M. B _____, son mari et Mme D _____, M. C _____ en était le directeur. Elle procédait à l'engagement du personnel alors que M. C _____ commandait les boissons et la nourriture pour l'établissement. Ce dernier était en train de refaire la carte des boissons et elle ne l'avait pas contrôlée. Elle se rendait au K _____ parfois le matin, parfois l'après-midi et n'avait pas d'autre activité. Elle n'avait pas été en mesure de présenter le livre du personnel, car M. C _____ lui avait précisé que ce document n'était pas prêt. Ce dernier avait pris en gérance le rez-de-chaussée par le biais de l'A _____ S.A. et il était prévu qu'il rachète tous les locaux. Il était bien exact que S _____ avait été subdivisée en deux établissements distincts, avec deux enseignes différentes et deux exploitants différents. Cette situation existait déjà lorsqu'elle avait repris l'établissement. Elle n'était toutefois pas en mesure de présenter une autorisation du département de l'aménagement, de l'équipement et du logement (ci-après : DAEL) en ce qui concernait la création de deux établissements distincts. Elle n'avait pas pensé qu'il était nécessaire d'annoncer cet état de fait au département et reconnaissait les faits pour le surplus.

b. M. S _____ exploitait le Sh _____ Restaurant situé au 1^{er} étage depuis le 15 mai 1995. Il versait mensuellement CHF 10'000.- pour le loyer/gérance et les frais d'électricité. Il avait tenté à plusieurs reprises de régulariser la situation en demandant un contrat de gérance et de sous-location mais n'avait pas réussi à obtenir satisfaction. Il exerçait son activité de façon indépendante et n'était pas amené à rendre des comptes à Mme B _____.

c. M. B _____ a indiqué qu'il avait l'intention d'effectuer les aménagements demandés et de déposer une demande en autorisation de construire pour

régulariser la situation, pour autant que l'exploitant du Sh_____ Restaurant donne suite à sa demande de garantie de loyer et participe aux frais d'aménagement.

8. Il ressort d'un extrait du registre du commerce de Genève daté du 5 janvier 2004, que l'inscription de Mme B_____ en qualité de directrice avec signature individuelle de l'A_____ S.A. avait été radiée le 29 août 2003 et que seul M. C_____ disposait de la signature individuelle.
9. Le 15 janvier 2004, Mme B_____ a informé le SAP qu'elle retirait, avec effet immédiat, son certificat de capacité du K_____. Une nouvelle demande d'autorisation, au nom de Monsieur B_____, titulaire du certificat de capacité depuis le 19 décembre 2002, leur serait prochainement adressée.
10. a. Par courrier du 16 février 2004, le DJPS a reproché à MM. C_____ et S_____ d'exploiter sans autorisation les salles du rez-de-chaussée à l'enseigne K_____, respectivement du 1^{er} étage à l'enseigne Sh_____ Restaurant (illégalement soustraite du reste de l'ancien café-restaurant S_____, en violation des principes d'unité d'exploitation, d'unité des locaux et d'unité d'enseigne découlant de la loi sur la restauration, le débit de boissons et l'hébergement du 17 décembre 1987 (LRDBH – I 2 21). Il leur a en outre fait part de son intention d'ordonner la cessation immédiate de l'exploitation des salles K_____, respectivement Sh_____ Restaurant et de leur infliger à chacun, solidairement avec les sociétés l'A_____ S.A., dont M. C_____ était l'administrateur, et Sh_____ Food S.A. dont M. S_____ était l'administrateur, une amende administrative.
- b. Le même jour, la même autorité s'est également adressée à Mme B_____, lui reprochant de n'avoir pas exploité personnellement et effectivement les salles du 1^{er} étage et du rez-de-chaussée et d'avoir servi de prête-nom à MM S_____ et C_____, de n'avoir pas annoncé au département le changement d'enseigne de S_____, de n'avoir pas été en mesure de présenter le registre du personnel, de n'avoir pas offert un choix de 3 boissons sans alcool, à un prix inférieur, à quantité égale, à celui de la boisson alcoolique la moins chère et enfin, de n'avoir pas annoncé suffisamment à l'avance sa fin d'activité réelle et effective. Le département lui faisait en outre part de son intention de suspendre la validité du certificat de capacité dont elle était titulaire et de lui infliger, solidairement avec la société l'A_____ S.A., une amende administrative.
- c. Enfin, le 16 février 2004 également, le département a reproché à Mme D_____ et M. B_____ d'avoir illégalement créé un deuxième café-restaurant, en violation des règles d'unité d'exploitation, d'unité des locaux et d'unité d'enseigne découlant de la LRDBH, d'avoir confié la salle K_____ à M. C_____ et la salle Sh_____ Restaurant à M. S_____ alors

qu'ils avaient désigné Mme B _____ comme étant l'unique exploitante d'une seul et même café-restaurant à l'enseigne de S _____, de ne pas s'être souciés de savoir par qui le café-restaurant était réellement exploité et de n'avoir pas annoncé au département la fin d'activité réelle et effective de Mme B _____. Le département leur faisait en outre part de son intention de leur infliger, solidairement, une amende administrative.

d. Un délai au 1^{er} mars, prolongé au 19 mars 2004, leur était imparti afin qu'ils s'expliquent et répondent aux griefs qui leur étaient adressés.

11. Il ressort d'une note du 11 mars 2004, du service de la sécurité civile au département, que les restaurants K _____ et Sh _____ Restaurant ne répondaient pas aux mesures de prévention et de sécurité incendie.

12. M. C _____ s'est déterminé par écrit sur les griefs qui lui étaient reprochés le 19 mars 2004.

A la fin du mois d'août 2003, il avait racheté avec des membres de sa famille la majorité des actions de l'A _____ S.A. laquelle, à sa connaissance, n'exploitait que S _____. Son projet était de développer un établissement élaborant des plats chinois sous la nouvelle enseigne K _____. Mme B _____ était restée l'exploitante de l'établissement et avait informé à temps le département du changement d'enseigne. Pour le surplus, il n'avait jamais eu l'intention d'exploiter le K _____ sans autorisation et s'engageait formellement à effectuer les travaux de sécurité. Enfin, il ignorait totalement le fait que le Sh _____ Restaurant dépendait également des locaux abritant son établissement.

13. Par courriers des 24 février, 1^{er}, 19 et 29 mars 2004, M. S _____ a partiellement contesté les faits qui lui étaient reprochés.

14. Mme B _____ a fait part de ses observations le 19 mars 2004.

Elle relevait notamment que la séparation entre les établissements S _____ et Sh _____ Restaurant existait déjà lors de son arrivée en 1995. Le 8 octobre 2003, elle avait informé le SAP que S _____ serait dorénavant exploitée sous l'enseigne K _____. Pour le surplus, elle avait toujours été présente sur place et contestait avoir servi de prête-nom. Le 15 janvier 2004, elle avait informé le SAP qu'elle retirait son certificat de capacité s'agissant du rez-de-chaussée. Compte tenu de l'ensemble des circonstances et de sa bonne foi, la suspension de son certificat de capacité serait disproportionnée et le prononcé d'une amende à son encontre injuste.

15. Le même jour, Mme D _____ et M. B _____ ont contesté les griefs qui leur étaient reprochés, tout en précisant que les deux établissements existaient déjà lorsqu'ils avaient loué les locaux, M. S _____ étant en charge

de l'exploitation effective du 1^{er} étage. Ils relevaient que les établissements litigieux n'avaient jamais occasionné de troubles tout en précisant qu'ils s'efforceraient d'assurer au plus vite une mise en conformité des locaux du point de vue de la sécurité.

16. Le 21 avril 2004, le SAP a délivré à M. B_____ l'autorisation d'exploiter le K_____.
17. Par décision du 11 mai 2004, le département a ordonné la cessation de l'exploitation de la salle K_____ exploitée sans autorisation et infligé à M. C_____, solidairement avec la société l'A_____ S.A. dont il est administrateur, une amende d'un montant de CHF 2'000.-.

Compte tenu de toutes les circonstances du cas d'espèce et notamment du fait que la situation perdurait depuis plusieurs années et que l'autorisation d'exploiter le K_____ avait formellement été sollicitée par M. B_____, le département a renoncé à ordonner sa décision exécutoire nonobstant recours pour autant que celui-ci se conforme, dans les 30 jours, aux mesures de préventions et de sécurité incendie utiles. Il a en outre précisé que la réouverture de l'établissement étaient expressément subordonnée à l'autorisation du DAEL, au rétablissement des mesures prescrites par la sécurité civile le 11 mars 2004 et à l'accord écrit du département.

18. Par décision du même jour, le département a ordonné la cessation de l'exploitation de la salle Sh_____ Restaurant exploitée sans autorisation et infligé à M. S_____, solidairement avec la société Sh_____ S.A. dont il est administrateur, une amende d'un montant de CHF 2'000.-.

Ces derniers ont recouru contre cette décision auprès du Tribunal administratif le 11 juin 2004 (A/1248/2004). Ils ont toutefois retiré leur recours le 31 mars 2005.

19. Par décision du 11 mai 2004, le département a suspendu pour une durée de 12 mois la validité du certificat de capacité de Mme B_____ tout en lui infligeant, solidairement avec la société l'A_____ S.A., une amende administrative de CHF 5'000.-.

A l'appui de sa décision, il tenait compte du fait que Mme B_____ avait servi de prête-nom pendant près de 10 ans dans le cadre de l'exploitation illégale de deux établissements publics, qu'elle avait retiré un avantage économique de cette opération et de surcroît violé d'autres dispositions de la loi.

Mme B_____ n'a pas recouru contre ladite décision.

20. Par décision du même jour, le département a infligé solidairement à Mme D_____ et M. B_____ une amende administrative de CHF 1'000.-. Ces derniers n'ont pas recouru contre ladite décision.

21. Le 14 juin 2004, M. C_____ et l'A_____ S.A. ont recouru contre la décision du département prise à leur encontre.

L'ordre de cesser l'exploitation de la salle du K_____ violait le principe de la subsidiarité et celui de la nécessité dès lors qu'au lieu d'appliquer l'article 67 alinéa 1, le département aurait pu appliquer l'article 68 LRDBH et octroyer un délai afin de remédier aux éventuels défauts constatés. Quant à l'amende, elle était disproportionnée.

22. Il ressort d'une note du 8 juillet 2004, du service sécurité civile du DJPS, que les travaux de mise en conformité n'ont pas été effectués au K_____.

23. Le 13 juillet 2004, le DJPS a fait part de ses observations aux recours de M. C_____ et de l'A_____ S.A. et conclut à son rejet.

En reprenant la majorité du capital-actions d'A_____ S.A. fin août 2003 et en faisant radier l'inscription de Mme B_____ de ladite société, M. C_____ avait clairement manifesté son intention d'exploiter lui-même le K_____, sous le couvert du certificat de capacité de Mme B_____ restée titulaire de l'autorisation d'exploiter S_____. Lui-même détenteur d'un certificat de capacité, M. C_____ ne pouvait, de bonne foi, ignorer l'étendue de ses obligations et notamment que le prête-nom était manifestement contraire à la loi. Il avait ainsi violé de manière flagrante les articles 4 et 6 LRDBH.

Pour le surplus, l'autorisation d'exploiter délivrée à M. B_____, le 21 avril 2004, rendait pratiquement sans objet le recours en tant qu'il visait à l'annulation de l'ordre de cesser l'exploitation du K_____. Enfin, l'amende d'un montant de CHF 2'000.- était conforme au principe de la proportionnalité ainsi qu'à la jurisprudence.

24. Le 26 mai 2005, le juge délégué 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 litt. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).

Destinataire de la décision litigieuse, M. C_____ a qualité pour recourir (art. 60 lettre a LPA), tout comme l'A_____ S.A. qui répond solidairement de l'amende administrative querellée (art. 60 lettre b LPA).

2. Le département ayant délivré une autorisation d'exploiter à M. B_____, le 21 avril 2004, le recours, en tant qu'il vise à l'annulation de l'ordre de cesser l'exploitation du K_____ devient sans objet et seul sera examiné dans la présente espèce, le bien fondé de l'amende infligée aux recourants.
3. La LRDBH a pour but d'assurer qu'aucun établissement qui lui est soumis ne soit susceptible de troubler l'ordre public, en particulier la tranquillité, la santé et la moralité publique du fait de son propriétaire ou de son exploitant, ainsi qu'en raison de sa construction, de son aménagement, de son implantation (art. 2 al. 1 LRDBH).
4. a. Selon l'article 4 alinéa 1 LRDBH, l'exploitation de tout établissement régie par la LRDBH est soumise à l'obtention préalable d'une autorisation délivrée par le DJPS. L'alinéa 2 de cette disposition précise que cette autorisation doit être requise lors de chaque changement d'exploitant ou modification des conditions de l'autorisation antérieure. Cette autorisation est subordonnée notamment à la condition que le requérant soit titulaire d'un certificat de capacité et, offre toute garantie, compte tenu notamment de son lieu de domicile ou de résidence et de sa disponibilité, d'une exploitation personnelle et effective de l'établissement (art. 5 al. 1 LRDBH). Elle est strictement personnelle et intransmissible (art. 15 LRDBH). Quant à l'article 12 LRDBH, il prohibe expressément le prête-nom, que ce dernier soit rémunéré ou non.
- b. En vertu de l'article 21 alinéa 1 LRDBH, l'exploitant est tenu de gérer son établissement de façon personnelle et effective.

Selon la jurisprudence du Tribunal administratif (ATA/664/2004 du 24 août 2004 ; ATA/243/2003 du 29 avril 2003 ; ATA/486/2002 du 29 août 2002 et les références citées), une gestion effective consiste en la prise en charge des tâches administratives liées, d'une part, au personnel (engagements, salaires, horaires, remplacements, etc.) et, d'autre part, à la bonne marche de l'établissement (commandes de marchandises, fixation des prix, composition des menus, contrôle de la caisse, inventaire, etc.).

c. Enfin, l'autorisation d'exploiter est délivrée à condition que les locaux de l'établissement ne soient pas susceptibles de troubler concrètement l'ordre public. Les dispositions en matière de sécurité, de salubrité et d'hygiène prévues par d'autres lois ou règlements sont réservées. Leur application ressortit aux départements compétents (art. 6 al. 1 et 2 LRDBH).

Il ressort des déclarations faites par Mme B _____ aux inspecteurs du SAP que c'est M. C _____ qui effectuait les commandes de boissons et de nourriture pour le K _____. Il se chargeait par ailleurs de l'établissement de la carte des boissons et de la tenue du registre du personnel. Manifestement, c'est lui également qui procédait à l'engagement du personnel puisque Mme B _____, bien qu'elle ait déclaré s'en occuper, n'a pas été à même de présenter le livre du personnel, ni de donner les noms et prénoms des employés de l'établissement litigieux.

M. C _____ a par ailleurs clairement manifesté son intention d'exploiter lui-même le K _____ en reprenant la majorité du capital-actions de l'A _____ S.A. et en faisant radier l'inscription de Mme B _____ en qualité de directrice avec signature individuelle de ladite société, fin août 2003. Lui-même titulaire d'un certificat de capacité depuis le 17 décembre 2000, il ne saurait aujourd'hui prétendre qu'il ignorait l'étendue de ses obligations, soit en particulier qu'il lui appartenait de solliciter, pour lui-même, l'autorisation d'exploiter le restaurant K _____, conformément à l'article 4 LRDBH. De même qu'il ne pouvait ignorer que le prête-nom était contraire à la loi.

Partant, et indépendamment de la question de savoir qui est à l'origine du dédoublement illégal de S _____, le Tribunal administratif retiendra que M. C _____ a exploité sans autorisation et sous le couvert du certificat de capacité de Mme B _____ la salle du rez-de-chaussée à l'enseigne K _____. Cette dernière a d'ailleurs implicitement reconnu les faits en ne recourant pas à l'encontre de la décision du département la condamnant au paiement d'une amende de CHF 5'000.- pour avoir servi de prête-nom dans le cadre de l'exploitation illégale du K _____.

5. Selon l'article 74 alinéa 1 LRDBH, le département peut infliger une amende administrative de CHF 100.- à CHF 60'000.-, indépendamment du prononcé de l'une des sanctions prévues aux articles 70 à 73, en cas d'infraction à la présente loi et à ses dispositions d'application, ainsi qu'aux conditions particulières des autorisations qu'elles prévoient. En outre, si l'infraction a été commise dans la gestion d'une personne morale, les sanctions sont applicables aux personnes qui ont agi ou auraient dû agir en son nom, la personne morale répondant solidairement des amendes (art. 74 al. 3 LRDBH).

a. Le département jouit d'un large pouvoir d'appréciation pour fixer le montant de l'amende (ATA/226/2005 du 13 janvier 2005). La juridiction de céans ne la censure qu'en cas d'excès. Le département prend en considération la nature, la gravité et la fréquence des infractions commises dans le respect du principe de proportionnalité (Mémorial des séances du Grand Conseil, 1985, III p. 4275).

b. Il ressort de la jurisprudence du Tribunal administratif que la personne qui exploite l'établissement sans autorisation et sans certificat de capacité sous le

couvert d'un prête-nom fait, en règle générale, l'objet d'une amende administrative de CHF 1'500.- à 2'000.- (ATA/765/2004 et ATA/774/2004 du 5 octobre 2004 ; ATA/777/2001 du 27 novembre 2001 et les réf. cit.).

En l'espèce et comme il ressort des considérants qui précèdent, les recourants ont violé les articles 4 et 6 LRDBH.

L'amende administrative est donc, quant à son principe, justifiée.

c. S'agissant du montant de l'amende, de CHF 2'000.-, il est conforme à la pratique de l'autorité intimée et respecte le principe de la proportionnalité eu égard notamment au fait que M. C_____, à la fois administrateur de la société d'exploitation et titulaire d'un certificat de capacité, était parfaitement au courant des obligations qui lui incombait. En l'espèce, il y a en effet tout lieu d'admettre que les recourants ont omis de régulariser la situation par crainte de se voir refuser l'autorisation d'exploiter un établissement dont ils savaient qu'il ne répondrait pas aux prescriptions de la LRDBH ni à celles d'autres lois ou règlements en matière de sécurité, de salubrité et d'hygiène. Enfin, les recourants ne font pas état de difficultés patrimoniales qui les empêcheraient de s'acquitter de l'amende querellée laquelle sera confirmée.

6. Mal fondé, le recours est rejeté ; leurs auteurs, qui succombent, seront condamnés conjointement et solidairement aux frais de la procédure, arrêtés en l'espèce à CHF 1'500.- (art. 87 al. 1^{er} LPA). Ils n'ont en outre pas droit à une indemnité de procédure.

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF

à la forme

déclare recevable le recours interjeté le 14 juin 2004 par Monsieur C_____ et la société A_____ S.A. contre la décision du département de justice, police et sécurité du 11 mai 2004 ;

au fond

le rejette;

met à la charge des recourants, pris conjointement et solidairement, un émolument de CHF 1'500.- ;

communiqué le présent arrêt à Me Damien Blanc, avocat des recourants ainsi qu'au département de justice, police et sécurité.

Siégeants : Mme Bovy, présidente, M. Paychère, Mme Hurni, M. Thélin, juges,
M. Bonard, juge suppléant.

Au nom du Tribunal administratif :

la greffière-juriste adj. :

M. Tonossi

la vice-présidente :

L. Bovy

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :