RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2200/2005-JPT **ATA/850/2005**

ARRÊT

DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

du 13 décembre 2005

dans la cause

M. A_____
représenté par Me Marco Ziegler, avocat

contre

DÉPARTEMENT DES INSTITUTIONS

EN FAIT

1. M. A_____ est titulaire du certificat de capacité de cafetier depuis décembre 2000. Il est l'un des actionnaires de la société "C_____." qui exploite un établissement du même nom à la place du C_____ à Genève. Il est le seul des actionnaires à être titulaire dudit certificat de capacité.

2. Au début de l'année 2003, M. A_____ a repris un nouvel établissement et il a obtenu l'autorisation d'exploiter un snack-bar à l'enseigne "A._____" situé à la rue de la N_____avec son frère prénommé M._____, cosignataire du bail.

3. En 2004, M. A_____ a cherché à remettre le snack-bar "A_____" et il a trouvé un repreneur en la personne de M. N_____. Les intéressés ont signé un contrat, le 15 avril 2004, pour la reprise de cet établissement. M. N_____ ne disposant pas des fonds nécessaires, M. A_____ lui a accordé un délai jusqu'au 1er mars 2005 pour s'acquitter du prix de vente et c'est à cette date également qu'il a été procédé au transfert du bail au nom de M. N_____. Durant ce laps de temps, M. A_____ a continué à venir régulièrement dans le café dont M. N_____ a changé l'enseigne, laquelle est devenue, depuis avril 2004, "L_____". Tous les mois, M. N_____ versait CHF 800.- à M. A_____ car c'est lui qui avait le certificat de cafetier ainsi que M. N_____ l'a déclaré ultérieurement au service des autorisations et patentes (ci-après : le SAP ou le service), non sans ajouter, qu'il s'agissait-là de la rémunération octroyée à M. A_____ pour le travail qu'il effectuait dans ce commerce en donnant un coup de main trois heures par jour.

4. Il résulte du rapport de dénonciation, établi le 18 mars 2005, que le SAP avait été contacté par un îlotier du poste de gendarmerie des Pâquis, lequel ne trouvait pas l'enseigne "L_____" dans son répertoire informatique. Les inspecteurs du SAP ont alors procédé à l'audition de M. N_____ et de M. A_____. Il est apparu que M. N_____ avait eu recours à M. A_____ comme prête-nom, que la rémunération mensuelle de CHF 800.- était versée à cet effet et que l'exploitation effective du café était assurée par M. N_____, lequel n'était au bénéfice d'aucune autorisation. C'est lui qui effectuait les commandes de boissons et de nourriture, qui remettait la comptabilité à la fiduciaire, qui avait la clef de l'établissement. Il n'avait pas de contrat de travail. Il avait souhaité changé l'enseigne avec l'accord de M. A_____.

   Quant à ce dernier, il avait signé un contrat de vente avec M. N_____ le 15 avril 2004, mais n'avait perçu l'argent de cette vente, soit CHF 60'000.-, que

le 1er mars 2005. A cette date, le changement de bail avait été effectué. Dans l'intervalle, il était resté l'exploitant. Il contestait avoir servi de prête-nom. Il avait oublié d'annoncer la vente de ce commerce au service, de même qu'il avait oublié d'annoncer le changement d'enseigne.

De plus, il avait été passablement absent en raison de problèmes de santé depuis novembre 2003 jusqu'à fin janvier 2004. Il percevait CHF 800.- par mois de M. N_____ pour les coups de main qu'il donnait à celui-ci en faisant les kebabs.

5. Par courrier du 6 avril 2005, le département des institutions, anciennement le département de justice, police et sécurité (ci-après : le département), a imparti un délai à M. A_____ ainsi qu'à M. N_____ afin de leur permettre de déposer des observations.

Il entendait reprocher au premier de ne pas avoir exploité personnellement et effectivement le café-restaurant "L_____", d'avoir servi de prête-nom à M. N_____, de ne pas avoir respecté ses obligations concernant l'indication des prix sur la carte, le registre du personnel, la mention des noms du propriétaire et de l'exploitant sur la porte de l'établissement et de ne pas avoir fait figurer clairement, sur la carte, le choix de trois boissons sans alcool à un prix inférieur à quantité égale à celui de la boisson alcoolique la moins chère et enfin, de ne pas avoir informé le service de sa cessation d'activité effective.

Au second, le département reprochait de ne pas avoir informé le service du rachat du fonds de commerce, du changement d'enseigne ainsi que du fait d'avoir exploité le café-restaurant "L_____" sous le couvert d'un prête-nom sans être au bénéfice d'une autorisation d'exploiter et sans être titulaire du certificat de capacité, de ne pas avoir inscrit son nom sur la porte de l'établissement et de ne pas avoir informé le service de la fin de l'activité réelle et effective de M. A_____.

6. Dans le délai imparti, M. N_____ a fourni ses explications. Un avocat s'étant constitué pour M. A_____, ce conseil a informé le département, le 29 avril 2005, que celui-ci avait immédiatement retiré à M. N_____ l'usage de sa patente. Il sollicitait la clémence du département.

7. Par décision du 23 mai 2005, le département a infligé à M. A_____ une amende de CHF 3'500.- en application de l'article 74 alinéa 1 de la loi sur la restauration, le débit de boissons et l'hébergement du 17 décembre 1987 (LRDBH - I 2 21). De plus, il a prononcé la suspension de la validité du certificat de capacité de M. A_____ pour une durée de six mois en application de l'article 73 LRDBH.

8. Quant à M. N_____, il se voyait infliger le même jour une amende de CHF 2'000.- même si dans l'intervalle un nouvel exploitant avait été désigné.

Il ressort du dossier que M. N_____ n'a pas contesté cette amende mais qu'il a sollicité un délai de paiement.

9. a. M. A_____ a interjeté recours le 23 juin 2005 auprès du Tribunal administratif contre cette sanction étant précisé qu'il avait reçu la décision en question le 24 mai 2005. Il a conclu principalement à l'annulation de la décision querellée, car la sanction et, en particulier, la suspension du certificat de cafetier étaient disproportionnées puisqu'elles le privaient d'exploiter également le "C_____". Il demandait que cette suspension soit limitée à un mois au plus même si le texte légal en fixait le minimum à six mois. Il se référait à la doctrine selon laquelle la norme elle-même pouvait être remise en cause et, le canton de Genève ne connaissant pas le contrôle abstrait des normes, c'était la décision appliquant la base légale incriminée et reproduisant le vice dans la décision qui violait le principe de proportionnalité, l'atteinte à celui-ci étant ainsi dérivée.

Le recourant s'en rapportait à justice sur le montant de l'amende.

b. Le département a conclu au rejet du recours ; en prononçant la suspension d'une durée de six mois, il s'était conformé au minimum légal et, contrairement à ses allégués, le recourant pouvait poursuivre pendant six mois l'exploitation du "C_____" avec un nouvel exploitant, titulaire du certificat de capacité. Quant au montant de l'amende, le département concluait à sa confirmation, le recourant n'alléguant pas se trouver dans des difficultés financières telles qu'il ne puisse s'en acquitter. De plus, le département ne pouvait prononcer qu'une amende et renoncer à la suspension précitée au risque de créer une inégalité de traitement avec les autres tenanciers sanctionnés dans des cas similaires.

10. a. Les parties ont été entendues en audience de comparution personnelle le 14 septembre 2005.

Le représentant du département a indiqué qu'il fallait prendre en considération la date du contrat de vente et non celle du paiement du prix, car c'était la première qui correspondait à la prise de possession.

b. De plus, M. A_____ a précisé qu'il avait été opéré à l'hôpital cantonal en novembre 2003 puis hospitalisé à la clinique de Genolier où il était resté jusqu'en décembre suite à une opération à cœur ouvert qui s'était révélée inutile. Il avait ensuite dû suivre un traitement en raison de l'état dépressif qui en était résulté. Il a encore produit un certificat médical établi le 21 septembre 2005 par le Dr Bahaa El Dine, psychiatre, qui avait suivi l'intéressé du 31 mars au 5 mai 2004. Selon ce document, l'état du patient pouvait avoir influencé négativement

sa capacité de gérer pleinement son activité professionnelle entre les deux dates précitées.

11. Sur quoi, la cause a été 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).

2. La LRDBH a notamment pour but d'assurer qu'aucun des établissements qui lui est soumis ne soit susceptible de troubler l'ordre public, en particulier la tranquillité et la morale publique, du fait de son propriétaire ou de son exploitant (art. 2 al. 1 litt. a LRDBH). L'exploitation de tout établissement est régie par la LRDBH et soumise à l'obtention préalable d'une autorisation d'exploiter, délivrée par le département. L'exploitant doit être titulaire du certificat de capacité. Il est tenu de gérer son établissement de façon personnelle et effective, l'autorisation d'exploiter étant personnelle et intransmissible (art. 5 al. 1 litt. c, 15 al. 3 et 21 al. 1 LRDBH).

   En l'espèce, c'est M. A_____ qui est au bénéfice d'une telle autorisation d'exploiter et si l'exploitant peut parfaitement s'absenter quelques heures par jour, voire quelques jours pour des périodes de vacances ou de maladie, il n'en demeure pas moins que la notion de gestion personnelle et effective requiert la présence régulière de l'exploitant durant une grande partie des heures d'ouverture de l'établissement (ATA/97/2005 du 1er mars 2005). Il résulte des explications de M. A_____ lui-même que depuis novembre 2003 il a connu des problèmes de santé ce qui l'a conduit à trouver un acquéreur.

3. M. A_____ conteste avoir servi de prête-nom à M. N_____. Les CHF 800.- mensuels que celui-ci lui versait rémunéraient les 3 heures quotidiennes durant lesquelles il travaillait dans l'établissement et non la mise à disposition de son certificat de capacité. La carte de l'établissement mentionnait trois boissons "junior" dont un jus d'orange. M. N_____ avait effacé le nom du recourant qui figurait sur la porte d'entrée pour le remplacer par le sien et au moment du contrôle ces travaux étaient en cours.

   Dans un premier temps, M. A_____ a indiqué avoir connu des problèmes de santé de novembre 2003 à fin janvier 2004 pour expliquer ses oublis consistant à avoir omis d'annoncer au SAP la vente de son commerce le 15 avril

2004. Le médecin traitant de M. A_____, a cependant attesté que celui-ci n'était pas en mesure de gérer ses affaires mais entre le 31 mars et le 5 mai 2004 seulement. Or, après le 5 mai 2004, M. A_____ a bien servi de prête-nom à M. N_____ contre rémunération et il aurait pu à ce moment encore annoncer au SAP et le changement d'enseigne et le changement de nom de l'exploitant. Enfin, il est établi que la carte de l'établissement ne comportait pas d'eau minérale. Tous ces faits constituent des infractions aux articles 5, 12, 20, 24, 25, 27, 32, 33 et 48 LRDBH.

4. En servant de prête-nom, le recourant s'exposait aux sanctions énoncées par les articles 73 et 74 LRDBH, à savoir d'une part, la suspension de la validité de son certificat de capacité pour une durée de six à vingt-quatre mois (art. 73 LRDBH) qui peut être cumulée avec une amende de CHF 100.- à CHF 60'000.- comme le prévoit l'article 74 LRDBH.

Une amende de CHF 3'500.- est en tous points conforme à la pratique du département, maintes fois confirmée par le tribunal de céans (ATA/97/2005 du 1er mars 2005 notamment). D'ailleurs, le recourant n'allègue pas qu'il serait dans l'incapacité de la payer.

5. Quant à la suspension pour six mois de la validité du certificat de capacité, elle est conforme au minimum légal et elle a été systématiquement confirmée par le tribunal de céans, récemment encore (ATA/712/2005 du 25 octobre 2005).

6. a. A cela, le recourant objecte qu'une telle suspension est disproportionnée puisqu'elle l'empêche également d'exploiter le "C._____".

Le recourant soutient encore que le tribunal de céans pourrait remettre en cause la norme elle-même car même si le canton de Genève ne connaît pas le contrôle abstrait des normes, la décision appliquant la base légale incriminée et reproduisant donc le vice doit pouvoir être revue.

b. Selon la doctrine en effet (P. MOOR, Droit administratif, vol I p. 421), l'autorité ne peut se refuser à appliquer la loi "alors même que, dans le cas concret, une mesure paraîtrait disproportionnée : ce serait déroger à la norme, ce qui n'est possible que si elle-même le prévoit. Dans une telle hypothèse, le principe de la proportionnalité ne s'appliquera donc pas à la décision concrète, l'administration étant liée ; en revanche, on pourra mettre en cause la norme elle-même, qu'elle viole le principe du fait même de la réglementation qu'elle prévoit ou que, pour le respecter, il eût fallu instituer la possibilité de dérogations individuelles (ATF/116 Ia 113)".

c. A l'instar des restrictions aux autres libertés, les restrictions cantonales à la liberté économique, consacrée par l'article 27 de la Constitution fédérale du 18 avril 1999 (Cst féd. - RS 101), ne sont conformes à la Constitution que pour

autant qu'elles se fondent sur une base légale, se justifient par un intérêt public et respectent le principe de proportionnalité (art. 36 Cst féd.) Ces restrictions doivent encore respecter le principe d'égalité des concurrents et éviter de toucher au noyau de la liberté (A. AUER, G. MALINVERNI, M. HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse vol. II Les droits fondamentaux p. 351).

d. Parmi ces restrictions figurent les mesures de police, destinées à protéger l'ordre public. La compétence des cantons de prendre des mesures de police les habilitent à subordonner l'exercice de certaines professions à l'obtention d'un certificat de capacité dans le but de protéger le public pour empêcher que des personnes n'ayant pas les qualifications nécessaires n'exercent ces activités (op. cit. pp. 352-353). Il ressort d'ailleurs des travaux préparatoires de la LRDBH que le législateur a voulu sanctionner plus sévèrement le défaut d'exploitation personnelle et effective d'un établissement que les autres violations de la LRDBH, le fait qu'un café-restaurant soit exploité par une personne habilitée à le faire étant un gage du respect de l'ordre et de la tranquillité publique (intervention de M. B. ZIEGLER, Conseiller d'Etat, Mémorial des séances du Grand Conseil 1987, p. 6499).

7. En instituant un minimum légal de six mois pour la suspension de la validité du certificat de capacité, l'article 73 LRDBH ne restreint pas de manière disproportionnée la liberté économique du recourant. Cette sanction le prive certes d'exploiter personnellement le "C_____" mais M. A_____ peut faire appel à un tiers, titulaire du certificat de capacité, lequel pourra se faire agréer par le département pendant six mois et exploiter en lieu et place du recourant le "C_____" permettant ainsi de continuer à réaliser un revenu provenant de l'exploitation de cet établissement.

8. Enfin, la décision prise par le département à l'encontre de M. A_____, respecte non seulement le principe de proportionnalité mais également celui de l'égalité de traitement par rapport à d'autres cas similaires si l'on tient compte de la nature des infractions et de la durée pendant laquelle celles-ci ont été commises. (ATA/712/2005 précité).

9. Ni l'article 73 LRDBH, ni les conséquences résultant de son application sont disproportionnées. Le recours sera ainsi rejeté. Un émolument de CHF 1'000.- sera mis à la charge du recourant. Vu l'issue du litige, il ne lui sera pas alloué d'indemnité de procédure (art. 87 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS

LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 23 juin 2005 par M. A_____ contre la décision du département des institutions du 23 mai 2005 ;

au fond :

le rejette ;

met à la charge du recourant un émolument de CHF 1'000.- ;

dit qu'il ne lui est pas alloué d'indemnité de procédure ;

communique le présent arrêt à Me Marco Ziegler, avocat du recourant ainsi qu'au département des institutions.

Siégeants : Mme Bovy, présidente, M. Paychère, Mme Hurni, M. Thélin, Mme Junod, juges.

Au nom du Tribunal administratif :

la greffière-juriste adj. :	la vice-présidente :
M. Tonossi	L. Bovy

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le la greffière :