RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2558/2005-JPT **ATA/712/2005**

ARRÊT

DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

du 25 octobre 2005

dans la cause

Monsieur Y._____

et

Monsieur A._____

contre

DÉPARTEMENT DE JUSTICE, POLICE ET SÉCURITÉ

EN FAIT

1. Par arrêté du 4 juin 2004, Monsieur Y._____, titulaire d'un certificat de capacité de cafetier-restaurateur, a été autorisé à exploiter le café-restaurant B.____, aujourd'hui dénommé D.____ (ci-après : Le D.____), propriété de D.____, sis ____Genève.

2. Quelques mois plus tard, le 13 décembre 2004, il a été autorisé à exploiter parallèlement le café-restaurant N.____ (ci-après : Le N.____), propriété depuis 2002 de Monsieur A._____, sis, ___, également sis à Genève.

3. L'autorisation délivrée précise expressément qu'elle implique de la part de l'exploitant une gestion personnelle et effective de l'établissement, que le prête-nom en faveur d'un tiers est interdit et que l'installation de machines à sous est soumise à autorisation.

4. Le 21 février 2005, M. Y._____ a fait l'objet d'une suspension, pour une période de six mois allant du 1er juillet au 31 décembre 2005, de la validité de son certificat de capacité, ainsi que d'une amende de CHF 3'000.- pour avoir servi de prête-nom dans l'exploitation du D.____.

5. Il lui a été dûment rappelé, à cette occasion, que les autorisations d'exploiter qui lui avaient été délivrées impliquaient une gestion personnelle et effective de l'établissement, soit, notamment, la prise en charge des tâches administratives liées au personnel (engagements, salaires, horaires, remplacements, etc.) et à la bonne marche de l'établissement (commande de marchandises, fixation des prix, composition des menus, contrôle de la caisse, inventaire, etc.).

6. Un arrangement ayant pu être trouvé au sujet des modalités de paiement de l'amende, le recours interjeté contre cette décision par M. Y._____ a finalement été retiré.

7. Entre fin décembre 2004 et avril 2005, la police genevoise a interpellé six personnes de nationalité albanaise impliquées dans un trafic d'héroïne à Genève. Il ressort de ces déclarations que Le N.____ sert de base arrière à de nombreux trafiquants de drogue d'origine albanaise, qui s'y réunissent pour conclure des marchés et écouler leur marchandise (cf. déclarations de M. K.__du 29 décembre 2004, de M. O.__ du 5 février 2005, de M. D.__du 11 février 2005, de M. M.___du 22 mars 2005, de M. X.___du 22 mars 2005 et de M. T.__du 2 avril 2005).

8. Un contrôle de l'établissement effectué le 24 mai 2005 par la brigade des stupéfiants et la gendarmerie a donné lieu à l'arrestation de 17 personnes originaires des Balkans, qui se trouvaient toutes en situation irrégulière sur le

territoire suisse. Trente bouteilles d'alcool interdites à la vente en Suisse ont été saisies, ainsi que deux machines à sous illégales. La fouille de l'établissement concernant les stupéfiants est restée négative. M. Y._____ n'était pas présent sur les lieux.

9. La garde de l'établissement était alors confiée à M. A._____, non titulaire du certificat de capacité.

10. Ce dernier a été entendu par la police le 25 mai 2005.

Sa clientèle était composée pour moitié de Turcs qui se trouvaient en situation régulière en Suisse et venaient jouer aux cartes. Ils occupaient le premier étage du restaurant et ne se mélangeaient pas à l'autre moitié de sa clientèle, constituée d'Albanais, qui occupait le deuxième niveau.

Il savait que les Albanais étaient vendeurs de drogue, mais n'avait jamais assisté à aucune transaction de drogue à l'intérieur de l'établissement ni n'avait découvert de drogue dans ses locaux.

Il était au courant de l'interdiction d'importer les bouteilles d'alcool saisies, mais ignorait que les machines à sous étaient illégales.

Quant à M. Y._____, il venait de temps en temps au N.____, mais ne passait que le soir après 22 heures.

11. Suite à la fouille de l'établissement, plusieurs contrôles de police ont été effectués.

M. Y._____ n'a pas été aperçu une seule fois à ces occasions.

M. A._____ avait barré l'accès à la partie supérieure de l'établissement.

12. M. Y._____ a été entendu par la gendarmerie le 22 juin 2005.

Il était exploitant du N.____ mais allait cesser son activité le 30 juin 2005, car il avait décidé d'arrêter le métier de cafetier et travaillait à 100% comme gestionnaire de fortune dans une grande banque depuis le 1er mai 2005.

Il travaillait au N.____ de 22h00 à 02h00 tous les jours en semaine et parfois l'après-midi. M A._____ y travaillait à temps complet. Bien que M. A._____ ait soutenu le contraire, il aidait au service lorsqu'il était dans l'établissement et s'occupait de la cuisine et de ranger les fournitures. Il n'avait jamais engagé lui-même de personnel, bien qu'il existât un employé pour faire le service. Les commandes étaient faites par M. A._____ pendant la journée, lorsqu'il n'était pas là. Il n'avait rien remarqué concernant les Albanais, sinon qu'ils passaient beaucoup de temps au téléphone. Il avait connaissance de l'existence des bouteilles saisies dans la cave, qui étaient un cadeau fait à

M. A._____ par son oncle. Quant aux machines à sous, il ne savait pas qu'elles étaient illégales.

13. Par décision du 4 juillet 2005, le département de justice, police et sécurité (ci-après, DJPS) a ordonné la fermeture immédiate du N.____ avec apposition de scellés, prononcé une nouvelle suspension de la validité du certificat de capacité de M. Y._____ de six mois à compter du 1er janvier 2006. Il lui a également infligé une amende de CHF 8'000.- et à M. A._____ une amende de CHF 3'000.-.

La fermeture du N.____ était exécutoire nonobstant recours.

14. Les scellés ont été posés le 5 juillet 2005.

15. Le 7 juillet 2005, le DJPS a repris une nouvelle décision fixant la durée de la fermeture à quatre mois et confirmant les autres mesures prises dans sa première décision.

Il avait omis de mentionner, dans la décision du 4 juillet 2005, la durée de la fermeture de l'établissement. La décision du 7 juillet 2005 se substituait ainsi à la première.

Il ressortait des auditions effectuées que Le N.____ était connu dans la communauté albanaise pour être le point de chute des trafiquants de drogue albanais.

Les différentes polices européennes avaient signalé au DJPS que les coordonnées de l'établissement étaient régulièrement trouvées dans les affaires des personnes interpellées à l'étranger, ce qui confirmait que le N.____ était devenu le véritable siège du trafic d'héroïne qui inondait la cité.

Lors de son audition, M. A._____ avait lui-même indiqué qu'il savait que ses clients albanais s'adonnaient au trafic d'héroïne.

Il découlait par ailleurs clairement de ses déclarations que M. Y._____ ne gérait pas personnellement et effectivement l'établissement.

Le devoir de M. Y._____ eût été d'informer immédiatement la police du trafic qui se déroulait au vu et au su de tous dans l'établissement.

Les mesures et sanctions ordonnées se fondaient sur la violation grave des articles 12 (interdiction du prête-nom), 21 (obligation d'exploitation personnelle et effective) et 27 (annonce de la cessation d'exploitation réelle et effective) de la loi sur la restauration, le débit de boissons et l'hébergement du 17 décembre 1987 (LRDBH - I 2 21).

16. Le 13 juillet 2005, M. B.____, titulaire du certificat de capacité de cafetier, a sollicité du service des autorisations et patentes du DJPS l'autorisation d'exploiter le N.____ à sa réouverture.

17. Par actes séparés postés le 15 juillet 2005, MM. Y._____ et A._____ ont recouru auprès du tribunal de céans contre la décision du 7 juillet 2005 et sollicité la restitution de l'effet suspensif s'agissant de la fermeture du N.____. Ils concluent à l'annulation de la décision attaquée.

Il y avait eu constatation inexacte des faits pertinents. L'exploitant avait toujours veillé au maintien de l'ordre dans son établissement et pris toutes les mesures utiles à cette fin. Il avait notamment refusé les Albanais le lendemain du contrôle effectué par la police le 24 mai 2005.

Il était par ailleurs inadmissible qu'il n'ait pas été informé de quoi que ce soit avant la fermeture du N.____ et qu'il n'ait pas fait l'objet d'un avertissement préalable.

En tant qu'«exploitant » (sic !), M. A._____ avait l'obligation de servir toute personne ayant une présentation et un comportement approprié, disposée à payer ses consommations. Il n'avait eu aucune raison, en l'espèce, de refuser de servir les Albanais clients chez lui.

Il n'y avait aucune menace pour l'ordre public qui justifiait la fermeture du N.____.

Quant aux amendes, celles-ci étaient contestées tant dans leur principe que dans leur quotité.

18. Par décision du 20 juillet 2005, le Tribunal administratif a ordonné la jonction des deux procédures (portant les n° A/2558/2005-JPT et n° A/2560/2005-JPT) sous le n° de procédure A/2558/2005-JPT.

19. Par décision du 27 juillet 2005, le président de la juridiction a rejeté la demande de restitution de l'effet suspensif tendant à la réouverture, à titre provisionnel, du café-restaurant Le N.____.

20. Le 5 septembre 2005, le DJPS a transmis ses observations.

Les faits fondant les infractions retenues avaient été expressément ou implicitement reconnus par les recourants dans leurs déclarations à la police avant d'être niés dans l'acte de recours.

La fermeture du N.____ ne devait pas être considérée comme une sanction, mais comme une mesure d'assainissement et de rétablissement de l'ordre public.

Les amendes prises étaient quant à elles parfaitement conformes à la jurisprudence. Le montant de l'amende de M. Y._____ se composait de CHF 5'000.- pour avoir fermé les yeux sur un trafic d'héroïne qui se déroulait sous ses yeux, dans un établissement qui se trouvait sous sa responsabilité, ainsi que de CHF 3'000.- pour avoir servi une seconde fois de prête-nom. L'amende infligée à M. A._____ tenait compte de l'exploitation illégale de l'établissement sous le couvert d'un prête-nom, ainsi que du fait que les manquements de l'exploitant étaient opposables au propriétaire de l'établissement selon l'article 19 alinéa 2 LRDBH.

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).

A. Fermeture du café-restaurant N.____ pour une durée de 4 mois

2. Selon l'article 69 LRDBH, le DJPS peut procéder à la fermeture, avec apposition de scellés, pour une durée maximale de 4 mois, de tout établissement dont l'exploitation perturbe ou menace gravement l'ordre public, notamment la sécurité, la moralité et la tranquillité publiques (al. 2). Si l'établissement est mal famé ou favorise la débauche, la durée de la fermeture peut être portée à 12 mois (al. 3). La réouverture de l'établissement peut toutefois être autorisée par le département avant l'expiration de la durée pour laquelle la fermeture a été prononcée, si toutes les mesures ont été prises pour assainir l'établissement et en garantir une exploitation régulière (al. 4).

a. La fermeture d'un établissement fondée sur cette disposition constitue une mesure de police destinée à protéger l'ordre public. En tant que telle, cette mesure est indépendante de toute faute. C'est ainsi en vain que les recourants invoquent qu'ils ne sont pour rien dans le trafic d'héroïne effectué par les clients du N.____ depuis l'établissement, trafic confirmé tant par les déclarations des personnes interpellées que par M. A._____.

b. Selon le principe de la proportionnalité, la mesure prise doit être propre à atteindre le but recherché tout en respectant le plus possible la liberté de l'individu et un rapport raisonnable doit exister entre le résultat recherché et les limites à la liberté nécessaires pour atteindre ce résultat (ATF 110 Ia 30 consid. 4 p. 33). Elle est inadmissible si une autre mesure moins restrictive suffit à atteindre le résultat souhaité.

En l'espèce, la fermeture de l'établissement vise à contribuer au démantèlement des réseaux de trafiquants qui y avaient établi leur base. La gravité des faits établis par les enquêtes menées par la police atteste que le N.____ constitue une menace sérieuse et importante pour l'ordre public et qu'en décidant sa fermeture pour quatre mois, le DJPS a pris une mesure commandée par l'ordre public. Dans un tel contexte, la mesure apparaît même clémente ; elle laisse une chance à M. A._____ de voir son exploitation se poursuivre après que cette mesure, qui doit se terminer le 5 novembre 2005, sera échue. On ne voit pas, en tout état, quelle autre mesure moins restrictive, apte à rompre les habitudes prises par les clients du N.____ pouvait être prise.

La décision attaquée doit donc être confirmée sur ce point.

B. Suspension de la validité du certificat de capacité de M. Y._____

3. Cette suspension, qui se fonde sur l'article 73 LRDBH, a été prononcée pour une durée de six mois à compter du 1er janvier 2006. Elle prolonge ainsi la durée de la suspension précédente, aujourd'hui entrée en force, pour la période du 1er juillet au 31 décembre 2005.

4. Selon l'article 73 LRDBH, le département peut prononcer la suspension, pour une durée de 6 à 24 mois, de la validité du certificat de capacité dont le titulaire sert de prête-nom pour l'exploitation d'un établissement (art. 12 LRDBH). Cette suspension peut être prononcée en plus de la fermeture de l'établissement (art. 69 al. 5 LRDBH).

Sert de prête-nom, au sens de la loi, l'exploitant qui ne gère pas personnellement et effectivement l'établissement pour lequel il a sollicité et obtenu une autorisation d'exploitation (art. 5 al. 1 let. e et 21 al. 1 LRDBH).

Selon la jurisprudence du Tribunal administratif (ATA/489/2005 du 19 juillet 2005 ; 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.).

En l'espèce, il découle tant de ses déclarations que de celles de M. A._____, que M. Y._____ n'a jamais géré personnellement l'établissement. Ce dernier reconnaît, en particulier, n'avoir jamais procédé à l'engagement du serveur du N.____, ni s'être occupé du paiement des salaires. Il admet également que les commandes étaient passées par M. A._____ pendant la journée, alors qu'il n'était pas dans l'établissement. Il indique enfin avoir participé de temps en temps au service et au rangement des fournitures ou de la cuisine. Ce faisant, il n'assumait

pas les tâches essentielles liées à la bonne marche de l'établissement (surveillance de la caisse, fixation des prix, etc.). Les faits démontrent qu'il n'intervenait que de façon très ponctuelle et mineure dans l'établissement et que la gestion personnelle et effective était assurée par M. A._____.

Le principe de la suspension est ainsi acquis. Par ailleurs, sa durée, qui est de six mois, est la durée minimale prévue par la loi. Elle est parfaitement conforme à la jurisprudence du tribunal de céans et ne peut dès lors qu'être confirmée (ATA/374/2004 du 11 mai 2004 ; ATA/243/2003 du 29 avril 2003).

C. Amendes

5. A teneur de l'article 74 alinéa 1 LRDBH, le DJPS peut infliger une amende administrative de 100 F à 60 000 F, 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.

a. Les amendes administratives sont de nature pénale, car aucun critère ne permet de les distinguer clairement des amendes ordinaires pour lesquelles la compétence administrative de première instance peut au demeurant exister (ATA/813/2001 du 4 décembre 2001 ; P. MOOR, Droit administratif : Les actes administratifs et leur contrôle, vol. 2, Berne 2002, pp. 139-141 ; P. NOLL et S. TRECHSEL, Schweizerisches Strafrecht : allgemeine Voraussetzungen der Strafbarkeit, AT I, 6ème édition, Zurich 2004, p. 37). C'est dire que la quotité de la peine administrative doit être fixée en tenant compte des principes généraux régissant le droit pénal (cf. ATA/813/2001 précité). En vertu de l'article 1er alinéa 2 de la loi pénale genevoise du 20 septembre 1981 (LPG - E 3 1), il y a lieu de faire application des dispositions générales contenues dans le Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP - RS 311.0), sous réserve des exceptions prévues par le législateur cantonal à l'article 24 LPG.

b. Il est ainsi nécessaire que le contrevenant ait commis une faute, fût-ce sous la forme d'une simple négligence. Selon les principes qui n'ont pas été remis en cause, l'administration doit faire preuve de sévérité afin d'assurer le respect de la loi (ATA G. du 20 septembre 1994 ; A. GRISEL, Traité de droit administratif, vol. 2, Neuchâtel, 1984, pp. 646-648), et jouit d'un large pouvoir d'appréciation pour infliger une amende (ATA/245/1999 du 27 avril 1999 ; G. précité ; Régie C. du 8 septembre 1992). La juridiction de céans ne la censure qu'en cas d'excès (ATA/131/1997 du 18 février 1997). Enfin, l'amende doit respecter le principe de proportionnalité.

c. 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).

Ainsi qu'il a été précédemment établi, M. Y._____ a violé l'obligation de gestion personnelle et effective prescrite par l'article 21 alinéa 1 LRDBH, ainsi que l'interdiction de prête-nom visée à l'article 12 de ladite loi.

6. Par ailleurs, selon l'article 22 LRDBH, l'exploitant doit veiller au maintien de l'ordre dans son établissement et prendre toutes les mesures utiles à cette fin (al. 1). Si l'ordre est sérieusement troublé ou menace de l'être, que ce soit à l'intérieur de l'établissement ou dans ses environs immédiats, il doit faire appel à la police.

En l'espèce, M. Y._____ ne pouvait pas ignorer – ou alors l'ignorait de façon fautive, que celui-ci servait de plaque tournante au trafic d'héroïne ; M. A._____, qui n'avait pas la responsabilité de l'établissement, le savait. Il est évident, dans ces circonstances, qu'il a manqué à son obligation de mettre en garde ses clients sur le fait qu'ils ne pouvaient s'adonner à ce trafic dans ce lieu et de faire appel à la police, le cas échéant.

L'amende prononcée à l'encontre de M. Y._____ est conforme à la loi quant à son principe.

7. S'agissant de M. A._____, il n'est pas discutable, au vu des considérations qui précèdent, qu'il a violé l'obligation de tout exploitant d'être au bénéfice d'une autorisation d'exploiter. Cette autorisation était soumise à la détention d'un certificat de capacité que le recourant n'a pas. De plus, conformément à l'article 19 alinéa 2 LRDBH, les manquements de l'exploitant sont opposables au propriétaire.

L'amende est donc également justifiée quant à son principe.

8. Reste à savoir si ces deux amendes respectent le principe de la proportionnalité.

a. Pour le DJPS, l'amende de CHF 8'000.- infligée à M. Y._____ se compose d'un montant de CHF 5'000.- pour avoir fermé les yeux sur un trafic d'héroïne qui se déroulait au vu et au su de tous dans un établissement qui se trouvait sous sa responsabilité, ainsi que de CHF 3'000.- pour avoir servi une seconde fois de prête-nom.

Selon cette autorité, le prononcé d'une amende de CHF 3'000.-, infligée à la personne qui a servi de prête-nom, est conforme à la loi et à la pratique de l'autorité intimée (ATA/260/2000 du 18 avril 2000; ATA/219/2000 du 4 avril 2000; ATA/105/2000 du 15 février 2000; ATA/104/1999 du 9 février 1999; ATA/716/1998. du 10 novembre 1998).

Quant au montant de CHF 5'000.- pour avoir gravement manqué à l'obligation d'une gestion personnelle et effective de l'établissement, il n'est pas non plus disproportionné, les enquêtes ayant établi à satisfaction de droit que ces manquements ont conduit à une situation menaçant gravement l'ordre public, dont M. Y._____ s'est complètement désintéressé (cf. not. ATA/374/2004 du 11 mai 2004).

b. L'autorité qui prononce une amende administrative ayant le caractère d'une sanction doit faire application des règles contenues à l'article 68 CP lorsque par un ou plusieurs actes, le même administré encourt plusieurs sanctions (ATF 122 II 182 ; 121 II 25 et 120 Ib 57). L'amende ainsi infligée ne constitue pas nécessairement la somme de sanctions pécuniaires qui auraient pu être prononcées isolément. Elle doit respecter le principe de la proportionnalité, qui gouverne toute action étatique (ATA/649/2005 du 4 octobre 2005).

En l'espèce, l'autorité intimée a infligé à l'intéressé une amende d'un montant global de CHF 8'000.-, qui respecte ce principe, compte tenu du concours et de la récidive ; il n'existe pas de raison de la réduire, liée à la situation financière du recourant, qui n'invoque pas de difficultés patrimoniales l'empêchant d'acquitter l'amende querellée. Cette sanction peut donc être confirmée.

9. Concernant l'amende de CHF 3'000.- infligée à M. A._____, 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/489/2005 du 19 juillet 2005 ; 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, le recourant est propriétaire de l'établissement depuis le 1er mai 2002 ; il y a installé des machines à sous sans autorisation, y a introduit de l'alcool en violation des règlements douaniers et y a toléré la présence de trafiquants de stupéfiants. Au vu de ces éléments, soit notamment le temps écoulé depuis l'acquisition de l'établissement, la variété et la gravité des manquements, l'amende infligée à M. A._____ est proportionnée.

10. Mal fondé, les recours sont donc rejetés. Leurs auteurs, qui succombent, sont condamnés conjointement et solidairement aux frais de la procédure, arrêtés en l'espèce à CHF 2'000.- (art. 87 al. 1er LPA). Ils n'ont en outre pas droit à une indemnité de procédure.

* * * * *

PAR CES MOTIFS

LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF

à la forme :

déclare recevables les recours interjetés le 15 juillet 2005 par Monsieur Y._____ et par Monsieur A._____ contre la décision du département de justice, police et sécurité du 7 juillet 2005 ;

au fond :

les rejette ;

met à la charge de Monsieur Y._____ et de Monsieur A._____, pris conjointement et solidairement, un émolument de CHF 2'000.- ;

communique le présent arrêt aux recourants ainsi qu'au département de justice, police et sécurité.

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

Au nom du Tribunal administratif :

la secrétaire-juriste :	le président :
D. Werffeli Bastianelli	F. Paychère

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le la greffière :

Projet