

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2761/2007-DES

ATA/324/2008

ARRÊT

DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

du 17 juin 2008

dans la cause

Monsieur Hans-Michael K_____

contre

DÉPARTEMENT DE L'ÉCONOMIE ET DE LA SANTÉ

EN FAIT

1. Par arrêté du 23 septembre 2003, le département de justice, police et sécurité devenu depuis lors le département des institutions, alors compétent en matière d'application de la loi sur la restauration, le débit de boissons et l'hébergement du 17 décembre 1987 (LRDBH - I 2 21), a autorisé Monsieur K_____ à exploiter un café-restaurant à l'enseigne « S_____ » propriété de la société R_____ Sàrl situé rue du M_____ - soit dans la galerie marchande de la gare de C_____ - d'une surface de 42 m².
2. Le 31 janvier 2007, un inspecteur du service des autorisations et patentes (ci-après : SAP) du département de l'économie et de la santé (ci-après : DES) est passé dans l'établissement susmentionné à 10h45 afin de vérifier si M. K_____ exploitait personnellement et effectivement celui-ci. Sur place, l'inspecteur a constaté l'absence de l'intéressé et la présence d'une serveuse, Madame H_____, parlant très peu le français, qui a indiqué qu'aucun responsable n'avait été désigné ni instruit de ses devoirs en l'absence de l'exploitant, dont elle avait néanmoins le numéro de téléphone.
3. Par lettre du 2 mars 2007, le SAP a informé M. K_____ qu'il envisageait de lui infliger une sanction et/ou une mesure administrative pour n'avoir pas désigné un remplaçant compétent et instruit de ses devoirs, selon le constat susmentionné. Un délai lui était imparti pour se déterminer.
4. Le 14 mars 2007, M. K_____ a contesté les reproches qui lui étaient adressés. Le personnel sur place était tout à fait instruit de ses devoirs et de ses responsabilités. La liste du personnel était à disposition pour tout contrôle.
5. A la demande de l'intéressé, un entretien a été aménagé entre ce dernier, son épouse et le directeur adjoint du SAP. M. K_____ était l'exploitant de plusieurs établissements dont le « Z_____ », qui avait été l'objet de quatre rapports de dénonciation de quatre inspecteurs différents. Les principaux griefs étaient liés à l'absence de l'exploitant alors qu'aucun remplaçant désigné et instruit de ses devoirs n'était présent. M. K_____ se considérait comme la victime d'un acharnement dès lors qu'il n'avait jamais connu de problème d'exploitation en une vingtaine d'années et que la personne en place, si elle ne parlait pas bien le français, s'exprimait parfaitement en anglais ; elle pouvait en tout temps l'appeler. Il contestait aussi le fait que les deux derniers passages aient eu lieu à la même heure, soit à 10h45. Le directeur adjoint du SAP a alors relu avec M. K_____ les articles 21 (exploitation personnelle et effective), 25 (contrôle du personnel) et 48 (boissons sans alcool) LRDBH.

6. Le 21 juin 2007, le SAP a infligé une amende administrative de CHF 400.- à l'intéressé, pour n'avoir pas désigné de remplaçant compétent et instruit de ses devoirs pour assurer la responsabilité de l'exploitation en son absence.
7. Le 13 juillet 2007, M. K_____ a recouru auprès du Tribunal administratif contre cette décision. Lors du passage de l'inspecteur le 31 janvier 2007, il y avait une remplaçante sur place et elle était parfaitement au courant de ses devoirs.
8. Le 31 août 2007, le DES a répondu au recours.

L'établissement litigieux était exploité sous l'enseigne « Z_____ » depuis le 31 août 2004. Un contrôle avait été effectué le 31 janvier 2007 : l'exploitant était absent, Mme H_____, serveuse, ne parlait que très peu le français et aucun responsable compétent. Le 2 mars 2007, le SAP avait invité l'exploitant à se déterminer, ce qu'il avait fait par lettre du 14 du même mois. Le recourant et son épouse avaient été reçus au SAP le 10 avril 2007. Le 21 juin 2007, une amende d'un montant de CHF 400.- avait été prononcée à l'égard du recourant. Le recours devait être déclaré irrecevable faute de désignation de la décision attaquée et de conclusions. L'article 21 alinéa 2 LRDBH faisait obligation au gérant, en cas d'absence, de désigner un remplaçant compétent et instruit de ses devoirs. A teneur de l'article 32 du règlement d'exécution de la loi sur la restauration, le débit de boissons et l'hébergement du 31 août 1988 (RLRDBH - I 2 21.01), cette personne devait être en mesure de remplacer immédiatement, et même en cas d'absence fortuite, l'exploitant. M. K_____ n'avait pas respecté ces dispositions et l'amende le sanctionnant était proportionnée.

Le DES conclut à l'irrecevabilité du recours et, au fond, à ce qu'il soit rejeté, s'il était déclaré recevable.

9. Le 14 mars 2008, un transport sur place a eu lieu en présence de toutes les parties. L'inspecteur du SAP, qui s'était rendu sur place le 31 janvier 2007, a expliqué qu'il n'avait à cette occasion rencontré qu'une seule personne, Mme H_____, qui n'avait pas compris la question qui lui avait été posée quant à l'identité de l'exploitant de l'établissement. Elle avait répondu à l'inspecteur qu'elle ne le connaissait pas et lui avait donné un numéro de téléphone. Mme H_____ n'était pas en mesure de répondre aux questions du SAP.

M. K_____ a expliqué que Mme H_____ avait travaillé pour lui pendant un an et demi environ et avait quitté son poste quatre mois avant le transport sur place. L'organisation de l'échoppe était telle qu'une seule personne y travaillait le matin. Elle connaissait ses tâches et disposait d'une liste des numéros de téléphone nécessaires comportant notamment celui de S_____, de la gendarmerie ainsi que celui du recourant. Elle était en fin de formation à l'école hôtelière de Montreux et parlait le français de manière suffisante pour qu'elle soit comprise.

Une fois dans l'établissement public, le juge a constaté que la liste du personnel était sous forme de feuillets manuscrits, rangés dans une chemise plastifiée, suspendue à un réfrigérateur. Sur le plateau de la balance était collée une liste de numéros de téléphone.

M. K_____ a encore expliqué que son épouse était présente dans l'établissement de 11h30 à 15h00 environ et lui-même de 17h30 à 19h30, l'établissement étant ouvert tous les jours de 10h00 à 22h00.

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). En particulier, l'acte de recours, même sommaire, permet de comprendre que le recourant demande l'annulation de l'amende litigieuse. Les indications fournies quant à la décision entreprise sont suffisantes pour l'identifier. Dans ces conditions, il n'y a pas lieu de déclarer le recours irrecevable.
2. Selon une jurisprudence constante du tribunal de céans, les amendes administratives, comme celle litigieuse, sont de nature pénale, aucun critère ne permettant de les distinguer clairement des amendes ordinaires, réprimant des contraventions au sens des articles 103 et suivants du code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP - RS 311.0 ; ATA/347/2006 du 20 juin 2006 et les arrêts cités). En cette matière, le tribunal de céans jouit d'une compétence générale, sauf attribution spéciale à une autre juridiction (eodem loco).
3. S'agissant de l'écoulement du temps, le tribunal de céans avait retenu une prescription annale, par application analogique de l'article 109 CP, dans sa teneur antérieure au 1^{er} janvier 2007 ainsi que de l'article 17 de la loi pénale genevoise du 17 novembre 2006 (LPG - E 4 05), en vigueur jusqu'au 27 janvier 2007 (ATA/680/2004 du 24 août 2004).

Depuis l'entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2007 d'une nouvelle partie générale du code pénal, la prescription de l'action pénale et de la peine est dorénavant de trois ans (art. 109 CP). Quant à la loi pénale genevoise modifiée, telle qu'elle a été adoptée par le Grand Conseil le 17 novembre 2006 avec entrée en vigueur au 27 janvier 2007, elle renvoie - en son article 1^{er} - aux articles 1^{er} à 110 CP à titre de droit cantonal supplétif. Afin de maintenir la cohérence voulue par le Tribunal administratif entre les règles du droit pénal général et celles du droit pénal administratif (cf. notamment ATA/934/2004 du 30 novembre 2004) et faute d'une base légale de droit cantonal réglant expressément de manière différente la

question de la prescription, il y a lieu de faire dorénavant application de l'article 109 CP, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2007.

En l'espèce, l'infraction à la LRDBH sanctionnée par l'amende litigieuse a été constatée le 31 janvier 2007, la première démarche de l'autorité intimée vis-à-vis de l'administré date du 2 mars 2007 et la décision litigieuse du 21 juin 2007, de sorte que l'ensemble des faits pertinents est saisi par le nouveau droit. Quant à la question de la prescription, elle n'est pas réglée de manière spéciale dans la loi cantonale pertinente, soit la LRDBH.

L'infraction commise le 31 janvier 2007, pour autant qu'elle soit avérée, n'est donc pas prescrite, pas plus que ne l'est la sanction éventuelle, par application analogique de l'article 109 CP.

4. Selon l'article 21 alinéas 1 et 2 LRDBH, l'exploitant doit gérer son établissement de manière personnelle et effective. En cas d'absence, il doit désigner un remplaçant compétent et instruit de ses devoirs, qui assume la responsabilité de l'exploitation.

L'instruction à laquelle a procédé le juge permet de retenir que M. K_____ est présent dans l'établissement deux heures par jour sur une période d'ouverture de douze heures. Son épouse, qui le seconde, est quant à elle présente trois heures et demi par jour. A eux deux, ils assurent une présence effective de près de la moitié de l'horaire d'ouverture au public. Le recourant n'a pas fourni d'indication sur la manière dont il désignait la personne ayant compétence et instructions pour le remplacer lorsque ni lui, ni son épouse n'étaient là. En particulier le jour de l'infraction constatée, la personne présente, qui était en cours de formation dans une école hôtelière, ne maîtrisait pas suffisamment le français - langue officielle à Genève - pour pouvoir répondre correctement à l'inspecteur du SAP et n'avait d'autre instruction que de téléphoner à M. K_____ en cas de problème. C'est insuffisant pour considérer qu'il s'agissait d'un remplaçant compétent et instruit de ses devoirs. Le recourant a ainsi bien violé la disposition susmentionnée.

5. Le montant de l'amende sera examiné au regard du principe de la proportionnalité, consacré par l'article 36 alinéa 3 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101) et qui gouverne toute action étatique.

En matière de violation de la LRDBH, le droit cantonal fixe le montant de l'amende administrative à CHF 100.- au minimum et à CHF 60'000.- au maximum.

Considérant les faits reprochés au recourant, qui sont d'une gravité très relative au regard de l'ensemble des circonstances du cas d'espèce, en particulier

de ses passages quotidiens, du caractère modeste de l'exploitation et de l'absence d'antécédents, il n'y a pas lieu de s'écarter du minimum légal, soit CHF 100.-.

6. Le recours doit ainsi être admis partiellement. Un émolument de CHF 100.- sera mis à la charge du recourant et un émolument du même montant, à celle du DES (art. 87 LPA). Aucune indemnité ne sera allouée au recourant, qui agit en personne et n'a pas exposé avoir encouru de frais particuliers pour sa défense.

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 13 juillet 2007 par Monsieur K_____ contre la décision département de l'économie et de la santé du 13 juin 2007 ;

au fond :

l'admet partiellement ;

met à la charge du recourant un émolument de CHF 100.- ;

met à la charge du département de l'économie et de la santé un émolument de CHF 100.- ;

dit que, conformément aux articles 82 et suivants de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification par-devant le Tribunal fédéral, par la voie du recours en matière de droit public ; le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire ; il doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'article 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

communique le présent arrêt à Monsieur K_____ ainsi qu'au département de l'économie et de la santé.

Siégeants : M. Thélin, président, Mmes Bovy, Hurni et Junod, M. Dumartheray, juges.

Au nom du Tribunal administratif :

la greffière-juriste :

C. Del Gaudio-Siegrist

le vice-président :

Ph. Thélin

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :