

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3161/2006-DES

ATA/301/2010

ARRÊT

DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

du 4 mai 2010

1^{ère} section

dans la cause

Monsieur F_____

représenté par Me Christine Sayegh, avocate

contre

**DÉPARTEMENT DES AFFAIRES RÉGIONALES, DE L'ÉCONOMIE ET DE
LA SANTÉ**

et

Madame M_____,

représentée par Me Olivier Cramer, avocat

et

La masse en faillite de T_____ S.A.,

représentée par l'office des faillites
appelées en cause

EN FAIT

1. Monsieur F_____ est titulaire d'un certificat de capacité de cafetier. Il ressort du système informatique du service des autorisations et patentes (ci-après : le SAP) qu'il a été autorisé à exploiter le café-restaurant à l'enseigne T_____ S.A. (ci-après : T_____ S.A.), rue Y_____ 1, du 17 octobre 1997 au 28 février 2006.

Les locataires du lieu d'exploitation sont Messieurs C_____, beau-père de M. F_____ et P_____.

2. Le 19 mai 1997, T_____ S.A. a été transformée en société anonyme. Les actionnaires étaient MM. P_____, pour cinquante actions, et C_____ pour cinquante actions dont une donnée à titre fiduciaire à M. F_____.
3. Selon le procès-verbal de l'assemblée générale extraordinaire des actionnaires de la société "T_____ S.A." (ci-après : la société) du 2 mars 2006, que sur proposition de M. P_____, président du conseil d'administration, MM. F_____ et C_____ ont été licenciés avec effet immédiat pour justes motifs.

M. F_____ a été informé de cette décision par courrier du 3 mars 2006.

4. Par arrêté du 31 mars 2006 du département de l'économie et de la santé, devenu depuis le 7 décembre 2009, le département des affaires régionales, de l'économie et de la santé (ci-après : le département), Madame M_____ a été autorisée à exploiter T_____ S.A..
5. Il ressort d'un rapport de dénonciation à la loi sur la restauration, le débit de boissons et l'hébergement du 17 décembre 1987 (LRDBH - I 2 21) du 13 juin 2006 du département, que lors de deux contrôles effectués par un inspecteur du SAP, les 31 mars et 1er juin 2006, à T_____ S.A., M. F_____ avait allégué en être l'exploitant. Ni le nom du propriétaire ni celui de l'exploitant ne figurait toutefois sur la porte de l'établissement.

A cette occasion, il avait par ailleurs été constaté que l'enseigne "T_____ S.A." affichée sur la vitre avait été modifiée en "T_____ S.A. D_____" (sic) sans que cela ait été annoncé au SAP.

6. Le 26 juin 2006, le département a informé M. F_____ de ce qu'il envisageait d'ordonner la cessation immédiate d'exploitation de T_____ S.A. et de lui infliger une amende. Celui-ci était invité à présenter ses observations dans un délai de quarante-huit heures.

7. Par courrier du 28 juin 2006, M. F_____ a expliqué que c'était en raison de différends entre les actionnaires, que M. C_____ lui avait retiré, sans droit, son autorisation d'exploiter le 28 février 2006. Il était néanmoins inscrit au registre du commerce (RC) depuis le 4 avril 2006 pour l'exploitation de T_____ S.A. et tant l'établissement public que son activité n'avaient pas changé.

8. Par décision exécutoire nonobstant recours du 29 août 2006, le SAP a ordonné à M. F_____ la cessation immédiate d'exploitation de T_____ S.A. et lui a infligé une amende de CHF 1'700.-, en application des art. 67 al. 1 et 74 al. 1 LRDBH. Il lui était reproché d'avoir violé les art. 4 al. 1 et 2, 32 al. 3 (sic), 33 LRDBH et 4 du règlement d'exécution de la loi sur la restauration, le débit de boissons et l'hébergement du 31 août 1988 (RLDBH - I 2 21.01).

A défaut de fermeture dans un délai de quarante-huit heures, à compter de la notification de la présente décision, les scellés seraient apposés.

9. Le 31 août 2006, M. F_____ a saisi le Tribunal administratif d'un recours à l'encontre de la décision susmentionnée en concluant, préalablement, à la restitution de l'effet suspensif. La fermeture immédiate de l'établissement exploité depuis plus de vingt ans, sans aucun problème, aurait des conséquences extrêmement graves pour son associé, M. C_____, lui-même et leurs dix salariés. Le retrait de l'effet suspensif, tout comme la décision litigieuse en elle-même, apparaissaient ainsi injustifiés au regard du principe de la proportionnalité.

De toutes les manières, rendue par une autorité incompétente - le département étant seul habilité à ordonner la cessation de l'exploitation -, la nullité de la décision litigieuse devait être constatée de plein droit et une indemnité à titre de dépens lui être allouée. A titre subsidiaire, il conclut à l'annulation de ladite décision.

10. Le 11 septembre 2006, un avocat s'est constitué pour la défense des intérêts de la société et de Mme M_____, exploitante autorisée. Il sollicitait l'appel en cause de cette dernière, laquelle s'opposait à la restitution de l'effet suspensif.

11. Le même jour, le département a fait part de ses observations sur mesures provisionnelles. Il s'en est remis à justice s'agissant de la requête en restitution de l'effet suspensif et a conclu au rejet du grief relatif à la nullité, le SAP étant compétent pour prendre la décision querellée.

12. Le 13 septembre 2006, le juge délégué a invité M. F_____ et le département à se déterminer sur la requête d'appel en cause déposée par la société (sic) et Mme M_____.

Dans le délai imparti, M. F_____ s'est opposé à ladite requête. Mme M_____ n'était pas touchée par la décision litigieuse, le litige qui l'opposait à MM. F_____ et C_____ étant exclusivement d'ordre civil.

Le département a pour sa part indiqué qu'il ne s'y opposait pas, considérant que la situation juridique de Mme M_____ était susceptible d'être affectée par l'issue de la présente procédure.

13. Par décision du 22 septembre 2006, le juge délégué a ordonné l'appel en cause de Mme M_____ et de la société et leur a fixé un délai au 2 octobre 2006 pour présenter des observations.
14. Par décision distincte du même jour, le Président du Tribunal administratif a ordonné la restitution de l'effet suspensif au recours.

Les éléments versés au dossier permettaient de retenir qu'il existait une exploitante autorisée du restaurant « T_____ S.A. », en la personne de Mme M_____ depuis le 31 mars 2006, et un exploitant effectif, M. F_____, au bénéfice d'une autorisation d'exploiter jusqu'au 28 février 2006 et titulaire d'un certificat de cafetier restaurateur. L'établissement était exploité sans problème du point de vue de l'ordre public depuis de nombreuses années et il comptait dix salariés risquant de se trouver au chômage en cas de fermeture. Partant, au vu de l'ensemble des circonstances connues, l'intérêt public protégé par la LRDBH n'apparaissait en l'état nullement menacé par la continuation de l'exploitation de l'établissement, alors que sa fermeture serait susceptible d'augmenter le nombre de chômeurs dans un canton qui détenait l'un des plus fort taux de chômage du pays, de sorte que l'intérêt public au maintien de dix places de travail apparaissait prépondérant.

15. Invité à déposer ses observations sur le fond, le département a conclu, le 2 octobre 2006, au rejet du recours, à la confirmation de la décision du SAP du 29 août 2006 et à la condamnation du recourant aux dépens.

L'exploitation d'un établissement soumis à la LRDBH était soumise à l'obtention préalable d'une autorisation d'exploiter. Cette dernière était requise lors de chaque création, changement d'exploitant ou modification des conditions de l'autorisation antérieure. A défaut d'une telle autorisation, M. F_____ exploitait son établissement en violation de la loi. C'était dès lors à juste titre que l'ordre de cesser immédiatement l'exploitation de l'établissement litigieux lui avait été intimé. Le fait que M. F_____ soit inscrit au RC n'y changeait rien. Quant au contentieux existant entre celui-ci et M. P_____, il relevait du droit civil. Enfin, M. F_____, qui devait être considéré comme exploitant de fait de T_____ S.A., avait violé les art. 32 al. 4, 33 LRDBH et 40 RRDBH en n'annonçant pas le changement d'enseigne de son établissement et en omettant de faire figurer son nom sur la porte d'entrée. Au vu de ce qui précédait, l'amende administrative était parfaitement proportionnée. M. F_____ n'invoquant pas pour le surplus de difficultés financières particulières.

-
16. Le 3 octobre 2006, la société et Mme M_____ se sont prononcés sur le recours de M. F_____ en concluant à son rejet.

La décision du département n'était pas nulle dès lors qu'il était acquis, selon la pratique et la réalité administrative actuelle, que les décisions prises au niveau des services l'étaient sur délégation du Conseil d'Etat.

Pour le surplus, le recourant ne saurait invoquer sa liberté économique alors même qu'il exploitait T_____ S.A. contre la volonté du propriétaire et en absence de toute autorisation du département. Enfin, la sanction apparaissait proportionnée dès lors que la cessation de l'exploitation du restaurant et ses conséquences sur le personnel employé n'auraient lieu qu'à titre provisoire, le souhait de Mme M_____ étant de pouvoir exploiter T_____ S.A. à l'avenir en maintenant l'ensemble du personnel en poste.

17. Par jugement du 5 novembre 2006, le Tribunal de première instance de Genève a prononcé la faillite de la société.

18. Le 14 juin 2007, le juge délégué a tenu une audience de comparution personnelle en présence des parties et appelés en cause.

A cette occasion, M. F_____ a confirmé qu'il continuait d'exploiter T_____ S.A.. Il ne connaissait pas Mme M_____ et n'avait su qu'elle était au bénéficiaire d'une autorisation d'exploiter l'établissement litigieux qu'à l'occasion du deuxième passage du SAP. Il n'avait pas reçu de courrier l'informant du retrait de la sienne. Il n'avait pas non plus attaqué la décision de l'assemblée générale de la société mais une action en dissolution de celle-ci avait été introduite en avril 2006.

Monsieur B_____, représentant du SAP, a pour sa part précisé qu'en principe le département n'informait pas l'ancien exploitant de la délivrance d'une nouvelle autorisation. Le cas d'espèce était particulier en raison du litige civil opposant les propriétaires du restaurant, dont le SAP n'avait pas eu connaissance au moment de la délivrance de l'autorisation à Mme M_____. M. P_____ a quant à lui indiqué avoir tout entrepris pour faire partir M. F_____ et permettre à Mme M_____ d'exploiter T_____ S.A.. A l'heure actuelle, des discussions étaient en cours entre les parties en vue de la vente du fond de commerce et il se pourrait qu'elles débouchent sur un accord.

A l'issue de l'audience, l'instruction de la procédure a été suspendue en application de l'art. 78 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10).

19. Le 5 février 2009, l'office des faillites (ci-après : OF) s'est adressé au service du commerce (ci-après : Scm) du département afin qu'il lui précise la situation juridique actuelle de l'établissement dont l'enseigne avait été modifiée. Outre le dépôt d'une plainte pénale à l'encontre de MM. P_____ et C_____, il

envisageait de demander une reprise d'instance au Tribunal administratif, assortie d'une requête de fermeture administrative.

20. Le 17 avril 2009, M. F_____ a sollicité du SAP le renouvellement de son autorisation d'exploiter l'établissement litigieux sous la raison individuelle T_____ S.A. D_____ en application de l'art. 4 LRDBH.

21. Le 31 juillet 2009, le mandataire des appelés en cause a informé le Tribunal administratif, en réponse à sa demande, de la faillite de la société, le 11 mars 2008. A ce jour, aucun accord n'avait été trouvé entre la société en liquidation et/ou les actionnaires. C'était l'OF qui gérait la faillite.

Le même jour, le Scom a indiqué n'avoir pas été approché par la société ni par Mme M_____ concernant un accord. Il n'avait pas donné suite à la demande de M. F_____ de lui délivrer une autorisation d'exploiter.

22. Le juge délégué a informé les parties et appelés en cause, le 20 août 2009, que l'instruction de la cause était reprise. Un délai leur était accordé pour formuler toute requête complémentaire.

23. Par courrier du 9 septembre 2009, M. F_____ a sollicité le versement à la procédure de la convention entre MM P_____ et C_____ signée le 5 juin 2008 par ce dernier.

24. Le 28 septembre 2009, Monsieur Marc-François Unternaehrer, chargé de faillites à l'OF a confirmé au tribunal de céans que M. F_____, épaulé par M. C_____, continuait d'exploiter en toute connaissance de cause illégalement l'établissement litigieux. Un loyer de gérance avait été demandé, sans succès, aux intéressés afin de rétablir, au moins partiellement, la situation administrative. Au vu de la situation et du dommage subi par les créanciers, la masse envisageait de déposer une plainte pénale à l'encontre de MM. F_____ et C_____.

25. Faisant suite à ce courrier, qui lui a été adressé en copie, M. F_____ a versé à la procédure ses courriers des 14 mai, 13 octobre, 5 et 6 novembre 2008 à l'OF et les réponses de ce dernier des 26 mai et 28 octobre 2008.

Il en ressortait notamment qu'en mai 2008, MM. F_____ et C_____ avaient fait une offre d'achat du fond de commerce de la société pour CHF 30'000.- laquelle avait été acceptée par l'OF sans être toutefois finalisée.

26. Par courrier du 23 octobre 2009, les parties ont été informées 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 titre liminaire, le recourant soutient que la décision du 29 août 2006 serait nulle de plein droit dès lors qu'elle avait été prise par une autorité incompétente, à savoir le SAP, en lieu et place du département.
 - a. Selon l'art. 1 al. 6 RRDBH dans sa teneur avant le 22 novembre 2006, sous réserve des dispositions des al. 7 et 10 du présent article, le département délivre tous les documents et autorisations prévus par la loi. Il prend les mesures administratives et prononce les sanctions administratives nécessaires.
 - b. En l'absence de dispositions légales leur attribuant spécialement la compétence de statuer, les services des départements agissent sur délégation et prennent leurs décisions en tant qu'organes au nom et pour le compte du département auquel ils sont rattachés (art. 12 LPA).
 - c. A teneur de l'art. 9 al. 1 let. b ch. 3 du règlement sur l'organisation de l'administration cantonale entré en vigueur le 5 décembre 2005 (aROAC - B 4 05.10), le département comprenait la direction générale des affaires économiques dont dépendait notamment le service des autorisations et patentes.
 - d. La nullité d'une décision est la sanction la plus lourde qui frappe les décisions affectées des vices les plus graves. Premièrement, le vice doit être grave, en raison de l'importance de la norme violée, considérée sous l'angle des principes lésés. La violation d'une norme constitutionnelle fondamentale, portant atteinte à la dignité humaine, celle d'une règle d'organisation procédurale essentielle, seront des causes de nullité. En outre, le vice doit être patent et l'admission de la nullité ne doit pas léser gravement la sécurité du droit. La nullité peut être invoquée en tout temps et devant toute autorité, relativisant le principe de l'autorité formelle de chose décidée (P. MOOR, Droit administratif, vol. II, 2e éd., Berne 2002, p. 306, 307 et 311).

En l'espèce, il ne fait aucun doute que le SAP est intervenu en sa qualité d'organe représentant le département. Cela ressort d'ailleurs clairement du papier en-tête de la décision litigieuse. Cette manière de procéder n'a pour le surplus pas été remise en cause par le tribunal de céans dans une affaire similaire à la présente espèce (ATA/633/2006 du 28 novembre 2006). Le grief relatif à la nullité de la décision entreprise doit ainsi être rejeté.
3. a. Selon l'art. 4 al. 1 de la loi sur la restauration, le débit de boissons et l'hébergement du 17 décembre 1987 (LRDBH - I 2 21), l'exploitation de tout

établissement régi par cette loi est soumise à l'obtention préalable d'une autorisation d'exploiter. Celle-ci est délivrée notamment à condition que le requérant soit titulaire d'un certificat de capacité attestant de son aptitude à gérer un tel établissement et qu'il produise l'accord du bailleur des locaux de l'établissement, s'il n'en est lui-même propriétaire (art. 5 al. 1 let. c et g LRDBH). Les requêtes doivent être formulées par écrit. Elles ne sont recevables que présentées au moyen de la formule adéquate édictée par l'autorité compétente (art. 4 RRDBH).

b. A teneur de l'art. 32 al. 4 LRDBH, tout changement de nom ou d'enseigne doit être annoncé au département.

c. Quant à l'art. 33 LRDBH, il stipule que le propriétaire et l'exploitant sont tenus de faire figurer leurs noms sur la porte de l'établissement.

d. Le département intime l'ordre de cesser immédiatement l'exploitation de tout établissement exploité sans autorisation en vigueur. À défaut d'exécution spontanée, il procède à la fermeture de l'établissement, avec apposition de scellés (art. 67 al. 1 et 2 LRDBH).

En l'espèce, il n'est pas contesté que M. F_____ gère effectivement l'établissement litigieux. Or, en violation de l'art. 4 LRDBH, ce dernier n'est plus au bénéfice d'aucune autorisation d'exploiter depuis le 28 février 2006. C'est donc à bon droit que le SAP lui a ordonné de cesser immédiatement l'exploitation de T_____ S.A.. Le fait qu'il soit inscrit au registre du commerce ne change rien à cet égard. En revanche, il ressort des pièces versées à la procédure que depuis le 31 mars 2006, il existe une exploitante autorisée de T_____ S.A. en la personne de Mme M_____. Cette dernière était connue du département qui a rendu un arrêté dans ce sens. Le département ne pouvait dès lors, dans sa décision du 29 août 2006, menacer de fermer l'établissement litigieux au motif qu'il serait exploité sans autorisation en vigueur ni d'ailleurs exiger la cessation immédiate d'exploitation de celui-ci. Sa décision est équivoque et sera donc annulée sur ce point.

Enfin, dans une jurisprudence antérieure, le tribunal de céans a confirmé l'amende prononcée à l'encontre d'une exploitante non autorisée qui avait, entre autres infractions, omis d'annoncer un changement d'enseigne (ATA/163/2005 du 22 mars 2005). Ainsi, contrairement aux obligations visées aux chapitres II (19 à 20A) et III de la LRDBH (art. 21 à 31) qui sont liées à la qualité de propriétaire, respectivement d'exploitant de l'établissement concerné, l'infraction à l'art. 32 al. 3 peut être le fait du tiers au bénéfice d'un prête-nom et doit être confirmée. En revanche la violation de l'art. 33 LRDBH ne saurait être retenue à son encontre dès lors que le recourant n'était ni propriétaire ni exploitant de l'établissement litigieux.

4. a. En cas d'infraction à la LRDBH, le département peut infliger une amende de CHF 100.- à CHF 60'000.-, indépendamment des autres sanctions prévues par cette loi (art. 74 al. 1 LRDBH).

b. 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).

c. 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, le recourant a violé les art. 4 al. 1 et 2, 32 al. 4 LRDBH et 4 RRDBH. L'amende administrative est donc, quant à son principe, justifiée. En revanche, comme vu ci-dessus, la violation de l'art. 33 LRDBH ne saurait être retenue à son encontre.

S'agissant du montant de l'amende, de CHF 1'700.-, il est conforme à la pratique de l'autorité intimée et respecte le principe de la proportionnalité eu égard notamment au fait que M. F_____, titulaire d'un certificat de capacité, était parfaitement au courant des obligations qui lui incombait. Enfin, ce dernier ne fait pas état de difficultés patrimoniales qui l'empêcheraient de s'acquitter de l'amende querellée laquelle sera confirmée.

5. Le recours est ainsi partiellement admis. Vu l'issue du litige, trois émoluments de CHF 750.- chacun seront mis à la charge l'un du département, l'autre de Mme M_____ et de la masse en faillite de T_____ S.A., prises conjointement et solidairement et le troisième à celle du recourant. Une indemnité de CHF 750.- lui sera allouée, à la charge conjointe et solidaire de Mme M_____, de la masse en faillite de T_____ S.A. et de l'Etat de Genève (art. 87 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 31 août 2006 par Monsieur F_____ contre la décision du département des affaires régionales, de l'économie et de la santé du 29 août 2006 ;

au fond :

l'admet partiellement ;

annule la décision du département des affaires régionales, de l'économie et de la santé du 29 août 2006 en tant qu'elle ordonne la cessation immédiate d'exploitation de T_____ S.A., alors même qu'il existe pour cet établissement une exploitante autorisée en la personne de Madame M_____ ;

la confirme en tant qu'elle ordonne à Monsieur F_____ la cessation immédiate d'exploitation de T_____ S.A.;

la confirme pour le surplus ;

met à la charge du recourant un émoluments de CHF 750.- ;

met à la charge du département de l'économie et de la santé un émoluments de CHF 750.- ;

met à la charge de Madame M_____ et de la masse en faillite de T_____ S.A., prises conjointement et solidairement, un émoluments de CHF 750.- ;

alloue au recourant une indemnité de CHF 750.-, à la charge de Madame M_____, de la masse en faillite de T_____ S.A. et de l'Etat de Genève, pris conjointement et solidairement ;

dit que, conformément aux art. 113 ss 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 constitutionnel subsidiaire ; 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'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

communiqué le présent arrêt à Me Christine Sayegh, avocate du recourant ainsi qu'au département des affaires régionales, de l'économie et de la santé, à Me Olivier Cramer, avocat de Madame M_____ et à l'office des faillites, mandataire de la masse en faillite de T_____ S.A.

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

Au nom du Tribunal administratif :

la greffière-juriste adj. :

F. Glauser

le vice-président :

Ph. Thélin

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :