RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3239/2005-JPT **ATA/112/2006**

ARRÊT

DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

du 7 mars 2006

dans la cause

Messieurs A_____ et B_____
représentés par Me Bénédict Fontanet, avocat

contre

DÉPARTEMENT DE L'ÉCONOMIE ET DE LA SANTÉ

EN FAIT

1. Monsieur A_____, titulaire du certificat de capacité de cafetier restaurateur, est autorisé, depuis le 21 avril 1999, à exploiter le café restaurant à l'enseigne « L_____ » (ci-après : « L_____ »), propriété de Monsieur B_____, sis, 36 boulevard K_____ à Genève.

2. L'horaire d'exploitation de l'établissement précité a été fixé de 4h00 à 24h00 mais M. A_____ a régulièrement sollicité, chaque année, l'autorisation de prolonger l'horaire d'exploitation jusqu'à 2h00, quel que soit le jour de la semaine. L'autorisation pour l'année 2005 lui a été délivrée le 7 décembre 2004.

3. Depuis qu'il exploite « L_____ » M. A_____ a fait l'objet des sanctions administratives, suivantes :

   - Le 10 juillet 1998, d'une amende administrative de CHF 100.- pour excès de bruit le 2 mai 1998 à 1h10, alors qu'il était remplacé par M. G_____ ;

   - Le 20 juillet 1998, d'une amende administratif de CHF 200.- pour excès de bruit le 24 mai 1998 à 0h50 ;

   - Le 3 novembre 2000, d'une amende administrative de CHF 200.- pour fermeture tardive de l'établissement le 2 septembre 2000 à 3h00, alors qu'il était remplacé par M. B_____ ;

   - Le 4 octobre 2004, d'une amende administrative de CHF 100.- pour fermeture tardive de l'établissement le 9 juin 2004 à 2h25, alors qu'il était remplacé par M. B_____ ;

   - Le 4 novembre 2004, d'une amende administrative de CHF 100.- pour excès de bruit le 14 mai 2004 à 0h30, alors qu'il était remplacé par M. B_____ ;

   - Le 20 avril 2005, d'une amende administrative de CHF 200.- pour fermeture tardive le 7 février 2005 à 2h40, alors qu'il était remplacé par M. B_____ ;

   - Le 12 juillet 2005, d'une amende administrative de CHF 400.-, pour excès de bruit les 24 mai 2005 à 23h50 et 27 mai 2005 à 1h10, alors qu'il était, les deux fois, remplacé par M. B_____.

   Ces décisions n'ont pas fait l'objet de recours.

4. Il ressort d'un rapport de dénonciation dressé par le poste de gendarmerie de Rive le 14 juillet 2005, qu'en date du 3 juillet 2005, l'intervention de la police était requise à 00h55 pour du bruit provenant de « L_____ », plusieurs

habitants s'en étant plaint. Sur place, les gendarmes ont constaté qu'un fort bruit de musique provenait de cet établissement. Ses fenêtres étaient ouvertes et les nuisances sonores de nature à engendrer des inconvénients graves pour le voisinage, étaient perceptibles à plus de 50 mètres. M. A_____ n'était pas sur place mais était remplacé par M. B_____.

5. Par courrier du 21 juillet 2005, adressé à « L_____ », le département de justice, police et sécurité, devenu depuis lors le département des institutions (ci-après : le département), a informé M. A_____ qu'il envisageait de suspendre l'autorisation de prolongation d'exploitation et de lui infliger une amende, vu la récidive constituée par les faits précités. Il était invité à s'expliquer par écrit jusqu'au 15 août 2005. Copie de ce courrier a été envoyée à M. B_____, à son adresse privée.

6. Aucune réponse au courrier précité n'étant parvenue au département, ce dernier a, par décision du 13 septembre 2005, exécutoire nonobstant recours, suspendu pour une durée de 10 jours, l'autorisation de prolongation de l'horaire d'exploitation de « L_____ » et a infligé à M. A_____ une amende administrative de CHF 800.-. Cette décision a été notifiée le jour même à « L_____ », au fils de M. B_____. Ce dernier, avisé peu après, a indiqué à l'agent notificateur qu'il n'avait pas reçu la lettre du 21 juillet 2005.

7. Par courrier de son avocat du 13 septembre 2005, M. A_____ a informé le département qu'il n'avait jamais reçu le courrier du 21 juillet 2005. Il n'avait ainsi pas été en mesure de se déterminer quant aux griefs qui lui étaient reprochés. Il demandait donc que la décision du 13 septembre 2005 soit révoquée et qu'une copie du courrier du 21 juillet 2005 lui soit adressée, afin qu'il puisse exercer son droit d'être entendu.

8. Le 14 septembre 2005, le département a transmis à l'intéressé copie du courrier sollicité mais a refusé d'entrer en matière sur la demande de révocation de la décision du 13 septembre 2005. Il apparaissait en effet qu'en l'espace d'une année, la gendarmerie était intervenue à cinq reprises à « L_____ » et que M. A_____ n'avait jamais répondu aux lettres du département l'invitant à se déterminer avant les amendes administratives qui avaient suivi ces interventions.

9. Par acte du 15 septembre 2005, MM. A_____ et B_____ ont recouru au Tribunal administratif contre la décision du 13 septembre 2005. Ils concluaient préalablement à la restitution de l'effet suspensif, son retrait n'étant pas justifié par un intérêt public capital. Au fond, la décision querellée était nulle, car le droit d'être entendu de M. A_____ avait été violé sans que cette violation puisse être réparée devant la juridiction de recours. Subsidiairement, elle devait être annulée car disproportionnée.

10. Le 20 septembre 2005, le département s'est opposé à la restitution de l'effet suspensif en ce qui concernait la suspension de l'autorisation de prolongation de l'horaire d'exploitation mais pas s'agissant de l'amende administrative.

11. Par décision du 21 septembre 2005, la vice-présidente du Tribunal administratif a restitué l'effet suspensif au recours concernant le prononcé de l'amende administrative et a rejeté la requête pour le surplus.

12. Le 13 octobre 2005, le département a fait part de ses observations au fond et conclu au rejet du recours.

Les recourants n'apportaient pas d'éléments susceptibles de remettre en cause les constatations du rapport de gendarmerie du 14 juillet 2005. En ne prenant pas les mesures qui s'imposaient pour préserver la tranquillité publique, ils avaient violé leur obligation de maintenir de l'ordre. La sanction de suspension de l'autorisation de prolongation de l'horaire d'exploitation de « L_____ » constituait une restriction admissible et justifiée à la liberté du commerce et de l'industrie dont se prévalaient les intéressés. Quant à l'amende, s'agissant d'une récidive, elle était conforme au principe de la proportionnalité. Enfin, la pratique constante du département étant d'envoyer à l'adresse commerciale les courriers concernant les exploitants d'établissement publics, M. A_____ ne pouvait de bonne foi se plaindre de n'avoir pas reçu celui du 21 juillet 2005 dès lors que son nom ne figurait pas sur la boîte aux lettres de L_____. Copie de ce courrier avait par ailleurs été adressé à M. B_____, à son domicile, en qualité de propriétaire. Enfin, même s'il y avait eu violation du droit d'être entendu, elle pouvait être réparée devant le Tribunal administratif.

13. Sur quoi, l'affaire a été gardée à juger.

EN DROIT

1. Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente (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) le recours est recevable sur ce point.

2. Conformément à l'article 60 lettre b LPA, a qualité pour recourir en procédure administrative toute personne qui est touchée directement par une décision et qui possède un intérêt personnel digne de protection à ce que celle-ci soit annulée ou modifiée. La qualité pour recourir requise par cette disposition suppose l'existence d'un intérêt personnel, direct et actuel à l'examen du recours et à l'annulation de l'acte entrepris non seulement au moment de l'introduction de l'instance, mais également lors du prononcé de la décision sur recours : s'il s'éteint pendant la procédure, le recours n'est plus recevable (ATF 1P.70/2001 du

7 août 2001, consid. 2 ; 124 I 231 consid. 1b p. 233 et les arrêts cités). La juridiction doit toutefois se prononcer si le recourant continue à être touché par les effets de la mesure litigieuse ou pourrait l'être par une décision identique (ATA/96/2005 du 1er mars 2005 ; B. BOVAY, Procédure administrative, Berne 2000, p. 352 et les références citées).

S'agissant de la restriction de l'horaire d'exploitation pendant dix jours, la décision du 4 février 2005, déclarée exécutoire nonobstant recours, a d'ores et déjà déployé tous ses effets. La situation étant toutefois susceptible de se représenter, le Tribunal administratif entrera en matière (ATA/96/2005 précité).

Enfin, en tant que propriétaire de « L_____ », M. B_____ est directement touché par la restriction à l'horaire d'exploitation et est en outre solidairement responsable de l'amende, de sorte que sa qualité pour recourir doit être admise s'agissant de cette mesure.

3. Le droit d'être entendu est une garantie de nature formelle (Arrêt du Tribunal Fédéral 2P.256/2001 du 24 janvier 2002 consid. 2a et les arrêts cités ; ATA/172/2004 du 2 mars 2004). Sa portée est déterminée en premier lieu par le droit cantonal (art. 41ss LPA) et le droit administratif spécial (Arrêt du Tribunal Fédéral 1P.742/1999 du 15 février 2000 consid. 3a ; ATF 124 I 49 consid. 3a p. 51 et les arrêts cités ; Arrêt du Tribunal fédéral du 12 novembre 1998 publié in RDAF 1999 II 97 consid. 5a p. 103). Si la protection prévue par ces lois est insuffisante, ce sont les règles minimales déduites de la Cst. qui s'appliquent (Arrêts du Tribunal fédéral 2P.256/2001 du 24 janvier 2002 consid. 2b ; 1P.545/2000 du 14 décembre 2000 consid. 2a et les arrêts cités ; B. BOVAY, op. cit. p. 198).

Tel qu'il est garanti par l'article 29 alinéa 2 Cst., le droit d'être entendu comprend le droit pour les parties de faire valoir leur point de vue avant qu'une décision ne soit prise, de fournir des preuves quant aux faits de nature à influer sur la décision, d'avoir accès au dossier, de participer à l'administration des preuves, d'en prendre connaissance et de se déterminer à leur propos (Arrêt du Tribunal Fédéral 2P.77/2003 du 9 juillet 2003 consid. 2.1 et les arrêts cités ; ATA/172/2004 du 2 mars 2004 et les arrêts cités).

Une décision entreprise pour violation du droit d'être entendu n'est pas nulle, mais annulable (Arrêt du Tribunal Fédéral 2P.207/2001 du 12 novembre 2001 consid. 5a et les arrêts cités). Toutefois, la violation du droit d'être entendu est réparable devant l'instance de recours si celle-ci jouit du même pouvoir d'examen des questions litigieuses que l'autorité intimée et si l'examen de ces questions ne relève pas de l'opportunité, car l'autorité de recours ne peut alors substituer son pouvoir d'examen à celui de l'autorité de première instance (Arrêt du Tribunal fédéral 2P.30/2003 du 2 juin 2003 consid. 2.4 et les arrêts cités; ATA/73/2005 du 15 février 2005; ATA/703/2002 du 19 novembre 2002 ;

ATA/609/2001 du 2 octobre 2001 ; P. MOOR, Droit administratif : les actes administratifs et leur contrôle, vol. II, Berne 1991, ch. 2.2.7.4 p. 190). En outre, la possibilité de recourir doit être propre à effacer les conséquences de cette violation. Autrement dit, la partie lésée doit avoir le loisir de faire valoir ses arguments en cours de procédure contentieuse aussi efficacement qu'elle aurait dû pouvoir le faire avant le prononcé de la décision litigieuse (ACE A. Porta & Cie du 18 décembre 1991 consid. 4 et 6a in : SJ 1992 p. 528).

Tel est le cas en l'espèce, les points litigieux ne relevant pas de l'opportunité. Les recourants ayant pu faire valoir leurs moyens devant le tribunal de céans, le droit d'être entendu de M. A_____ est ainsi respecté, la question de sa bonne foi à se prévaloir d'une violation de son droit d'être entendu alors qu'il s'est mis en situation de ne pas pouvoir être atteint par les courriers du département, pouvant demeurer dès lors ouverte.

Quant à M. B_____, force est de constater qu'il ne soutient pas n'avoir pas reçu le courrier du 21 juillet 2005, auquel il n'a cependant pas réagi.

4. a. La loi sur la restauration, le débit de boissons et l'hébergement du 17 décembre 1987 (LRDBH - I 2 21) 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).

b. L'exploitant doit gérer l'établissement de façon personnelle et effective. En cas d'absence de l'établissement, il doit désigner un remplaçant compétent et instruit de ses devoirs, qui assume la responsabilité de l'exploitation. Il répond du comportement adopté par les personnes participant à l'exploitation et à l'animation de l'établissement dans l'accomplissement de leur travail (art. 21 LRDBH).

5. A teneur de l'article 18 A LRDBH, les cafés-restaurants peuvent être ouverts de 04h00 à 24h00. Sur demande de l'exploitant, le département ou, sur délégation, les autorités de police peuvent prolonger l'horaire d'exploitation jusqu'à 02h00 dans les nuits du vendredi au samedi et du samedi au dimanche, et jusqu'à 01h00 dans les autres nuits, voire jusqu'à 2h00 n'importe quel jour de la semaine, pour autant que l'établissement assure un service de restauration chaude.

6. Selon l'article 22 alinéas 1 à 3 LRDBH, l'exploitant d'un établissement doit veiller au maintien de l'ordre dans son établissement et prendre toutes les mesures utiles à cette fin. L'exploitation d'un café ne doit pas engendrer d'inconvénients graves pour le voisinage.

En l'espèce, il ressort du rapport de dénonciation de la gendarmerie que le 3 juillet 2005, un fort bruit de musique provenait de « L_____ » dont les fenêtres étaient ouvertes et était audible à 50 mètres à la ronde. Les recourants n'apportent aucun élément pertinent susceptible de mettre en cause les constatations des représentants de l'ordre dont l'intervention a été requise à la suite de plaintes du voisinage. Dès lors, en ne prenant pas de mesure propre à préserver la tranquillité publique, les recourants ont violé leur obligation de maintien de l'ordre au sens de l'article 22 LRDBH.

7. a. En cas d'infractions à la LRDBH, le département peut infliger aux contrevenants une amende de CHF 100.- à CHF 60'000.- (art. 74 ch. 1 LRDBH) et suspendre, pour une durée de dix jours à six mois, l'autorisation d'exploiter ou la retirer (art. 70 LRDBH), cas échéant suspendre ou retirer les autorisations complémentaires délivrées, telles que l'autorisation de prolonger l'horaire d'exploitation (art. 71 al. 1 et 2 LRDBH).

b. Le département jouit d'un large pouvoir d'appréciation pour fixer le montant de l'amende. 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 (ATA/1274/2004 du 19 juillet 2005 ; Mémorial des séances du Grand Conseil, 1985, III p. 4275).

En l'espèce, les recourants ayant violé l'article 22 LRDBH, une sanction administrative est justifiée dans son principe.

En fixant à 10 jours la restriction d'horaire, le département a fait une saine application de la loi, compte tenu notamment des antécédents des recourants en la matière. Cette sanction est en outre compatible avec le principe de la proportionnalité, dès lors qu'elle ne rend pas impossible l'exploitation de l'établissement, qui peut demeurer ouvert de 04h00 à 24h00, soit 20 heures par jour. Elle échappe ainsi à toute critique (ATA/579/2005 du 30 août 2005 et les arrêts cités).

8. Quant au montant de l'amende, de CHF 800.-, il est conforme à la pratique de l'autorité intimée et respecte le principe de la proportionnalité eu égard notamment aux antécédents défavorables des recourants dont l'établissement a fait l'objet de cinq dénonciations de police, en une année et cela même si cette sanction vient s'ajouter à une mesure de restriction de l'horaire d'ouverture (ATA/523/2004 du 8 juin 2004 ; ATA/255/2004 et ATA/571/2003 précités et les références citées). Les recourants ne font d'ailleurs pas état de difficultés patrimoniales qui les empêcheraient de s'acquitter de l'amende querellée, laquelle sera confirmée.

Enfin, les précédentes sanctions n'ayant pas eu l'effet dissuasif escompté à l'égard des recourants, il se justifiait cette fois de prendre des mesures plus sévères à leur encontre.

9. Mal fondé, le recours sera ainsi rejeté. Un émolument de CHF 1'500.- sera mis à la charge des recourants, pris conjointement et solidairement, qui succombent (art. 87 LPA). Le présent arrêt sera notifié au département de l'économie et de la santé dont dépend le service des autorisations et patentes depuis le 1er décembre 2005.

* * * * *

PAR CES MOTIFS

LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 15 septembre 2005 par Messieurs A_____ et B_____ contre la décision de l'ancien département de justice et police et des transports du 13 septembre 2005 ;

au fond :

le rejette ;

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

communique le présent arrêt à Me Bénédict Fontanet, avocat des recourants ainsi qu'au département de l'économie et de la santé.

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

Au nom du Tribunal administratif :

la greffière-juriste :	le président :
C. Del Gaudio-Siegrist	F. Paychère

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le la greffière :