RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/325/2005-JPT **ATA/579/2005**

ARRÊT

DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

du 30 août 2005

dans la cause

Monsieur C._____
représenté par Me Alain Tripod, avocat

contre

DÉPARTEMENT DE JUSTICE, POLICE ET SÉCURITÉ

et

X._____ S.A., appelée en cause

EN FAIT

1. Le 30 janvier 2001, Monsieur C._____, titulaire du certificat de capacité vaudois depuis le 13 avril 1988, a sollicité l'autorisation d'exploiter le café-restaurant à l'enseigne « Z._____ » (ci-après : le Z._____), propriété de la société X._____ S.A., sis 8, rue de la Confédération, à Genève.

   Dite autorisation lui a été délivrée le 6 juin 2001. En application de l'article 18 de la loi sur la restauration, le débit de boissons et l'hébergement du 17 décembre 1987 (LRDBH – I 2 21) l'horaire d'exploitation de l'établissement était fixé de 04h00 à 24h00 durant la semaine mais prolongé, sur requête de M. C._____, jusqu'à 02h00 dans les nuits du vendredi au samedi et du samedi au dimanche, et jusqu'à 01h00 dans les autres nuits.

2. Depuis qu'il exploite le Z._____, M. C._____ a déjà fait l'objet de plusieurs sanctions administratives, à savoir :

   - le 25 février 2004, une amende de CHF 300.- pour avoir organisé sans autorisation des animations musicales et dansantes les 19 octobre 2003 à 07h00 et 7 novembre 2003 à 00h05, alors qu'il était les deux fois remplacé par Monsieur A._____ ;

   - le 6 mai 2004, une amende de CHF 800.- et d'une restriction, pour une durée de 10 jours, de l'horaire d'exploitation (en ce sens que l'heure d'ouverture de l'établissement était fixée à 08h00), pour avoir à nouveau organisé sans autorisation des animations musicales avec disc-jockey (DJ) les 11 janvier 2004 à 05h00 et 16 janvier 2004 à 05h30, alors qu'il était les deux fois remplacé par M. A._____.

   M. C._____ n'a pas recouru contre ces sanctions.

3. Il ressort de deux rapports de dénonciation dressés par le poste de gendarmerie de Rive les 29 octobre et 3 novembre 2004, qu'une animation musicale non autorisée a été organisée au Z._____ le 24 octobre 2004, à 05h30, qu'en dépit du fait que les portes de l'établissement était fermées, un fort bruit de musique s'échappait du café-restaurant, et que le dimanche 31 octobre 2004, à 02h20, l'établissement était encore ouvert, malgré le dépassement de l'heure de fermeture fixée par le département de justice, police et sécurité (ci-après : le département ou DJPS), et qu'à l'intérieur, onze clients consommaient des boissons. Dans les deux cas, M. C._____ était absent, remplacé par Monsieur V._____.

4. Par courrier du 20 décembre 2004, le DJPS a reproché à M. C._____ d'avoir organisé une animation musicale non autorisée le 24 octobre 2004 à 05h30

ce qui avait engendré des inconvénients graves pour le voisinage, et de n'avoir pas respecté l'heure de fermeture, le 31 octobre 2004 à 02h20, tout en lui faisant part de son intention de restreindre l'horaire d'exploitation de son établissement et de lui infliger une amende administrative. Un délai au 5 janvier, prolongé au 28 janvier 2005, lui était imparti afin qu'il s'explique et réponde aux griefs qui lui étaient adressés.

5. Le 28 janvier 2005, M. C._____ a contesté les faits qui lui étaient reprochés.

Le dimanche 24 octobre 2004, aucune musique ne filtrait à l'extérieur de l'établissement dont les portes étaient fermées. Il veillait d'ailleurs strictement à ne proposer qu'une musique d'ambiance, soit un faible niveau sonore, limité de façon à ne pas couvrir le bruit des conservations. Quant à la fermeture tardive du 31 octobre 2004, les gendarmes étaient arrivés sur place à 02h10, il n'y avait plus de musique, les lumières étaient allumées tandis que les clients se trouvaient à la caisse pour régler leurs consommations. Enfin, il s'agissait du jour du passage de l'heure d'été à l'heure d'hiver.

6. Par décision du 4 février 2005 s'agissant de la seule restriction de l'horaire, le département a restreint pour une durée d'un mois, l'horaire d'exploitation du Z._____ (en ce sens que l'heure d'ouverture était fixée à 08h00) et infligé à M. C._____ une amende d'un montant de CHF 1'200.-, compte tenu de la réitération des infractions commises en l'espace d'une année et de la vanité des mesures et sanctions administratives d'ores et déjà prises à son encontre. Cette décision était exécutoire nonobstant recours, s'agissant de la seule restriction de l'horaire d'exploitation.

En substance, il était reproché à M. C._____ d'avoir violé, le 24 octobre 2004, les articles 22 et 62 de la loi sur la restauration, le débit de boissons et l'hébergement du 17 décembre 1987 (LRDBH – I 2 21) et, le 31 octobre 2004, les articles 18 lettre A et 23 de cette même loi, par l'intermédiaire de M. Veau, responsable en son absence et dont il répondait (art. 21 al. 3 LRDBH).

7. Le 11 février 2005, M. C._____ a recouru au Tribunal administratif contre la décision précitée en concluant préalablement à la restitution de l'effet suspensif et principalement à l'annulation de cette décision ainsi qu'au versement d'une équitable indemnité de procédure.

Sur effet suspensif, M. C._____ relevait que la restriction pour une durée d'un mois de l'horaire d'exploitation du Z._____ représentait non seulement une diminution du chiffre d'affaires estimée à CHF 18'000.- mais encore une perte de clientèle sans même évoquer les licenciements de personnel inhérents à cette réduction d'activité. Les rapports de gendarmerie avaient été rédigés dans le cadre de contrôles aléatoires et non pas suite à des plaintes du voisinage. Il en résultait

que la tranquillité publique n'avait pas été perturbée. Pour le surplus, il relevait que ni le service des autorisations et patentes (SAP) ni l'office cantonal de l'inspection du travail (OCIRT) n'exigeaient de nouvelle autorisation pour le déploiement d'une activité accessoire telle que l'organisation d'animations musicales et dansantes avec DJ.

Quant au fond, les sanctions étaient infondées, en l'absence de violation de l'ordre public. Elles étaient par ailleurs disproportionnées, pour les mêmes motifs que ceux invoqués à l'appui de la demande de restitution de l'effet suspensif.

8. Le 17 février 2005, le département s'est opposé à la restitution de l'effet suspensif, sauf en ce qui concernait l'amende.

9. Par décision du 18 février 2005, le président du Tribunal administratif a rejeté la demande de restitution de l'effet suspensif.

10. Le 8 mars 2005, le DJPS a fait part de ses observations au recours et conclu à son rejet.

Il n'y avait pas lieu de revenir sur les faits reprochés au recourant, clairement établis par deux rapports de dénonciation de la gendarmerie. Ceux-ci démontraient de toute évidence que le recourant, qui n'était pas présent dans son établissement au moment des faits, ne se souciait pas de ses obligations, quand bien même il avait déjà fait l'objet par le passé de deux amendes administratives et d'une restriction d'horaire de 10 jours. De nouvelles sanctions se justifiaient donc. Pour le surplus, la décision querellée respectait le principe de la proportionnalité compte tenu notamment des nombreuses interventions de la gendarmerie dans cet établissement et du fait que la sanction ne saurait causer un préjudice pécuniaire intolérable au recourant dans la mesure où elle ne l'empêchait pas de continuer à exploiter son restaurant de 04h00 du matin à 24h00 (sic). Enfin, le département relevait que le manque à gagner de CHF 18'000.- et ses conséquences sur le personnel allégués par le recourant confirmaient que l'on était bien en présence d' « afters » et non de diffusion de musique douce accompagnant un café-croissant.

11. Le 23 mars 2005, les parties ainsi que plusieurs témoins ont été entendus dans le cadre d'une audience de comparution personnelle et d'enquêtes :

- M. Veau, responsable de bar, travaillait au Z._____ de 17h30 à 01h00 la semaine et de 17h30 à 02h00 et 04h30 à 08h00 les vendredis et samedis (sic). Il se souvenait de la visite de patrouille de police du 24 octobre 2004 qui avait eu lieu vers 06h00 du matin. A ce moment là, il faisait de la restauration matinale. Il y avait entre 50 et 80 clients et de la musique d'ambiance qui ne couvrait pas les conversations. Les policiers étaient intervenus en raison de la musique que l'on entendait depuis la porte. Il était sorti vérifier ce qu'il en était porte fermée. On

entendait la musique au plus jusqu'à 5-6 mètres. Il n'avait personnellement jamais eu de plaintes du voisinage concernant la musique. Le 31 octobre 2004, il était prêt à partir, attendant qu'un groupe de clients, debout, règle la facture, lorsque la police était intervenue. Il situait cela vers 02h05 - 02h10.

- Monsieur Cédric Vuilleumier, sous-brigadier, était au poste de Rive depuis le mois de septembre 2004. L'intervention du 31 octobre 2004 s'était faite dans le cadre du contrôle ordinaire de la fermeture des établissements publics. Onze personnes qualifiées de clients étaient attablées avec des boissons sur les tables. Lorsqu'il était intervenu, quelqu'un était venu lui dire qu'ils allaient encaisser, ce qui s'était fait. Lors du contrôle, aucun membre du personnel de l'établissement n'était en tenue de service. Lorsqu'il indiquait qu'il y avait onze clients, cela excluait le personnel, au nombre de trois personnes à son souvenir.

12. A la demande du conseil du recourant, la société X._____ S.A., exploitante du Z._____, a été appelée en cause, dans la mesure où elle était également touchée par la restriction de l'horaire d'exploitation.

13. Le 15 avril 2005, M. C._____ et la société X._____ S.A. ont versé à la procédure deux décomptes relatifs au dommage encouru suite à la restriction d'horaire.

14. Le 26 mai 2005, une deuxième audience de comparution personnelle et d'enquêtes a été agendée :

- Madame Y._____, cliente de l'établissement, se trouvait avec un groupe d'amis au Z._____, le 31 octobre 2004. Aux alentours de 01h45, la musique s'était arrêtée. Comme ils étaient en train de consommer une bouteille de champagne, le personnel de l'établissement les avait laissés terminer. Vers 02h10, alors qu'ils étaient en train de partir, la police était arrivée. Ils devaient être six personnes. Elle se souvenait de l'heure à laquelle les gendarmes étaient intervenus pour avoir regardé sa montre au moment où elle quittait l'établissement. Il y avait eu beaucoup de monde durant cette soirée car ils fêtaient Halloween.

- M. C._____, responsable de l'établissement, avait donné les instructions pour que la musique soit arrêtée vers 01h45 et les lumières rallumées au maximum, cela de manière à pouvoir fermer l'établissement à 02h00. Cinq minutes de dépassement par rapport à la présence de clients n'était pas quelque chose qui devait susciter l'intervention de la police. Par ailleurs, il arrêtait de servir des boissons vers 01h30.

- Monsieur J.____, client de l'établissement, se rendait régulièrement au Z._____ après les « afters ». Le dimanche matin, de 05h00 à 06h00, l'ambiance était assez calme. Ce n'était pas une boîte de nuit et la musique, assez discrète, n'empêchait pas de discuter sur un ton normal. Lorsqu'il arrivait à l'établissement,

il n'entendait pas la musique de l'extérieur. Il avait assisté une seule fois à une intervention policière au Z._____, le 24 octobre 2004, vers les 06h00. Il y avait du monde devant l'entrée qui par la suite s'était pas mal agité en raison de l'arrivée des policiers. La musique était comme d'habitude lors de l'intervention des policiers. Il arrivait parfois qu'on demande que le volume soit augmenté. S'agissant de la porte d'entrée, il y avait un portier qui s'occupait de l'actionner. Il arrivait que des clients dansent au Z._____ mais c'était plutôt un établissement où l'on se rendait pour manger un Panini. Il existait des « afters » où l'on pouvait danser tôt le matin. Ce n'était pas le cas du Z._____.

- Monsieur Marco Bucci, sous-brigadier, était responsable avec un de ses collègues, M. Rappo, des établissements publics de son secteur (Rive) et connaissait par conséquent bien la situation des uns et des autres. Le Z._____ était un établissement qui avait donné lieu à plusieurs interventions matinales en raison du bruit provoqué par la musique. Certaines de ces interventions étaient suscitées par des doléances de voisins. S'agissant tout particulièrement du 24 octobre 2004, il avait constaté qu'il y avait du bruit provenant d'une musique qui n'était pas une musique d'ambiance. L'excès de bruit, à 05h30, provenait bien du Z._____. Ils avaient demandé à M. V._____de baisser le volume sonore, ce qu'il avait fait sans problème. M. Rappo s'était rendu au Z._____ pour régler la question du niveau sonore de la musique avec le responsable de l'établissement afin de procéder à des essais de réglage. Cela remontait à plusieurs mois. Il y avait bien un portier au Z._____ lequel faisait entrer et sortir les clients.

- Monsieur G._____, président du conseil d'administration de X._____ S.A., avait calculé le dommage financier généré par la modification d'horaire. Il y avait une différence négative de l'ordre de CHF 650.- par jour depuis la fin de cette mesure. Il fallait ajouter à cela le dommage résultant du fait que les charges continuaient de courir pendant la fermeture. Au jour de l'audience, le dommage était de l'ordre de CHF 80'000.-

15. Sur quoi, la cause 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 ; BOVAY, op. cit., p. 352 et les références citées).

S'agissant de la restriction de l'horaire d'exploitation pendant un mois, 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).

3. L'article 71 LPA dispose que l'autorité peut ordonner, d'office ou sur requête, l'appel en cause de tiers dont la situation juridique est susceptible d'être affectée par l'issue de la procédure; la décision leur devient dans ce cas opposable (al 1); l'appelé en cause peut exercer les droits qui sont conférés aux parties (al 2).

En tant qu'exploitante du Z._____, la société X._____ S.A. est directement touchée par la restriction de l'horaire d'exploitation. Il se justifiait dès lors de l'appeler en cause.

4. a. La LRDBH 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. 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.

b. L'exploitant est tenu de respecter les heures de fermeture propres à la catégorie à laquelle appartient son établissement (art. 23 al. 1 LRDBH).

Comme indiqué sous chiffre 1 de la partie en fait, l'horaire d'exploitation du Z._____, initialement fixé de 04h00 à 24h00, a été prolongé, sur requête du recourant, jusqu'à 02h00 du matin le week-end. Au vu des pièces versées à la procédure et des procès-verbaux d'enquêtes, le Tribunal administratif tiendra pour établi que le 24 octobre 2004 l'établissement était encore ouvert après l'heure de fermeture. Point n'est besoin de trancher en l'espèce si le dépassement de l'horaire était de 10 ou 20 minutes dès lors qu'en tout état il appartient au tenancier d'un établissement de prendre les mesures lui permettant de respecter l'horaire imposé par le département.

La violation des articles 18 A et 23 alinéa 1 LRDBH est ainsi avérée.

6. a. 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.

b. Sauf dans les cabarets-dancings, l'animation et la présentation de spectacles sont subordonnés à l'obtention préalable d'une autorisation du département. L'autorisation est délivrée pour un genre d'animation ou un spectacle et une durée déterminés (art. 62 LRDBH).

En l'espèce, il ressort du rapport de dénonciation et du procès-verbal d'enquêtes du 26 mai 2004, que le 24 octobre 2003, à 06h00 du matin, de la musique provenant du Z._____ était diffusée à un volume excessif, audible de la rue ce qui a motivé la police à effectuer un contrôle. Pour celle-ci, il était clair que cette musique constituait une animation non autorisée. Contrairement à ce que semble soutenir le recourant, cela suffit pour qu'une infraction soit réalisée, le dépôt d'une plainte n'étant pas nécessaire (art. 74 al. 1 LRDBH). En particulier, le fait que la gendarmerie ne procède à des mesures de décibels lors de ses interventions ou que des essais de réglage du niveau sonore aient été effectués sur place, par le passé, ne signifie pas pour autant que l'on ait affaire à une appréciation subjective du gendarme présent (ATA/837/2001 du 18 décembre 2001). Il n'existe d'ailleurs aucun élément permettant de mettre en doute les déclarations de ce dernier.

Par conséquent, en ne prenant pas les mesures qui s'imposent en vue de préserver la tranquillité publique, le recourant s'est rendu coupable d'une violation de son obligation du maintien de l'ordre au sens de l'article 22 LRDBH, qu'il ait été ou non présent dans son établissement au moment où cette perturbation a été constatée. Le Tribunal administratif ne dispose en revanche pas de suffisamment d'éléments en l'espèce pour retenir une violation de l'article 62 LRDBH. Le fait que de la musique soit diffusée à un volume excessif dans un établissement ne constitue pas encore une animation, au sens de la disposition précitée. Cette question pourra toutefois rester ouverte vu l'issue du litige.

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 et comme il ressort des considérants qui précèdent, le recourant a violé les articles 18A, 22 alinéas 1 à 3 et 23 alinéa 1 LRDBH. Une sanction administrative est donc, quant à son principe, justifiée.

En fixant à un mois la durée de la restriction d'horaire, le département a fait une saine application de la loi, compte tenu notamment des infractions commises par le recourant au cours des mois d'octobre, novembre 2003 et janvier 2004. A cela s'ajoute le fait que dans son principe une restriction d'horaire n'est pas une sanction démesurée, mais au contraire compatible avec le principe de la proportionnalité, dès lors qu'elle ne rend pas impossible l'exploitation de l'établissement, se bornant à en restreindre les modalités (ATA/255/2004 du 23 mars 2004). Cette mesure, qui laisse en l'espèce le recourant libre d'exploiter son établissement de 08h00 à 01h00 en semaine, soit 02h00 le week-end, échappe à toute critique (ATA/255/2004 précité et ATA/571/2003 du 23 juillet 2003).

8. Quant au montant de l'amende, de CHF 1'200.-, il est conforme à la pratique de l'autorité intimée et respecte le principe de la proportionnalité eu égard notamment aux antécédents défavorables du recourant dont l'établissement a fait l'objet de quatre dénonciations de police, en un peu plus d'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). Le recourant ne fait d'ailleurs pas état de difficultés patrimoniales qui l'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 du recourant, il se justifiait cette fois de prendre des mesures plus sévères à son encontre.

9. Entièrement mal fondé, le recours sera rejeté. Un émolument de CHF 1'500.- sera mis à la charge du recourant et de X._____ S.A., pris conjointement et solidairement, qui succombent (art. 87 LPA). Vu l'issue du litige, il ne leur sera pas alloué d'indemnité.

* * * * *

PAR CES MOTIFS

LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 11 février 2005 par Monsieur C._____ contre la décision du département de justice, police et sécurité du 4 février 2005 ;

au fond :

le rejette ;

met à la charge de Monsieur C._____ et de X._____ S.A., pris conjointement et solidairement, un émolument de CHF 1'500.- ;

communique le présent arrêt à Me Alain Tripod, avocat de Monsieur C._____ et de la société X._____ S.A., appelée en cause, ainsi qu'au département de justice, police et sécurité.

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 :