RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3623/2005-JPT **ATA/798/2005**

ARRÊT

DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

du 22 novembre 2005

dans la cause

Monsieur P_____
représenté par Me Dominique Henchoz, avocate

contre

DÉPARTEMENT DE JUSTICE, POLICE ET SÉCURITÉ

EN FAIT

1. Monsieur P_____ est titulaire depuis le 14 décembre 1998 d'un certificat de capacité attestant de son aptitude à gérer un établissement soumis à la loi sur la restauration, le débit de boissons et l'hébergement du 17 décembre 1987 (LRDBH – I 2 21).

2. Le 9 avril 2002, il a obtenu du département de justice, police et sécurité (ci-après : le département) l'autorisation d'exploiter le café-restaurant « L_____ » (ci-après : le restaurant), sis rue _____, dont il est le propriétaire.

   Cet établissement était ouvert de 7h00 à 18h00 quotidiennement.

3. Le 12 novembre 2003, souhaitant étendre les heures d'ouvertures de son restaurant jusqu'à 2h00 du matin, M. P_____ a sollicité de la part du département une autorisation dans ce sens.

   Celle-ci lui a été accordée par décision du 6 janvier 2004 pour l'année à venir, et renouvelée le 1er février 2005 pour cette année.

4. Le 29 mai 2005, une patrouille de la gendarmerie a dressé du rapport de dénonciation constant que le restaurant était toujours ouvert à 2h15, et qu'environ 35 clients étaient encore servis. M. E_____, seul responsable sur place, s'était vu signifier le rapport de dénonciation sur-le-champ.

5. Le département a informé M. P_____ de cet état de fait par pli du 16 juin 2005. Il lui était reproché de n'avoir pas respecté l'heure de fermeture fixée à 2h00, et d'avoir, ce faisant, manifestement violé les articles 18 lettre a et 23 LRDBH, étant précisé qu'il répondait des actes de M. E_____ en son absence (art. 21 al. 3 LRDBH). Une amende administrative allait être prononcée, de sorte qu'un délai au 30 juin 2005 lui était fixé pour faire part de ses observations.

6. M. P_____ a répondu à l'invitation du département le 20 juin 2005. Aux termes de ce courrier, le café « L_____ » était exploité, de 7h00 à 18h00 par lui-même, et de 18h00 à 2h00 du matin par M. E_____, à qui l'établissement était loué.

   Une copie du contrat de gérance liant M. P_____ et M. E_____, gérant, était jointe.

7. A teneur de ce contrat, daté du 1er décembre 2003, M. E_____ était le seul et unique responsable de l'établissement « L_____, la nuit », et devait constituer une caisse séparée avec son propre numéro de TVA (art. 7) .

Il devait s'acquitter d'un montant mensuel de CHF 4'600.- dès le 1er décembre 2003, lequel s'élèverait dès le 1er juin 2004 à CHF 5'600.- (art. 8).

8. Le service des autorisations et patentes du département (ci-après : le service) a alors auditionné M. P_____ le 4 juillet 2005.

A cette occasion, M. P_____ a reconnu qu'il y avait effectivement eu deux gestions différentes, une de jour et l'autre de nuit, par le biais d'un contrat de location-gérance, ainsi que le fait qu'il avait mis à disposition de M. E _____ son certificat de cafetier.

9. Le 12 juillet 2005, le département a fait part à M. P_____ de son intention, en raison de ces faits, de suspendre la validité de son certificat de capacité et de lui infliger une amende administrative. Un délai au 15 août 2005 lui était fixé pour qu'il puisse s'expliquer et répondre par écrit aux griefs qui lui étaient adressés.

10. M. P_____ a fait part de ses observations le 26 juillet 2005.

En substance, il avait été mal informé et conseillé par la société Gastroconsult, qu'il avait mandatée dans l'optique d'engager une personne pour le seconder pour étendre les heures d'ouverture de son commerce. Il avait toujours assumé la responsabilité de sa gérance, que ce soit le jour ou en soirée. Son seul but avait été d'assurer la bonne marche des affaires en intéressant le personnel au résultat d'exploitation. En conclusion, il sollicitait la clémence du département, ce dernier devant renoncer à toute sanction.

11. Par décision du 12 septembre 2005, le département a infligé à M. P_____ une amende administrative de CHF 4'000.-, et suspendu pour une durée de six mois la validité du certificat de capacité dont il était titulaire.

Les soudaines dénégations de M. P_____ ne reposaient sur aucun élément concret, de sorte qu'il lui était toujours reproché :

- de ne pas avoir exploité personnellement et effectivement son établissement, le soir, de 18h00 à 2h00 et d'en avoir confié la gérance à temps partiel à M. E_____, en violation flagrante des principes d'unité d'exploitation et d'unité des locaux découlant des articles 4, 21 et 35 LRDBH, et d'avoir de la sorte servi de prête-nom à M. E_____, en violation des articles 12 et 21 LRDBH ;

- de ne pas avoir respecté l'heure de fermeture de l'établissement le 29 mai 2005 à 2h15, en violation des articles 18 lettre a et 23 LRDBH ;

- de ne pas avoir annoncé au département la mise en gérance de l'établissement, en violation de l'article 19 LRDBH.

La voie et le délai de recours étaient mentionnés.

12. Le 21 septembre 2005, M. P_____ a informé le service « qu'en raison de difficultés financières passagères, il [lui] serait difficile d'honorer cette facture ». Il sollicitait donc à titre exceptionnel l'échelonnement du montant de CHF 4'000.- sur quatre mois.

13. La département a fait droit à cette requête par décision du 29 septembre 2005, et ce à titre « tout à fait exceptionnel ».

14. Par acte posté le 12 octobre 2005, M. P_____ a saisi le Tribunal administratif d'un recours contre la décision du département du 12 septembre 2005. Il conclut, sous suite de frais et dépens, à son annulation.

Le département avait retenu à tort que l'infraction de prête-nom était réalisée, en ce sens qu'il était le gérant effectif et personnel de son établissement au sens de la jurisprudence du Tribunal fédéral. Ainsi, sur 19 heures quotidiennes d'ouverture du café-restaurant, M. et Mme P_____ assuraient entre 11 et 11.5 heures. Il ignorait, de surcroît, qu'il n'était pas en droit d'agir de la sorte, ayant consulté Gastroconsult expressément à cette fin. Les erreurs de cette dernière ne lui étaient donc pas imputables. En outre, la sanction était disproportionnée. La suspension de la validité de son certificat de capacité revenait à le priver de toute source de revenus et à rendre son avenir proche et celui de sa famille pour le moins incertain. S'agissant de l'amende, le département n'avait aucunement tenu compte de l'article 48 alinéa 2 du code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CPS – RS 311.0). En effet, le montant de celle-ci constituait une peine d'une sévérité excessive au regard de sa situation économique et familiale.

15. Le 24 octobre 2005, M. P_____ a honoré le premier acompte de CHF 1'000.- sur les CHF 4'000.- de l'amende administrative prononcée par le département dans la décision attaquée.

16. Le 7 novembre 2005, le département s'est opposé au recours.

M. P_____ avait effectivement servi de prête-nom à M. E_____. Le grief de violation du principe de la bonne foi était en outre mal fondé car M. P_____ ne pouvait ignorer que le prête-nom était strictement interdit par la loi. En outre, tant l'amende de CHF 4'000.- que la suspension pour six mois de la validité du certificat de capacité étaient conformes au principe de la proportionnalité.

17. Sur quoi, la cause a été 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 litt. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).

2. Le recourant conteste avoir servi de prête-nom pour l'exploitation de l'établissement « L_____, la nuit ». En effet, il serait le gérant effectif et personnel du restaurant, étant présent, avec son épouse, au minimum 11 heures sur les 19 heures d'ouverture quotidiennes de son restaurant.

a. Selon l'article 4 alinéa 1 LRDBH, l'exploitation de tout établissement régi par la LRDBH est soumise à l'obtention préalable d'une autorisation délivrée par le DJPS. L'alinéa 2 de cette disposition précise que cette autorisation doit être requise lors de chaque changement d'exploitant ou modification des conditions de l'autorisation antérieure. Cette autorisation est personnelle et intransmissible (art. 15 al. 3 LRDBH).

b. A teneur de l'article 5 alinéa 1 lettre c, respectivement e LRDBH, la délivrance d'une telle autorisation est subordonnée à la condition que le requérant soit titulaire du certificat de capacité attestant de son aptitude à gérer un établissement soumis à la présente loi et qu'il offre toute garantie, compte tenu notamment de son lieu de domicile ou de résidence et de sa disponibilité, d'une exploitation personnelle et effective de l'établissement.

En vertu de l'article 21 alinéa 1 LRDBH, l'exploitant est tenu de gérer son établissement de façon personnelle et effective. Selon la jurisprudence du Tribunal administratif (ATA/619/2005 du 20 septembre 2005 ; ATA/489/2005 du 19 juillet 2005 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 (commande de marchandises, fixation des prix, composition des menus, contrôle de la caisse, inventaire, etc.). La gestion effective et personnelle d'un établissement public ne se mesure pas seulement au nombre d'heures de présence, mais également à l'implication concrète de l'exploitant dans sa direction (ATF 2P.200/2003 du 7 octobre 2003).

En l'espèce, les arguments du recourant relatifs à sa présence prépondérante au sein de l'établissement ne lui sont d'aucun secours. En effet, ainsi que cela ressort clairement du dossier, le recourant a sollicité la prolongation des heures de fermeture de son café dans le seul but de remettre en gérance un nouvel établissement dénommé « L_____, la nuit ». Ainsi qu'en attestent les dispositions du contrat conclu le 1er décembre 2003, ce restaurant occupait la tranche horaire de 18h00 et 2h00 (art. 1) et était géré uniquement par

M. E_____, sous la seule et entière responsabilité de ce dernier (art. 7). Au demeurant, les recettes de l'exploitation du commerce de 18h00 à 2h00 étaient entièrement acquises à celui-ci (ibidem). Enfin, le recourant a lui-même informé le département que « L_____ » était exploitée par deux gérants : lui-même de 7h00 jusqu'à 18h00, et M. E_____ de 18h00 à 2h00. Dans ces circonstances, il importe peu que le recourant soit présent quelque 11 heures sur les 19 heures d'ouverture quotidiennes, dans la mesure où il est établi qu'il n'avait aucune maîtrise et influence sur la gestion de son établissement entre 18h00 et 2h00 du matin.

Ce faisant, il a violé les articles 4 et 21 alinéa 1 LRDBH.

3. Selon l'article 12 LRDBH, il est interdit au titulaire d'un certificat de capacité de servir de prête-nom pour l'exploitation d'un établissement soumis à la LRDBH. Cette interdiction vise à prévenir l'exploitation d'établissements par des personnes qui ne répondraient pas à des conditions de capacité et d'honorabilité bien déterminées, avec tout ce que cela comporte comme risque pour le public (ATA/619/2005 précité ; ATA/486/2002 précité).

Cette infraction est également réalisée. Il est en effet établi que M. E_____ n'était pas titulaire d'un certificat de capacité, et que le recourant lui a permis, en lui louant son commerce de 18h00 à 2h00 du mardi au samedi, d'exploiter l'établissement « L_____, la nuit » sans autorisation du département – et à l'insu de celui-ci – et de contourner, ce faisant, les dispositions impératives de la LRDBH. Enfin, le fait que le recourant ait continué à exploiter l'établissement le reste de la journée n'y change rien, l'article 12 LRDBH n'en étant pas moins violé.

Le grief du recourant à ce titre est donc également manifestement mal fondé.

4. Ensuite, le recourant se plaint implicitement d'une violation du principe de la bonne foi, au motif qu'il aurait signé le contrat de gérance en toute bonne foi car ce dernier avait été préparé par Gastroconsult. Il aurait démontré que tel était bien le cas en communiquant spontanément le contrat de gérance et l'existence du restaurant « L _____, la nuit ».

Cette argumentation n'est guère convaincante. En effet, la LRDBH exige que les titulaires du certificat de capacité suivent une série de cours, sanctionnés par des examens, dont l'un d'entre eux est explicitement consacré aux exigences posées par ladite loi (art. 9). De plus, il était clairement précisé dans l'autorisation d'exploitation du 9 avril 2002 que celle-ci était strictement personnelle et intransmissible, et que le recourant devait gérer son établissement de façon personnelle et effective. Ainsi, le recourant ne saurait prétendre, de bonne foi, avoir ignoré la portée du contrat de gérance qu'il a signé le 1er décembre 2003. En

outre, le comportement – fût-il non diligent – de Gastroconsult ne saurait être opposé au département, dans le mesure où il s'agit là d'un strict rapport contractuel relevant du droit privé. Il appartient donc au recourant, cas échéant, de faire valoir ses droits contre cette société sur le plan civil.

Force est donc de constater que ce grief est aussi dénué de tout fondement.

5. De plus, le recourant a violé l'article 19 alinéa 1 LRDBH, dans la mesure où le recourant n'a, de surcroît, pas averti le département de l'arrivée de M. E_____ dans son établissement, et les articles 18 lettre a et 23 alinéa 1 LRDBH s'agissant du non-respect de l'heure de fermeture fixée à 2h00.

Ces infractions ne sont du reste pas contestées par le recourant, mais doivent être prises en compte dans l'appréciation de l'amende de CHF 4'000.- prononcée par le département (cf. consid. 8 infra).

6. Enfin, le recourant invoque une violation du principe de la proportionnalité. La suspension de six mois de la validité de son certificat de capacité revient à le priver de toute source de revenus et à rendre son avenir proche et celui de sa famille incertain. De plus, le département n'a pas tenu compte de relative brièveté de la situation litigieuse, soit 18 mois. L'amende de CHF 4'000.- est également tout à fait disproportionnée.

7. 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.

En l'espèce, il a été établi que le recourant a servi de prête-nom pour l'exploitation de l'établissement « L_____, la nuit ». Le département ayant retenu le minimum légal dans sa décision, cette sanction échappe à toute critique et sera donc confirmée.

8. a. Indépendamment du prononcé de l'une des sanctions prévues aux articles 70 à 73 LRDBH, le département peut infliger une amende administrative de CHF 100.- à CHF 60'000.- en cas d'infraction à la LRDBH et à ses dispositions d'application, ainsi qu'aux conditions particulières des autorisations qu'elles prévoient.

Pour fixer le montant de la sanction, l'administration jouit d'un large pouvoir d'appréciation (ATA/146/1999 du 2 mars 1999 et les références citées). 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).

b. 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 (ATA/813/2001 du 4 décembre 2001). En vertu de l'article 1 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.

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 pou infliger une amende (ATA/234/2001 du 3 avril 2001; ATA/258/1999 du 4 mai 1999 ainsi que les arrêts cités). 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 (ATA/443/1997 du 5 août 1997).

c. A teneur de l'article 48 alinéa 2 CPS, le juge fixe le montant de l'amende d'après la situation du condamné, de façon que la perte à subir par ce dernier constitue une peine correspondant à sa culpabilité. Pour apprécier la situation du condamné, le juge tiendra compte notamment des éléments ci-après: revenu et capital, état civil et charges de famille, profession et gain professionnel, âge et état de santé.

d. Selon la jurisprudence du Tribunal administratif, le prononcé d'une amende de CHF 3'000.- à l'encontre de la personne qui a servi de prête-nom est conforme à la loi et à la pratique de l'autorité intimée (ATA/776/2001 du 27 novembre 2001 ; 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).

Il est toutefois arrivé que la juridiction de céans confirme des amendes d'un autre montant au vu de circonstances particulières (ATA/97/2005 du 1er mars 2005 ; ATA/765/2004 et ATA/774/2004 du 5 octobre 2004). C'est ainsi qu'une amende d'un montant de CHF 4'000.- a été prononcée à l'encontre d'une personne qui avait servi de prête-nom pour l'exploitation de trois établissements sans en retirer de bénéfice financier conséquent (ATA/45/2001 du 23 janvier 2001) ou à l'encontre d'une personne ayant servi de prête-nom pour l'exploitation d'un seul

établissement, mais dans un dessein de lucre (ATA/495/2005 du 19 juillet 2005 ; ATA/97/2005 précité). Une amende d'un montant de CHF 4'000.- à 5'000.- est infligée à la personne qui agit comme prête-nom, compte tenu du dessein de lucre et des nombreuses infractions commises par les exploitants de fait de l'établissement concerné (ATA/495/2005 précité ; ATA S.-C. du 4 octobre 1994).

Dans d'autres cas, le Tribunal administratif est resté en deçà du montant habituel de CHF 3'000.-, selon que le recourant se trouvait sur les lieux pratiquement en permanence ou n'avait tiré qu'un faible profit de l'opération de prête-nom. Il a également tenu compte des graves difficultés personnelles et familiales du recourant qui aidait personnellement et financièrement une fille majeure très malade et handicapée ; il a alors diminué le montant de l'amende à CHF 1'500.- (ATA/245/1998 du 21 avril 1998 ; ATA/31/1998 du 27 janvier 1998 ; ATA M. du 9 août 1994). Dans un autre cas, il a réduit l'amende à CHF 1500.- au motif que la personne intéressée n'avait tiré qu'un faible profit de l'opération de prête-nom (ATA/245/1998 du 21 avril 1998).

In casu, le recourant a violé les articles 4, 12, 18 lettre a, 19 alinéa 1, 21 alinéa 1, 23 alinéa 1 LRDBH. Il est en outre établi qu'il a agi dans un dessein de lucre. Par ailleurs, il se contente d'alléguer qu'au regard « de sa situation économique et familiale » l'amende litigieuse est disproportionnée. Or, aucun élément dans le dossier – s'apparentant aux critères retenus par la jurisprudence citée supra pouvant justifier une réduction extraordinaire de l'amende (cf. art. 48 al. 2 CPS ; ATA M. du 9 août 1994) – ne permet de remettre en cause la proportionnalité du montant de l'amende. Du reste, compte tenu des nombreuses autres infractions qui s'ajoutent à celle de prête-nom, il y a lieu de relever que le département a fait preuve de mansuétude dans le cas d'espèce. A cela s'ajoute enfin le fait que le recourant a obtenu du département la possibilité de payer en quatre mensualités l'amende en cause, et qu'il s'est déjà acquitté de la première d'entre elles. Il n'apparaît donc pas, a fortiori, que cette amende le place dans une situation insupportable.

Il s'ensuit que l'amende de CHF 4'000.- est parfaitement conforme au principe de proportionnalité et que le grief du recourant est infondé.

9. Entièrement mal fondé, le recours sera rejeté. Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 1'500.- sera mis à la charge du recourant (art. 87 LPA). Il ne sera pas alloué d'indemnité.

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 12 octobre 2005 par Monsieur P_____ contre la décision du département de justice, police et sécurité du 12 septembre 2005 ;

au fond :

le rejette ;

met à la charge du recourant un émolument de CHF 1'500.- ;

communique le présent arrêt à Me Dominique Henchoz, avocate du recourant, ainsi qu'au département de justice, police et sécurité.

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 :