RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/4162/2005-JPT **ATA/182/2006**

ARRÊT

DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

du 28 mars 2006

dans la cause

Monsieur L_____
représenté par Me Jean-Pierre Garbade, avocat

contre

DÉPARTEMENT DE L'ÉCONOMIE ET DE LA SANTÉ

EN FAIT

1. Monsieur L_____, né le _____ 1958, est titulaire 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) depuis le 14 juin 2004.

2. Par requête du 27 avril 2005, M. L_____ a sollicité du service des autorisations et patentes (ci-après : SAP), rattaché alors au département de justice, police et sécurité et actuellement au département de l'économie et de la santé (ci-après : le département), l'autorisation de reprendre l'exploitation du cabaret-dancing "X_____" (ci-après : le dancing), sis au numéro _____ de la rue _____ à Genève. Le propriétaire du fonds de commerce était Monsieur La_____ et la gérante Madame A_____. La requête était contresignée par M. La_____.

   Le formulaire de requête déposé au SAP était accompagné des pièces suivantes :

   - un contrat de travail conclu le 27 avril 2005 entre Mme A_____ et M. L_____ prévoyant l'engagement de ce dernier comme exploitant responsable inscrit au registre du commerce pour une durée indéterminée à raison de 21 heures en moyenne par semaine pour un salaire de CHF 2'400.- par mois;

   - une copie de l'autorisation d'établissement;

   - un extrait du registre du commerce;

   - une déclaration du Tribunal tutélaire certifiant que M. L_____ ne faisait l'objet d'aucune mesure tendant à la restriction de l'exercice de ses droits civils.

   L'établissement a ouvert ses portes avec cette nouvelle gérance le 1er mai 2005.

3. Le 2 octobre 2005, dans le cadre d'une enquête concernant plusieurs individus soupçonnés de commettre des vols par effraction en bande organisée, la brigade des cambriolages a procédé à l'interpellation de toutes les personnes présentes dans le dancing. Dix-sept personnes ont été contrôlées et six d'entre elles ont fait l'objet d'un mandat d'amener.

   Par décision du 3 octobre 2005, le juge d'instruction en charge de la procédure pénale a ordonné la fermeture du dancing avec apposition de scellés.

4. Il découle des différentes déclarations faites à la police et figurant dans le dossier que le personnel du dancing était composé de Messieurs D_____ , B_____ et Madame Lb_____. Un disc-jockey avait également été engagé.

M. D_____ touchait un salaire de CHF 4'500.- brut par mois pour son activité déclarée de "videur" ; M. B_____, CHF 4'500.- brut pour une activité de "portier" et Mme Lb_____, CHF 3'500.- net pour son activité de barmaid. En outre, deux autres personnes interpellées en situation irrégulière ont déclaré avoir effectué des remplacements comme portier ou nettoyeur et être rémunérées comme tel par M. B_____.

5. M. B_____ a déclaré loger dans un local attenant au dancing dont il était le seul à détenir la clef et qui était également utilisé comme bureau. Cette pièce avait un accès direct depuis l'extérieur de l'immeuble. D'autres personnes, dont certaines en situation irrégulière, ont déclaré y loger. La police a découvert sur les lieux deux coffres-forts dans lesquels étaient entreposés trois pistolets et de la munition. Elle a en outre saisi de nombreux outils susceptibles d'être utilisés lors de cambriolages.

M. B_____ a admis avoir participé à un cambriolage dans la nuit du 2 au 3 octobre 2005. Un rapport d'identification démontre que son ADN a été retrouvée sur les lieux d'un autre cambriolage. Il a admis également avoir porté parfois une arme chargée à la ceinture pendant qu'il effectuait son travail de portier au dancing sans être au bénéfice d'un permis de port d'armes.

6. S'agissant de l'activité déployée dans le cadre de l'exploitation du dancing, les protagonistes précités ont fait les déclarations suivantes à la police.

a. Pour Mme A_____, M. L_____ s'occupait principalement du service, M. D_____ était responsable de la sécurité alors que M. B_____ travaillait soit à l'extérieur comme portier, soit à l'intérieur en fonction des besoins. Les deux jeux de clefs du coffre-fort, dans lequel étaient notamment déposées les recettes journalières, avaient été remis à MM. B_____ et D_____. Elle avait fait un apport de CHF 45'000.- pour la reprise de la discothèque et ne retirait encore aucun bénéfice de cette activité. Elle était par ailleurs employée à 100 % dans un salon de coiffure ;

b. M. B_____ avait été engagé comme portier mais avait dû assumer la gestion de la discothèque avec M. D_____ car Mme A_____ n'était pas souvent présente. Il dormait sur place et s'occupait de tout, même du nettoyage. Les factures étaient en général payées par Mme A_____ mais il prenait de l'argent dans les recettes pour faire des achats ou en donner à M. D_____ ;

c. M. D_____ avait un autre emploi dans un restaurant du Lignon de 18h00 à 23h00. Il travaillait les mercredis, jeudis, vendredis, samedis et dimanches de

minuit à 5h00 au dancing en qualité de videur. En l'absence de la gérante, c'est lui qui passait pour le patron de la discothèque vis-à-vis de la clientèle. Officiellement, les responsables étaient Mme A_____ et M. L_____ ;

d. Mme Lb_____, barmaid, s'occupait seule du service pendant la semaine. Le week-end, les cousins et les frères de M. B_____ tenaient un second bar à l'arrière de l'établissement ;

e. Monsieur T_____ avait effectué le soir de l'interpellation un remplacement en tant que disc-jockey. Il avait déjà effectué trois ou quatre remplacements ;

f. M. L_____ était l'exploitant du dancing. Peu avant le mois de mai 2005, MM. D_____ et B_____ lui avaient exposé être les tenanciers de la discothèque et rechercher une personne au bénéfice d'une patente. Le changement d'exploitant avait été annoncé au département. Il se contentait de faire acte de présence les mercredis, vendredis samedis et dimanches. Il arrivait vers minuit et restait une ou deux heures ou parfois jusqu'à la fermeture. Il n'était pas en possession des clefs du local attenant à la discothèque. Seul M. B_____ les détenait. En fait, MM. B_____ et D_____ s'occupaient de l'établissement. Mme A_____ venait de temps en temps pour remplir ses fonctions de gérante.

Interrogé sur sa situation personnelle et financière, M. L_____ a exposé être divorcé et père de trois enfants. Il réalisait un salaire de CHF 2'400.- pour son activité d'exploitant du dancing et payait un loyer de CHF 1'000.-. Il avait pour CHF 10'000.- à 15'000.- de poursuites.

Le 27 octobre 2005, entendu par la gendarmerie, M. L_____ a complété ses déclarations.

Son travail consistait à "gérer les clients" afin qu'ils ne fument ni ne boivent sur la piste de danse. Il remplissait les frigos et s'occupait également des glaçons. Il assurait un contact amical avec les clients. Il contribuait avec M. D_____ à préserver la sécurité des lieux en effectuant des contrôles dans les toilettes pour éviter d'éventuels problèmes de drogue et à l'extérieur pour veiller à la tranquillité. Il tenait à jour le registre du personnel et contrôlait l'âge des clients.

Il n'avait aucun droit de regard sur la gestion de l'établissement que ce soit au niveau des comptes, de la gestion du stock, de la caisse, des commandes ou de l'engagement du personnel. Il avait inscrit les noms des personnes régulièrement présentes sur le registre du personnel. Il n'était pas au courant des éventuels remplacements. L'ouverture et la fermeture de l'établissement étaient assurées par MM. B_____ et D_____. Le nouveau disc-jockey n'était pas encore inscrit dans le registre du personnel. Il attendait d'avoir son contrat de travail pour l'inscrire.

Le registre se trouvait dans le bureau dont il n'avait pas les clefs. Il ne possédait pas non plus celles de l'établissement. Il estimait avoir fait son travail

d'exploitant car son nom figurait sur la porte d'entrée et il y avait une enseigne. Il avait tenu à jour le registre du personnel. Les prix des boissons étaient disponibles et les sorties de secours dégagées. Il surveillait également l'absence de nuisances sonores. Il n'avait aucune connaissance d'autres activités qui auraient pu se dérouler dans le local annexe.

7. Le 3 novembre 2005, la gendarmerie a adressé un rapport de dénonciation LRDBH au département. Il y est indiqué que le 12 juin 2005, vers 1h du matin, quatre mineurs, dont deux de moins de 16 ans avaient été contrôlés par la brigade des mineurs dans l'établissement. Pour cette raison, M. L_____ avait été averti par les inspecteurs de cette brigade. En revanche, aucune dénonciation n'avait été faite à cette date par les services de la gendarmerie.

8. Suite à la communication des rapports dressés les 3 et 28 octobre 2005 par la brigade des cambriolages et du 3 novembre 2005 par la gendarmerie, la présidente du département a rendu les décisions suivantes le 4 novembre 2005 :

- fermeture du cabaret-dancing avec apposition de scellés pour une durée maximale de 4 mois ;

- prononcé d'une amende administrative de CHF 3'000.- à l'encontre de Mme A_____ et MM. B_____ et D_____ pris solidairement ;

- prononcé d'une amende administrative de CHF 2'000.- à l'encontre de M. La_____ ;

- suspension pour une durée de 6 mois de la validité du certificat de capacité de M. L_____ ;

- prononcé d'une amende administrative de CHF 8'000.- à l'encontre de M. L_____.

Il était reproché à M. L_____ de n'avoir pas fait en sorte d'avoir la maîtrise de l'ensemble des locaux et de la gestion de l'établissement, de n'avoir pas averti la police et d'avoir servi de prête-nom. "Il n'était pas admissible qu'un établissement serve, pendant plusieurs semaines, de base arrière à des cambrioleurs, dont un gérant de l'établissement, et soit principalement fréquenté par des personnes en situation irrégulière. De même, il n'était pas admissible qu'un gérant assure la sécurité de l'établissement en portant une arme chargée, alors qu'il n'était pas au bénéfice d'un permis de port d'armes et que des personnes en situation irrégulière travaillent et dorment à l'intérieur de l'établissement ni que des mineurs de moins de 16 ans ne fréquentent régulièrement le cabaret-dancing".

M. L_____ avait ainsi violé différentes dispositions de la LRDBH en n'exploitant pas personnellement et effectivement l'établissement et en n'annonçant pas la cessation d'exploitation réelle et effective (art. 12, 21 et 27

LRDBH). Il n'avait pas observé les dispositions concernant le registre du personnel (art. 25 LRDBH) ni celles concernant la restriction d'accès fondée sur l'âge (art. 29 al. 3 LRDBH). De plus, l'exploitation sans autorisation et sans certificat de capacité par Mme A_____ et MM. D_____ et B_____ avait perturbé gravement et de façon flagrante l'ordre public et notamment la sécurité publique (22 LRDBH) ce dont M. L_____ devait répondre (21 al. 3 LRDBH).

9. a. Par acte du 28 novembre 2005, M. L_____ a recouru auprès du Tribunal administratif contre les décisions du 4 novembre 2005. Il conclut à l'annulation de l'ordre de fermeture du dancing pour 4 mois, de la suspension de la validité de son certificat de capacité pour une durée de 6 mois et de l'amende administrative de CHF 8'000.-. Il conclut également à l'octroi de dépens. Subsidiairement il conclut à l'audition par le Tribunal administratif de M. P_____, îlotier du poste de gendarmerie de Cornavin et de M. D_____.

Dans son recours, M. L_____ exposait avoir été autorisé verbalement à exploiter l'établissement. Il n'avait pas agi comme prête-nom. Selon la pratique, un exploitant pouvait gérer jusqu'à trois établissements à la fois, ce qui supposait une présence de 3 à 4 heures par jour dans chacun d'eux. Tel était le cas puisqu'il était présent tous les soirs d'ouverture, à savoir : de 23h00 à 04h00 les mercredis, de 24h00 à 01h00 les jeudis, de 23h00 à 05h00 les vendredis et samedis et de 23h30 à 2h30 les dimanches, soit 21 heures au total. Il avait déclaré à la police qu'il ne savait pas très bien ce qui se passait mais cela ne concernait que le local adjacent transformé en appartement. Il exerçait son rôle d'exploitant. En cas d'absence, il était remplacé par M. D_____ qui avait reçu les instructions nécessaires.

Le registre du personnel était tenu à jour. Seul le disc-jockey remplaçant présent le soir de l'intervention policière n'y figurait pas. Ce n'était pas la LRDBH qui sanctionnait, cas échéant, l'engagement de personnel sans autorisation de travail.

La nuit du 2 au 3 octobre 2005, seule une mineure âgée de 17 ans avait été interpellée. Antérieurement, soit dans la nuit du 11 au 12 juin 2005, quatre mineurs avaient été interpellés, ce qui avait déjà donné lieu à une amende. Le département avait jugé à tort que l'accès à l'établissement était réservé aux personnes de plus de 18 ans puisqu'en réalité, X_____ était un simple dancing. Il figurait par erreur dans la catégorie cabaret-dancing. Aucun spectacle ni animation n'y étaient organisés. Matériellement, il s'agissait d'un établissement autorisé à recevoir des mineurs âgés de 16 à 18 ans.

Aucune violation de l'article 22 LRDBH ne pouvait être constatée. L'ordre public avait toujours été maintenu tant à l'intérieur qu'à l'extérieur du dancing. Il n'était responsable que de la surface d'exploitation. Le petit local transformé en appartement ne faisait pas partie de celle-ci. Il n'avait pas été invité à participer à la perquisition qui avait eu lieu dans la pièce annexe, ce qui aurait été le cas, si

elle avait fait partie du dancing. Il n'était pas responsable des objets qui y avait été trouvés ni du fait que des gens y dormaient.

Le département avait procédé à une constatation arbitraire des faits en établissant que M. B_____ avait assuré la sécurité du dancing avec une arme de poing chargée.

Aucun reproche ne pouvait lui être adressé pour avoir ignoré que M. B_____ portait occasionnellement un pistolet à la ceinture lorsqu'il travaillait. Aucun autre employé de l'établissement n'avait connaissance de la présence d'armes. Ceci était confirmé par les déclarations de M. D_____. De plus, l'îlotier de la gendarmerie du poste de Cornavin, M. P_____, pouvait attester de sa présence répétée dans l'établissement et de l'absence de violation de l'ordre public.

b. Le 6 janvier 2006, M. L_____ a été mis au bénéfice de l'assistance juridique.

c. Mme A_____, MM. B_____, D_____ et La_____ n'ont pas recouru au Tribunal administratif.

10. Le 13 janvier 2006, le département s'est opposé au recours. M. L_____ n'avait plus qualité pour recourir contre la fermeture du dancing, le contrat de gérance ayant été résilié le 9 novembre 2005. Le propriétaire du fonds de commerce avait demandé la réouverture de l'établissement suite à l'engagement d'un nouvel exploitant. En conséquence, même l'admission du recours ne permettrait pas à M. L_____ de reprendre l'exploitation de l'établissement.

Les violations de la LRDBH reprochées étaient clairement établies et les sanctions conformes à la jurisprudence du Tribunal administratif.

11. Sur question de la juge déléguée à l'instruction de la cause, le département a confirmé le 27 janvier 2006 que l'autorisation d'exploiter le cabaret-dancing requise par M. L_____ le 27 avril 2005, n'était pas encore formellement délivrée le 3 octobre 2005 lors de la fermeture de l'établissement. Ce fait ne dispensait pas l'exploitant de respecter, dès le dépôt de la requête, l'ensemble de ses obligations, en matière de maintien de l'ordre, d'exploitation personnelle et effective, notamment.

12. Le 30 janvier 2006, le Tribunal administratif a communiqué la réponse du département à M. L_____.

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

EN DROIT

1. Le recours a été interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, il est recevable à cet égard (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. 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 durant l'entier de la procédure. L'exigence d'un intérêt actuel s'apprécie ainsi non seulement au moment de l'ouverture du contentieux, mais aussi lors du prononcé de la décision sur recours. L'admission du recours est, dans cette mesure, censée procurer à la partie recourante un avantage ou supprimer un inconvénient de nature matérielle ou idéale (B. BOVAY, Procédure administrative, Berne 2000, p. 351). Le Tribunal administratif refuse par contre d'entrer en matière sur les griefs du recourant lorsque celui-ci ne dispose pas - ou ne dispose plus - d'un intérêt à ce qu'il soit statué sur les moyens qu'il invoque. De fait, l'intérêt qui s'éteint pendant la procédure a pour effet de conduire à l'irrecevabilité du recours (ATA/787/2003 du 28 octobre 2003).

   M. L_____ a signé un contrat de travail avec la gérante de l'établissement qui a elle-même résilié son contrat de gérance le 9 novembre 2005.

   Ainsi, dans la mesure où il vise la fermeture de l'établissement, le recours sera déclaré irrecevable, M. L_____ n'ayant plus d'intérêt actuel à la réouverture de celui-ci.

   En revanche, dans la mesure où il conteste la décision de suspension de son certificat de capacité et le prononcé de l'amende de CHF 8'000.-, le recours est recevable.

3. Le recourant conclut subsidiairement à l'audition de M. P_____, l'îlotier de la gendarmerie du poste de Cornavin et de M. D_____. Ceux-ci étant susceptibles, selon le recourant, d'attester de sa présence répétée dans l'établissement ainsi que du fait que l'ordre public y régnait.

   Tel que garanti par l'article 29 alinéa 2 de la Constitution fédérale du 18 avril 1999 (Cst - RS 101), le droit d'être entendu comprend le droit pour l'intéressé d'offrir des preuves pertinentes, de prendre connaissance du dossier, d'obtenir qu'il soit donné suite à ses offres de preuves pertinentes, de participer à l'administration des preuves essentielles ou, à tout le moins, de s'exprimer sur son résultat, lorsque

cela est de nature à influer sur la décision à rendre (ATA/663/2004 du 24 août 2004 et ATA/879/2003 du 2 décembre 2003 et les références citées). Le droit d'être entendu ne comprend pas le droit d'être entendu oralement, celui d'obtenir l'audition de témoins (ATF 125 I 209 consid. 9b p. 219; 122 II 464 consid 4c p. 469). En effet, l'autorité peut mettre un terme à l'instruction lorsque les preuves administrées lui ont permis de former sa conviction et que, procédant d'une manière non arbitraire à une appréciation anticipée des preuves qui lui sont encore proposées, elle a la certitude que ces dernières ne pourraient l'amener à modifier son opinion (Arrêt du Tribunal fédéral 2A.118/2003 du 13 juillet 1004, consid 2.1; ATF 125 I 127 consid. 6c p. 135; ATA/490/2005 du 19 juillet 2005 et les références citées).

En l'espèce, le dossier contient deux rapports établis par la brigade des cambriolages et un par la gendarmerie ainsi que des déclarations détaillées de toutes les personnes travaillant dans l'établissement. Ces déclarations ne sont pas contradictoires s'agissant des faits pertinents pour la solution du litige.

Dans ces circonstances, procédant à une appréciation anticipée des preuves, le Tribunal administratif estime qu'il n'y a pas lieu d'ordonner des enquêtes qui ne pourraient pas apporter d'éléments nouveaux et les conclusions du recourant doivent être écartées sur ce point.

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 publiques, du fait de son propriétaire ou de son exploitant, ainsi qu'en raison de la construction, de son aménagement, de son implantation (art. 2 al. 1 LRDBH).

Toute autorisation prévue par la LRDBH ne peut être délivrée que si le but énuméré à l'alinéa 1 est susceptible d'être atteint (art. 2 al. 2 LRDBH).

b. L'exploitation de tout établissement régi par la présente loi est soumise à l'obtention préalable d'une autorisation d'exploiter délivrée par le département compétent (art. 4 al. 1 LRDBH). Cette autorisation doit être requise lors de chaque création, changement de catégorie, agrandissement et transformation d'établissement, changement d'exploitant ou modification des conditions de l'autorisation antérieure (art. 4 al. 2 LRDBH). L'article 5 LRDBH énumère les conditions relatives à l'exploitant. Ce dernier doit être titulaire du certificat de capacité, être de nationalité suisse ou bénéficier d'un permis d'établissement; avoir l'exercice des droits civils, offrir par ses antécédents et son comportement toute garantie que l'établissement soit exploité conformément aux dispositions de la loi et aux prescriptions en matière de police des étrangers, de sécurité sociale et de droit du travail; offrir 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; être désigné par le propriétaire de l'établissement; produire l'accord du bailleur des locaux (art. 5 al. 1 LRDBH).

c. Toute requête tendant à l'octroi d'une autorisation prévue par la LRDBH est accompagnée des pièces nécessaires à son examen (art. 13 al. 1 LRDBH). Le département procède à l'examen de la requête dans le délai de 2 mois à compter du jour où toutes les pièces requises lui ont été fournies (art. 14 al. 1 LRDBH). Il est habilité à percevoir des émoluments dès le dépôt de la requête et à différer l'examen de celle-ci en cas de non-paiement (art. 77 al. 1 LRDBH).

Les autorisations prévues par la LRDBH sont délivrées à une personne physique, pour une catégorie d'établissements et de locaux déterminés. Elles sont intransmissibles (art. 15 al. 3 LRDBH). Le SAP est compétent pour délivrer les autorisations d'exploiter un établissement (art. 8 al. 1; art. 2 litt. a; art. 1 al. 2 RLDBH).

d. L'autorisation sollicitée est délivrée si les conditions d'octroi sont réalisées (art. 15 al. LRDBH). En principe, toutes les décisions sont notifiées par écrit. En cas d'imprévu ou d'urgence, une décision peut être notifiée oralement. Dans ce cas, elle doit être confirmée par écrit (art. 8 al. 2 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).

En l'espèce, M. L_____ soutient avoir reçu une autorisation orale d'exploiter le cabaret-dancing "X_____". Cette décision n'a toutefois pas été délivrée par écrit. Le département ne le conteste pas, tout en exigeant des requérants qu'ils se conforment aux exigences de la loi dès le dépôt de la requête.

5. a. L'autorisation d'exploiter est considérée comme une autorisation de police ordinaire. Elle fait cesser l'interdiction de se livrer à une activité dont un intérêt public requiert le contrôle. Le législateur entend par l'instauration d'une procédure d'autorisation uniquement s'assurer que l'activité dont il est question sera exercée dans les conditions qui répondent à l'intérêt public. L'autorisation procure à l'administré un droit qu'il avait auparavant à titre virtuel; elle ne créé donc pas un droit nouveau, mais elle actualise un droit latent (A. GRISEL, Traité de droit administratif, Neuchâtel 1984, p. 410 et 411 et jurisprudence citée).

L'administré a donc droit, sauf motifs généraux de police, à une autorisation de police lorsqu'il en remplit les conditions légales puisque celles-ci ont été définies de façon à sauvegarder l'ordre public (B. KNAPP, Précis de droit administratif, Bâle, 1991, p. 290)

b. Une décision, même irrégulière, bénéficie de la présomption de validité en application de l'exigence de sécurité du droit si elle a pour auteur une autorité

investie d'un pouvoir de puissance publique (P. MOOR, Droit administratif, vol. II, Berne 2002, p. 305-306).

En ne délivrant pas l'autorisation sollicitée par écrit dans le délai d'ordre de deux mois, comme le prévoient les dispositions légales et réglementaires, l'administration a violé les règles de procédure prévue au chapitre IV de la LRDBH et à la section 2 du RLDBH.

Le tribunal de céans a déjà eu l'occasion de préciser que lorsque la procédure suivie pour la délivrance d'une autorisation d'exploiter n'était pas conforme aux dispositions de la LRDBH et notamment lorsque aucune autorisation formelle n'avait été délivrée, l'auteur des infractions aux articles 22 à 30 LRDBH n'était pas aisé à identifier, contrairement à la volonté claire du législateur pour lequel l'exploitant autorisé devait répondre du comportement adopté par les personnes participant à l'exploitation et à l'animation de l'établissement dans l'accomplissement de leur travail. Le Tribunal administratif avait estimé alors que la violation de l'interdiction du prête-nom était réalisée même si le titulaire du certificat de capacité qui acceptait de servir de prête-nom n'avait jamais été autorisé formellement à exploiter un établissement et ne l'avait jamais fait effectivement (ATA D. du 8 avril 1992 publié in SJ 1993 p. 565).

Dans un cas où le département n'avait pas encore statué sur la requête dont il était saisi au moment des faits, le Tribunal administratif a considéré qu'aucune autorisation n'avait encore été délivrée et donc aucune infraction ne pouvait être reprochée au requérant (ATA/702/2005 du 25 octobre 2005). Dans cette affaire toutefois, le contrat de travail de l'exploitant, déposé au moment de la requête, avait été modifié avant d'être exécuté et le nouveau contrat venait d'être communiqué au département par le requérant.

En l'espèce, les pièces déposées par M. L_____ conjointement à la requête permettent de constater qu'il remplissait de prime abord les conditions d'octroi de l'autorisation. Il affirme en outre être au bénéfice d'une autorisation orale du service compétent ce que ce dernier ne conteste pas. Dans ces circonstances, le tribunal de céans a acquis la conviction que M. L_____ peut se réclamer d'avoir été mis au bénéfice d'une décision orale d'exploiter et doit être considéré comme exploitant autorisé au sens de la LRDBH.

A. Suspension de la validité du certificat de capacité de M. L_____

6. a. Il est interdit au titulaire d'un certificat de capacité de servir de prête-nom pour l'exploitation d'un établissement (art. 12 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 (art. 73 LRDBH).

En l'espèce, cette suspension, qui se fonde sur l'article 73 LRDBH précité, a été prononcée pour une durée de six mois, soit le minimum légal.

b. Sert de prête-nom, au sens de la loi, l'exploitant qui ne gère pas personnellement et effectivement l'établissement pour lequel il a sollicité et obtenu une autorisation d'exploitation (art. 5 al. 1 let. e et 21 al. 1 LRDBH).

c. Selon la jurisprudence du Tribunal administratif (ATA/489/2005 du 19 juillet 2005 ; ATA/664/2004 du 24 août 2004 ; ATA/243/2003 du 29 avril 2003 ; ATA/486/2002 du 29 août 2002 et les références citées), une gestion effective par l'exploitant autorisé 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 (commandes de marchandises, fixation des prix, composition des menus, contrôle de la caisse, inventaire, etc.).

En l'espèce, il découle tant de ses déclarations que de celles des autres personnes employées dans l'établissement, que M. L_____ n'a jamais géré personnellement l'établissement.

Il reconnaît, en particulier, n'avoir pas procédé à l'engagement de personnel, ni s'être occupé du paiement des salaires, ni n'avoir aucun droit de regard sur la gestion de l'établissement que ce soit au niveau des comptes, de la gestion du stock, de la caisse ou des commandes. Il admet s'être contenté de faire acte de présence. Il indique ne pas avoir été en possession des clefs de l'établissement ni du local attenant dans lequel étaient déposés notamment, la recette du jour et le registre du personnel. Il effectuait néanmoins une certaine surveillance visant à éviter d'éventuels problèmes de drogue et à assurer la tranquillité.

Ce faisant, il n'assumait pas les tâches essentielles liées à la bonne marche de l'établissement. Les faits démontrent qu'il n'intervenait que de façon très ponctuelle et mineure dans l'établissement et que la gestion personnelle et effective était assurée par MM. D_____ et B_____.

Le principe de la suspension est ainsi acquis. Par ailleurs, sa durée, qui est de six mois, est la durée minimale prévue par la loi. Elle est parfaitement conforme à la jurisprudence du tribunal de céans et ne peut dès lors qu'être confirmée (ATA/374/2004 du 11 mai 2004 ; ATA/243/2003 du 29 avril 2003).

B. Amende

7. a. La LRDBH prévoit un certain nombre de mesures administratives et de sanctions en cas d'infraction à la législation ou aux conditions particulières de l'autorisation.

Le département peut, en tenant compte de la gravité de l'infraction ou de sa réitération, prononcer la suspension de l'autorisation d'exploiter pour une durée de 10 jours à 6 mois ou le retrait de l'autorisation d'exploiter (art. 70 al. 1 LRDBH). Suivant la nature de l'infraction, le département peut également prononcer, à la place des sanctions précitées des restrictions à l'horaire d'exploitation, des suspensions de diverses autorisations complémentaires telles que l'autorisation de présentation de spectacle ou encore la prolongation d'horaire.

Une amende administrative de CHF 100.- à CHF 60'000.- peut être infligée par le département, indépendamment du prononcé de l'une des sanctions citée plus haut, en cas d'infraction à la présente loi et à ses dispositions d'application, ainsi qu'aux conditions particulières des autorisations qu'elles prévoient (art. 74 al. 1 LRDBH).

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 (cf. ATA/813/2001 précité). En vertu de l'article 1er 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.

c. 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 pour infliger une amende (ATA/245/1999 du 27 avril 1999 ; G. précité ; Régie C. du 8 septembre 1992). 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.

L'exploitant 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 al. 3 LRDBH).

8. Ainsi qu'il a été précédemment établi, M. L_____ a violé l'interdiction de prête-nom visée à l'article 12 LRDBH en ne gérant pas l'établissement de façon personnelle et effective (art. 21 LRDBH).

Il lui est également reproché d'avoir violé plusieurs autres dispositions de la loi ce que le recourant conteste.

a. L'exploitant doit être en mesure de fournir au département et aux services de la police tous les renseignements relatifs à l'identité, au domicile, aux dates de début et de fin d'engagement et au rôle effectif de toute personne participant à l'exploitation ou à l'animation de l'établissement (art. 25 LRDBH). Il doit tenir à jour un registre du personnel (art. 35 al. 1 RLDBH).

En l'espèce, il ressort des dépositions faites à la police que le disc-jockey présent le soir de l'intervention n'avait pas été inscrit par M. L_____ qui a déclaré ne pas encore être en possession de son contrat de travail. Il découle en outre des déclarations de deux personnes en situation irrégulière, qu'elles ont effectué des remplacements dans l'établissement, sans qu'elles figurent dans le dit registre. Par conséquent, une violation de l'article 25 LRDBH doit être retenue.

b. La LRDBH prévoit des restrictions d'accès fondées sur l'âge et dépendant de la catégorie de l'établissement (art. 29 LRDBH). S'agissant des cabarets-dancings, l'accès en est interdit aux mineurs. Une limite d'âge inférieur à la majorité pouvant être autorisée par le département en fonction de la nature des attractions présentées (art. 29 al. 3 LRDBH). L'exploitant doit prendre toutes les mesures utiles pour respecter les prescriptions relatives aux différentes limites d'âge fixées dans la loi (art. 37A RLDBH). En l'espèce, une mineure, âgée de 17 ans, a été interpellée dans la nuit du 2 au 3 octobre 2005. Lors d'un contrôle effectué en juin 2005, quatre mineurs avaient été interpellés, dont deux de moins de 16 ans. Aux dires du recourant, ces faits ont été sanctionnés par une amende. La gendarmerie indique ne pas avoir dénoncé les faits, M. L_____ ayant été averti par les inspecteurs de la brigade des mineurs à cette occasion.

A cet égard, le recourant soutient que l'établissement devrait entrer dans la catégorie des dancings, aucune attraction n'ayant jamais eu lieu. Cet argument ne peut pas être retenu. En effet, la requête d'autorisation signée par le recourant et le propriétaire du fonds de commerce indique clairement la catégorie de l'établissement sur laquelle elle porte et aucune autre requête en autorisation de changement de catégorie telle que prévue par la loi (art. 4 al. 2 LRDBH) n'a été déposée. Par conséquent, une infraction aux règles susmentionnées doit être retenue.

c. L'exploitant doit informer le département de tout changement de propriétaire ou lorsqu'il cesse d'assurer l'exploitation de l'établissement (art. 27 LRDBH).

Il ne peut être retenu à l'encontre du recourant une violation de l'obligation d'informer le département d'avoir cessé d'assurer l'exploitation de l'établissement, la situation illégale - déjà sanctionnée en raison du prête-nom - existant depuis le début de l'exploitation.

d. Selon l'article 22 LRDBH, l'exploitant doit veiller au maintien de l'ordre dans son établissement et prendre toutes les mesures utiles pour ne pas engendrer d'inconvénients graves pour le voisinage. Si l'ordre est sérieusement troublé ou menace de l'être, que ce soit à l'intérieur de l'établissement ou dans ses environs immédiats, il doit faire appel à la police. (art. 22 al. 1 à 3 LRDBH).

En acceptant d'assumer l'exploitation du dancing, sans être en possession des clefs de l'établissement ni de celles de la pièce adjacente et des coffres-forts, le recourant a permis que l'exploitant de fait utilise ce local pour y loger des personnes en situation irrégulière et y stocker des armes et des munitions ainsi que du matériel utilisé lors de cambriolages. L'argument avancé par le recourant selon lequel le local adjacent ne ferait pas partie de la surface d'exploitation tombe à faux puisqu'il était également utilisé comme bureau dans lequel étaient notamment déposés la recette du jour et le registre du personnel.

En conséquence, les manquements de M. L_____ ont conduit à une situation menaçant gravement l'ordre et la sécurité publics et une violation de l'article 22 alinéas 1 à 3 LRDBH est réalisée.

Au vu de ce qui précède, le principe d'une amende pour violation des articles 12, 21, 22, 25 et 29 al. 3 LRDBH est justifié.

9. Reste à examiner la quotité de l'amende.

a. 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). Dans son appréciation, il tient compte de l'ensemble des circonstances du cas d'espèce et notamment de la situation personnelle (art. 63 du code pénal suisse du 21 décembre 1937 - CPS - RS 311.0 ; ATA/245/1998 du 21 avril 1998).

b. L'autorité qui prononce une amende administrative ayant le caractère d'une sanction doit faire application des règles contenues à l'article 68 CPS lorsque par un ou plusieurs actes, le même administré encourt plusieurs sanctions (ATF 122 II 182 ; 121 II 25 et 120 Ib 57). L'amende ainsi infligée ne constitue pas nécessairement la somme de sanctions pécuniaires qui auraient pu être prononcées isolément. (ATA/649/2005 du 4 octobre 2005).

c. 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 1'500.- 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).

d. S'agissant de la violation de l'obligation de maintien de l'ordre public, lorsqu'un trafic de stupéfiants s'était déroulé dans l'établissement, ce que l'exploitant ne pouvait ignorer, le tribunal de céans a confirmé des amendes d'un montant de CHF 5'000.- (ATA/712/2005 du 25 octobre 2005; ATA/192/2000 du 28 mars 2000; ATA/533/1999 du 7 septembre 1999; ATA T. du 7 novembre 1995). Dans une affaire, où l'exploitant était lui même inculpé et dans l'établissement duquel étaient entreposés de nombreux objets volés, le tribunal de céans a également confirmé une amende de CHF 5'000.- pour perturbation grave de l'ordre public (ATA/1597/2005 du 6 septembre 2005).

En l'espèce, il ressort du dossier qu'aucune implication directe dans les cambriolages n'est retenue à l'encontre du recourant. En revanche, c'est en raison de sa négligence qu'il a permis l'instauration d'une situation menaçant gravement l'ordre public, en n'exerçant aucun contrôle effectif sur l'établissement et en se désintéressant de ce qui s'y déroulait aussi bien que des personnes qui y travaillaient, y logeaient et le fréquentaient.

Par ailleurs, l'activité effective du recourant au sein de l'établissement apparaît comme très réduite. Il s'ensuit que la rémunération de CHF 2'400.- mensuels perçue, comprenait principalement, voire uniquement, le prête-nom.

Compte tenu du nombre et de la gravité des infractions et de la rémunération perçue pendant la durée du prête-nom, l'amende d'un montant global de CHF 8'000.- échappe de prime abord à tout grief.

Cela étant, si l'on tient compte de la situation personnelle du recourant conformément à l'article 63 CPS, l'amende paraît disproportionnée. En effet, il est père de trois enfants, divorcé et a perdu le seul revenu que constituait son salaire de CHF 2'400.-. Il a de surcroît des dettes relativement importantes. De ce fait, sa situation financière peut être qualifiée de précaire.

Au vu des circonstances du cas d'espèce, le tribunal de céans réduira l'amende et la fixera à CHF 5'000.- .

10. Le recours est partiellement admis, dans la mesure où il est recevable.

Le recourant étant au bénéfice de l'assistance juridique, aucun émolument ne sera mis à sa charge. Compte tenu de l'issue du litige, une indemnité de CHF 750.- lui sera octroyée (art. 87 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF

à la forme :

déclare irrecevable le recours interjeté le 28 novembre 2005 par Monsieur L_____ contre la décision du département de l'économie et de la santé du 4 novembre 2005 en tant qu'il porte sur l'ordre de fermeture de l'établissement ;

le déclare recevable pour le surplus ;

au fond :

l'admet partiellement ;

fixe l'amende à CHF 5'000.- ;

confirme la décision attaquée pour le surplus ;

dit qu'il n'est pas perçu d'émolument ;

alloue une indemnité de CHF 750.- au recourant à la charge de l'Etat de Genève ;

communique le présent arrêt à Me Jean-Pierre Garbade, avocat du recourant, ainsi qu'au département de l'économie et de la santé.

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 :