

du 4 avril 2000

dans la cause

Monsieur R.
représenté par Me Yves Bonard, avocat

contre

DEPARTEMENT DE JUSTICE ET POLICE ET DES TRANSPORTS

EN FAIT

1. Monsieur R., domicilié à Genève, est titulaire du certificat de capacité de cafetier.
2. Par requête des 26/27 juillet 1999, il a sollicité l'autorisation d'exploiter le café-restaurant à l'enseigne "H. Bar" (ci-après le H.), situé à Genève, propriété de la société O. S.A. et dont Monsieur G. est administrateur et actionnaire.

Monsieur R. a précisé qu'il était déjà autorisé à exploiter un autre établissement, à savoir le restaurant de la résidence pour personnes âgées "La C."

A l'appui de sa requête, il a produit notamment un contrat de travail signé avec O. S.A. le 26 juillet 1999, aux termes duquel il touchait un salaire brut mensuel de CHF 1'094,20 plus 4% sur le bénéfice net en sa qualité de gérant-exploitant responsable du H..

3. L'exploitation du H. a engendré différentes nuisances, en particulier des bagarres et des excès de bruit qui ont donné lieu à des rapports de dénonciation à la loi sur la restauration, le débit de boissons et l'hébergement du 17 décembre 1987 (LRDBH - I 2 21) des 14 et 22 août 1999. A la suite de ces faits, des amendes administratives ont été infligées à M. R., respectivement de CHF 300.- le 26 janvier 2000 et de CHF 200.- le 4 novembre 1999. Aucune d'entre elles n'a été contestée.
4. Suite à de nombreuses doléances émanant d'habitants et particuliers concernant le H., la gendarmerie, poste de Pécolat, a établi un rapport en date du 8 octobre 1999. La police avait dû intervenir bon nombre de fois pour du bruit, des bagarres et des fermetures tardives. A la mi-juillet 1999, l'établissement avait fait l'objet d'une fermeture de plusieurs semaines pour un trafic de stupéfiants qui s'y déroulait. L'établissement pratiquait en outre des "afters", ce qui était totalement interdit pour cette catégorie d'établissement. La plus grande partie des problèmes était précisément due à ce genre d'animations. La police avait eu de nombreux entretiens avec Monsieur G., propriétaire des lieux, mais celui-ci persistait et ne semblait pas comprendre qu'il n'était pas en conformité avec la législation. Depuis début septembre

1999, de nombreux contrôles de présence avaient été effectués, desquels il ressortait que M. R., exploitant de café-restaurant, ne se trouvait pas dans l'établissement et qu'il ne l'exploitait pas de manière effective et personnelle.

5. Entre le 7 septembre et le 6 octobre 1999, les agents ont effectué 16 passages au H. en fin de matinée, en début et en fin de soirée. Ils n'ont jamais pu rencontrer M. R. dans l'établissement.
6. Entendu par la police le 21 octobre 1999, M. R. a déclaré qu'il avait repris l'exploitation du café-restaurant en accord avec M. G. depuis le mois de juillet 1999. Il n'avait pas d'activité particulière, mais il s'occupait un peu de la comptabilité. L'engagement du personnel était assumé par M. G. et sa femme. Il essayait d'être présent entre 16h00 et 20h00 environ quatre fois par semaine. Lors de sa présence dans l'établissement, il ne faisait qu'observer si tout se déroulait bien. Il touchait une rétribution mensuelle de CHF 1'500.-. Si les problèmes continuaient au H., il était prêt à retirer sa patente. Son emploi à la C. se terminerait à la fin de l'année 1999. M. G., qui connaissait sa situation, savait qu'il ne pouvait pas être présent à satisfaction au H. avant le début de l'année 2000. A partir de ce moment-là, il serait présent à plein temps et il avait été décidé avec M. G. de faire de la restauration pour le midi.
7. Le 17 octobre 1999, Mme M. G. a également été entendue par la gendarmerie. Elle a confirmé être la directrice de l'établissement. Elle se trouvait très régulièrement sur place, sa fonction était le service aux clients et la surveillance en général. L'engagement du personnel était assumé par son mari, qui le faisait en collaboration avec M. R., exploitant. Ce dernier s'occupait également de la commande des marchandises. Il ne faisait pas de service à la clientèle. Il n'avait pas d'horaire précis. Il travaillait environ trois à quatre jours par semaine à raison de deux ou trois heures par jour. A la question qui lui était posée de savoir si M. R. avait une autre activité, Mme G. a répondu : "Il fait des jobs. Toutefois, je ne sais pas quelles sont ses activités exactes".
8. Par courrier recommandé du 16 novembre 1999, le département de justice et police et des transports (ci-après : le département) a informé M. R. qu'il servait

de prête-nom à Mme G. pour l'exploitation du café-restaurant H.. Il lui a également reproché de ne pas avoir annoncé au département sa fin d'activité réelle et effective et d'avoir organisé des "afters" en violation flagrante des articles 12, 21, alinéa 1, 27 lettre b, 59 et 62 LRDBH. Il était invité à se déterminer avant le prononcé d'une sanction.

Mme G. et O. S.A. soit pour elle M. G., ont reçu des courriers identiques.

9. Le 22 novembre 1999, la commission des pétitions du Grand conseil de la République et canton de Genève a été saisie d'une pétition au sujet du H., demandant l'arrêt total et définitif des heures d'ouverture dites "afters" et l'insonorisation de ce lieu public pour les heures dites normales. La pétition contenait cent vingt signatures.

10. Le 24 novembre 1999, M. R. a présenté ses observations au département. Il contestait formellement le fait de servir de prête-nom à Mme G.. Jusqu'au 31 décembre 1999, il exploitait parallèlement le café de la C., du lundi au vendredi, de 08h 00 à 15h 00. Dès le 1er janvier 2000, il occuperait un poste à plein temps au H.. Pendant la période où la gendarmerie avait effectué des contrôles, il avait été contraint de temps à autre d'accepter d'effectuer un extra entre 16h00 et 19h00. De plus, il avait pris des vacances entre le 6 et le 19 octobre 1999. Mme G. le remplaçait dans l'établissement pendant la journée entre 12h00 et 18h00 mais elle cesserait toute activité dès le début de l'an 2000. Dès cette date, M. G. souhaitait lui confier complètement la totalité des responsabilités de l'engagement du personnel, la gestion des commandes de marchandises, les relations avec les fournisseurs, ainsi que tout ce qui avait trait au bon fonctionnement de l'établissement. Il a protesté contre le fait que les activités liées à l'ouverture du H. lors des matinées du week-end puissent être assimilées à des "afters", puisqu'il n'y avait aucune musique au rez-de-chaussée de l'établissement et au sous-sol, seule une musique d'ambiance d'un niveau acceptable pour les autres locataires était diffusée.

Par courriers séparés du même jour, Mme G. et O. S.A. ont également présenté leurs observations au département.

11. Le 28 novembre 1999, à 06h 00, une nouvelle

bagarre est intervenue au café-restaurant, qui a nécessité l'intervention de la police. Cet incident a donné lieu à une nouvelle amende de CHF 200.- infligée à M. R. le 16 février 2000.

12. Le 14 décembre 1999, le département a pris trois décisions :

Concernant M. R., le département a retenu que celui-ci avait agi comme prête-nom et qu'il avait organisé des "afters". Il a prononcé la suspension pour une durée de six mois de la validité de son certificat de cafetier et lui a infligé, solidairement avec O. S.A., une amende de CHF 3'500.-.

Mme G. s'est vue notifier l'ordre de cessation immédiate de l'exploitation de l'établissement et elle a été condamnée, solidairement avec O. S.A., à une amende de CHF 1'500.-.

Enfin, O. S.A., soit pour elle M. G., s'est vue frappée d'une amende de CHF 500.-.

Mme G. et O. S.A. n'ont pas contesté les amendes précitées.

13. Par fax du 16 décembre 1999, O. S.A. a confirmé au département qu'elle renonçait à ouvrir l'établissement le samedi et le dimanche matin à 04h 00. Le même jour, M. D. a déposé une requête en vue de l'obtention de l'autorisation d'exploiter le H.. Selon le contrat de travail conclu avec O. S.A. le 16 décembre 1999, il était engagé en qualité de gérant-exploitant responsable de l'établissement à compter du 17 décembre 1999 pour un salaire mensuel de CHF 2'000.-, 4% du bénéfice net en sus.

Dans ces conditions, le département a renoncé à la fermeture de l'établissement tel qu'il était préconisé dans la décision du 14 décembre 1999.

14. Par acte posté le 14 janvier 2000, seul M. R. a recouru auprès du Tribunal administratif contre la décision du département en concluant à sa mise à néant. Il ne s'agissait en aucun cas d'une situation de prête-nom. Il était présent dans l'établissement en fin d'après-midi, le soir et les week-end. En sa qualité de gérant du H., il avait décidé de nommer Mme G. responsable du café pendant la journée, à savoir pendant

les heures où il travaillait à la C.. Certes, cette dernière l'avait bien épaulé dans son activité de tenancier, mais il était cependant lui-même responsable de l'établissement. Les contrôles opérés par la police avaient été manifestement effectués durant la journée alors qu'il travaillait à la C.. Il n'était donc pas possible de déduire de ces rapports uniquement qu'il avait servi de prête-nom. Si néanmoins le Tribunal administratif devait retenir des rapports de police que la situation de prête-nom était établie, la double sanction de l'amende et de la suspension du certificat de capacité était de toute manière injustifiée, eu égard au principe de proportionnalité. S'agissant du montant de l'amende, le département n'avait pas tenu compte des circonstances personnelles de M. R. qui se retrouvait au chômage du fait des décisions du 14 décembre 1999. Au vu de sa situation financière difficile, M. R. sollicitait, subsidiairement, une réduction du montant de la quotité de l'amende.

15. Dans sa réponse du 29 février 2000, le département s'est opposé au recours. Les contrôles de police effectués dans la tranche horaire comprise entre 16h 00 et 02 00 du matin, soit à des heures où M. R. prétendait se trouver régulièrement au H. établissaient que tel n'était pas le cas. Par ailleurs, M. R. n'était pas davantage présent dans l'établissement lors des faits à l'origine des amendes administratives qui lui avaient été infligées les 4 novembre 1999, 27 janvier 2000 et 16 février 2000. L'exploitation personnelle et effective supposait non seulement une présence quotidienne de plusieurs heures par jour dans l'établissement, mais encore et surtout le développement d'une véritable activité de tenancier, telle que définie notamment par la jurisprudence du Tribunal administratif dans un arrêt du 28 septembre 1999 en la cause C. De plus, l'exploitant devait rester le premier garant du maintien de l'ordre dans son établissement. Compte tenu des nombreuses interventions de la gendarmerie depuis l'été 1999 et des plaintes dont l'établissement faisait l'objet, la présence de M. R. aurait dû être d'autant plus active et réelle. Dans la déclaration qu'il avait signée à la gendarmerie le 21 octobre 1999, M. R. avait expressément reconnu qu'il n'avait pas d'activité particulière au H. et que, lorsqu'il était présent dans l'établissement, il ne faisait qu'observer si tout se déroulait bien. La déclaration de Mme G. du 18 octobre 1999 allait dans le même sens. L'organisation des "afters" n'était pas contestée par M. R. dans son recours devant le Tribunal

administratif et était à l'origine de nombreuses plaintes reçues au sujet du H. et de la pétition adressée au Grand Conseil. La double mesure de suspension de la validité des certificats de capacité et de l'amende administrative était conforme à la loi. La quotité de l'amende avait été fixée compte tenu du facteur aggravant lié au concours d'infractions mais compte-tenu des difficultés financières dont M. R. faisait état dans son recours, le département était disposé à réduire le montant de l'amende administrative à CHF 2'500.- et à lui accorder de larges facilités de paiement.

16. a) Le Tribunal administratif a entendu les parties en audience de comparution personnelle le 22 mars 2000. M. R. a confirmé qu'il était au chômage depuis janvier 2000. Pour le mois de janvier, il avait perçu des allocations à hauteur de CHF 1'324,75 et pour le mois de février à hauteur de CHF 3'817,55. En raison de la suspension de la validité du certificat de cafetier, il devait renoncer à reprendre un établissement qui lui était proposé pour le 15 avril 2000, ce qui prolongerait d'autant sa période de chômage. S'agissant de son activité au H., il a affirmé qu'il s'occupait de la gestion du stock et des commandes de marchandises. Pour ce faire, il laissait ses instructions à Mme G. afin que celle-ci puisse faire le nécessaire pendant la journée. Il vérifiait les horaires du personnel, et conseillait M. G. dans le choix de celui-ci. Il se rendait dans l'établissement tous les jours au plus tôt dès 17 h 30 ainsi que le samedi soir. Mme G. le remplaçait pendant ses heures de travail à la C.. Quant à M. G., il était souvent présent dans l'établissement le soir mais il ne faisait pas grand chose d'autre que les relations publiques.

Le département a persisté dans la décision entreprise ainsi que dans sa proposition de réduire l'amende administrative à CHF 2'500.-.

- b) Le même jour, le tribunal de céans a entendu deux témoins, à savoir M. et Mme G..

M. G. a précisé qu'il s'occupait de la gestion administrative du H. (comptabilité, commandes, gestion du stock). Pour l'engagement du personnel, il faisait cela de concert avec le gérant. Il effectuait son travail administratif dans un bureau indépendant du H.. Il se rendait régulièrement dans l'établissement pour y rencontrer des clients mais il n'y travaillait pas. Il

avait l'intime conviction que le département avait utilisé le prête-nom pour sanctionner en réalité les "afters" qui s'y déroulaient et pour lesquels il ne pouvait pas intervenir légalement. Depuis que l'établissement n'était plus ouvert le matin, il n'y avait plus de contrôles. S'agissant de M. R., celui-ci avait une activité parallèle à la C. et, de plus, il effectuait quelques extras à la demande. Or, les contrôles avaient été effectués systématiquement pendant les absences de M. R., alors que celles-ci avaient été dûment signalées à la police. Il avait personnellement rencontré plusieurs fois la police et chaque fois, il lui avait indiqué que M. R. allait arriver. Or, le gendarme de fonction refusait de revenir, au motif qu'il avait alors terminé son service.

Mme G. a également été entendue. Elle a contesté être la directrice du café-restaurant. En revanche, elle y travaillait et quand M. R. n'était pas là, c'est elle qui s'occupait de l'établissement. Elle assurait le service pendant la journée. Elle ne s'occupait pas des commandes, sauf si M. R. le lui demandait, mais cela n'était pas arrivé souvent. Elle n'avait jamais procédé à l'engagement du personnel. Du temps de M. R., elle travaillait huit heures par jour dans l'établissement mais elle avait cessé cette activité depuis lors. M. R. venait travailler le soir, il la relayait mais elle ne connaissait pas ses horaires. Lorsqu'elle avait déclaré à la police qu'elle était la directrice de l'établissement, elle voulait dire par là qu'elle était la femme du patron.

EN DROIT

1. Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable (art. 56 A 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. 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

sa construction, de son aménagement et de son implantation (art. 2 al. 1 let. a LRDBH). L'exploitation de tout établissement est soumise à l'obtention préalable d'une autorisation d'exploiter délivrée par le département (art. 4 al. 1 LRDBH), laquelle est personnelle et intransmissible (art. 15 al. 3 LRDBH). Ladite autorisation est délivrée à différentes conditions (art. 5 LRDBH), notamment la titularité d'un certificat de capacité (art. 9 ss LRDBH). L'exploitant a notamment l'obligation de gérer l'établissement de façon personnelle et effective (art. 21 al. 1 LRDBH). 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 (art. 21 al. 2 LRDBH).

Hormis les dancings et les cabarets-dancings, la danse est subordonnée à l'obtention préalable d'une autorisation du département (art. 59 al 1 LRDBH). De même, sauf dans les cabarets-dancings, l'animation et la présentation de spectacles sont subordonnés à l'obtention préalable d'une autorisation du département (art. 62 LRDBH).

Un exploitant peut être autorisé à exploiter au maximum trois établissements pour autant qu'ils soient situés à proximité les uns des autres (art. 31 al. 1 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).

3. En l'espèce, le recourant était titulaire de deux autorisations d'exploiter deux établissements différents, l'un situé à Chêne-Bourg et l'autre au Pâquis.

Au cours de la procédure, et notamment en audience de comparution personnelle, le recourant est revenu sur ses précédentes déclarations. Alors que dans un premier temps, il avait déclaré qu'il n'avait pas d'activité particulière au H., il a affirmé au tribunal qu'il s'occupait de la gestion du stock des commandes de la marchandise, qu'il vérifiait les horaires du personnel et qu'il conseillait M. G. dans le choix du personnel. Ses déclarations restent cependant isolées dans un contexte où tout concourt à démontrer que c'est en réalité M. et Mme G. qui géraient l'établissement, le recourant ayant mis à leur disposition son certificat de capacité, en contrepartie d'une rémunération, modeste il est vrai. Des propres déclarations du recourant, cette situation devait

changer dès janvier 2000, lorsqu'il aurait quitté son emploi à la C.. A partir de ce moment-là, il aurait été totalement et effectivement responsable de l'établissement. A contrario, il faut bien admettre que tel n'était pas le cas jusqu'à la fin de l'année 1999. Les déclarations des époux G. ne font qu'établir cette réalité, qui est encore avérée par le fait qu'aussitôt connues, les mesures prises par le département, notamment la suspension de validité du certificat de cafetier du recourant et l'ordre de cessation immédiate de l'exploitation de l'établissement, O. S.A. a trouvé toute affaire cessante et présenté un nouvel exploitant.

4. En conséquence, le Tribunal administratif admettra que M. R. n'a pas géré personnellement le H. et qu'il a servi de prête-nom à O. S.A., voire à Mme G., l'activité administrative qu'il aurait déployée n'étant pas suffisante pour considérer qu'il en était le gérant effectif.
5. Dans le cadre de la procédure de recours, le recourant ne discute plus la question des "afters", au demeurant établie, notamment par exemple lors d'interventions de la police aux petites heures du jour.
6. Le département peut prononcer la suspension pour une période de six à vingt quatre mois de la validité du certificat de capacité, dont le titulaire sert de prête-nom pour l'exploitation d'un établissement (art. 73 al DBH).

En prononçant une sanction correspondant à la durée minimale, le département a fait une saine application de la loi et cette mesure ne peut être que confirmée (ATA V. du 24 novembre 1998 et les références citées; ATA du 9 février 1999).

7. Le département peut infliger une amende administrative de CHF 100.- à 60'000.- en cas de violation de la loi (art. 74 LRDBH).

Selon la jurisprudence constante du Tribunal administratif, le prononcé d'une amende de CHF 3'000.- infligée à la personne qui a servi de prête-nom est conforme à la pratique (ATA S. du 15 février 2000 et les références citées). L'amende administrative peut être plus élevée en cas de dessein de lucre notamment (ATA L. du 21 juin 1996; ATA S. - C. du 4 octobre 1994). Le Tribunal administratif revoit ce montant à la baisse

lorsque des circonstances particulières le justifient, notamment une situation personnelle et familiale difficile ou une situation financière précaire (ATA S. du 15 février 2000; R. du 9 février 1999; L. du 10 novembre 1998; D. du 18 avril 1992).

En l'espèce, le Tribunal administratif retiendra la situation de chômeur du recourant et le fait que la suspension de la validité de son certificat de cafetier rend plus difficile pour lui la recherche d'un nouvel emploi. Pour tenir compte de cette situation difficile, le tribunal de céans réduira l'amende à CHF 2'000.- (ATA S. du 15 février 2000; R. du 9 février 1999; C. du 28 septembre 1999).

9. Le recours étant partiellement admis, un émolument de Fr. 500.- sera mis à la charge du recourant.

PAR CES MOTIFS
le Tribunal administratif
à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 14 janvier 2000 par Monsieur R. contre la décision du département de justice et police et des transports du 14 décembre 1999;

au fond :

l'admet partiellement;

réduit à CHF 2'000.- l'amende infligée au recourant par le département de justice et police et des transports;

confirme la décision attaquée pour le surplus;

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

communique le présent arrêt à Me Yves Bonard, avocat du recourant, ainsi qu'au département de justice et police et des transports.

Siégeants : M. Schucani, président, M. Thélin, Mmes Bonnefemme-Hurni, Bovy, M. Paychère, juges.

Au nom du Tribunal administratif :
le secrétaire-juriste : le vice-président :

O. Bindschedler

Ph. Thélin

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux
parties.

Genève, le

la greffière :

Mme M. Oranci