

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1416/2019-EXPLOI

ATA/81/2020

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 28 janvier 2020

En section

dans la cause

M. A_____

représenté par Me Pierre Ochsner, avocat

contre

**SERVICE DE POLICE DU COMMERCE ET DE LUTTE CONTRE LE
TRAVAIL AU NOIR**

EN FAIT

1. La procédure A/1416/2019 oppose M. A_____ au service de police du commerce et de lutte contre le travail au noir (ci-après : PCTN).

Une procédure parallèle A/1417/2019 oppose Mme B_____ au PCTN dans le cadre du même complexe de faits.

M. A_____ et Mme B_____ ont chacun eu accès à l'autre procédure dans le cadre de l'instruction de leurs recours respectifs.

2. Par autorisation du 19 août 2018, le PCTN a mis M. A_____ au bénéfice d'une autorisation d'exploiter un établissement de catégorie bar à l'enseigne « C_____ » sis avenue de D_____ _____, _____ E_____, dont il était également le propriétaire, qui comportait une surface d'exploitation intérieure en sous-sol de 14 m² et ouvrait de 17h00 à 02h00 comme bar à champagne.

3. Par autorisation distincte du 16 mars 2018, M. A_____ avait également été mis par le PCTN au bénéfice d'une autorisation d'exploiter un établissement de catégorie café-restaurant à l'enseigne « F_____ » à la même adresse du _____, avenue de D_____, lequel ouvrait de 04h00 à 15h00.

4. Les décisions rappelaient l'obligation pour l'exploitant d'exploiter lui-même l'établissement de manière personnelle et effective, et l'interdiction de servir de prête-nom.

5. Le « C_____ » se trouvait au sous-sol du restaurant « F_____ ».

6. Selon un rapport du 21 novembre 2018, un contrôle effectué par le PCTN le 17 novembre 2018 avait établi que le « C_____ » était exploité par Mme B_____ sur la base d'un contrat de gérance, que le nom et la catégorie de l'établissement ainsi que les noms du propriétaire et de l'exploitant n'étaient pas exposés à la vue des clients sur la porte d'entrée de l'établissement, et que les prix des boissons sans alcool et des mets n'étaient pas affichés sur la devanture de l'établissement afin d'être visibles depuis l'extérieur ou à l'entrée immédiate de l'établissement.

Mme B_____ avait expliqué à l'auteur du contrôle qu'elle exploitait l'établissement et en assumait les charges financières, sur la base d'un contrat de gérance qui la liait à M. A_____ depuis juin 2018, qu'elle s'était annoncée à l'office cantonal des assurances sociales (ci-après : OCAS) pour le paiement des charges sociales.

Le 20 novembre 2018, M. A_____ avait appelé l'auteur du contrôle pour lui confirmer les propos de Mme B_____, et justifier la mise en gérance par son incapacité matérielle à exploiter lui-même le « C_____ ».

7. Par courrier du 29 novembre 2018, le PCTN a communiqué à M. A_____ une copie du rapport et l'a informé qu'il projetait de prononcer la suspension de son diplôme de cafetier pour une durée de trente-six mois, de retirer l'autorisation d'exploiter le « C_____ » et d'ordonner la fermeture immédiate de l'établissement, car il avait servi de prête-nom à Mme B_____, qui exploitait effectivement l'établissement sans disposer du diplôme de cafetier restaurateur. De plus, avaient été violées les obligations d'indiquer les prix et d'afficher les noms du propriétaire et de l'exploitant. Une amende allait également être prononcée, et M. A_____ se voyait offrir la possibilité de se déterminer.
8. Sous la plume de son avocat, M. A_____ s'est déterminé le 11 décembre 2018.

Le « C_____ » faisait partie intégrante des locaux exploités au rez-de-chaussée par le restaurant « F_____ » et on pouvait y accéder directement depuis le restaurant.

Ne pouvant gérer simultanément les deux établissements, M. A_____ avait confié la gérance du « C_____ » à Mme B_____.

Mme B_____ supportait donc le risque financier du « C_____ ».

Mme B_____ suivait les cours pour obtenir son brevet de cafetière-restauratrice.

M. A_____ était cependant resté l'exploitant du « C_____ » simultanément au restaurant « F_____ ». Il supervisait notamment la commande des marchandises et y assurait une présence largement supérieure aux quinze heures hebdomadaires minimales légales. Il était resté l'exploitant du bar au sens de la loi.

M. A_____ reconnaissait les infractions relatives à l'affichage.

Selon la documentation annexée à sa détermination, M. A_____ était marié et père de trois enfants mineurs, et la déclaration pour l'impôt 2017 indiquait pour le restaurant « F_____ » des recettes totales de CHF 262'394.- et un bénéfice net de CHF 41'177.-.

9. Un contrôle effectué par le PCTN le 6 février 2019 à 17h45 au « C_____ » a constaté le non-respect de l'obligation d'indiquer les prix, de l'obligation de proposer trois boissons sans alcool, et de l'obligation de mentionner dans

l'affichage la catégorie « bar ». Ce constat a été signé par Mme B_____.

10. Par courrier du 5 mars 2019, reçu le lendemain, le PCTN a prononcé la suspension de la validité du diplôme de cafetier-restaurateur de M. A_____ pour une durée de trente-six mois, le retrait de l'autorisation d'exploiter l'établissement à l'enseigne « C_____ » au _____, avenue de D_____, la fermeture immédiate de l'établissement à l'enseigne « C_____ », et a infligé à M. A_____ une amende administrative de CHF 600.-.

La présence dans l'établissement supérieure à quinze heures hebdomadaires alléguée par M. A_____ et la supervision des commandes de marchandises ne suffisaient pas pour établir l'exploitation de l'établissement au sens de la loi. M. A_____ avait servi de prête-nom à Mme B_____.

11. Par acte mis à la poste le 5 avril 2019, M. A_____ a recouru contre la décision du PCTN du 5 mars 2019 auprès de la chambre administrative de la cour de justice (ci-après : la chambre administrative).

Il avait confié la gérance du « C_____ » à Mme B_____, car il ne pouvait gérer simultanément le restaurant et le bar. Mme B_____ supportait le risque économique du « C_____ » mais c'était lui qui assumait la responsabilité de payer l'intégralité du loyer des locaux du « F_____ » et du « C_____ », qui formaient un tout à l'égard du propriétaire de l'immeuble. Mme B_____ était la seule personne travaillant dans le « C_____ ». Il supervisait l'activité de Mme B_____. C'était notamment lui qui commandait les marchandises pour le « C_____ ». Du fait de sa présence permanente dans les locaux il assurait une présence supérieure à quinze heures par semaine. Les commandes ne portaient que sur des boissons car le « C_____ » ne proposait pas de restauration. La caisse et les inventaires étaient tenus conjointement par M. A_____ et Mme B_____. Il n'était pas contestable qu'il était resté l'exploitant au sens de la loi. M. A_____ ne contestait pas les autres constats opérés par le PCTN le 17 novembre 2018. Lors du contrôle du 6 février 2019, l'inspecteur du PCTN lui avait indiqué qu'il n'avait pas besoin de lui et que tout était en ordre. Il soutenait sa famille et se trouverait sans revenu si la décision était confirmée, ce qui rendait cette dernière disproportionnée.

12. Le 12 juin 2019, le PCTN s'est opposé au recours.

Le recourant admettait ne pas être en mesure d'exploiter le « C_____ », il confirmait que Mme B_____ assumait le risque économique, il n'avait pas produit le contrat de gérance, il n'apportait pas la preuve de son implication dans la gestion de l'établissement, et ne pouvait soutenir l'exploiter tout en admettant qu'il n'en était pas en mesure et l'avait mis en gérance. Le contrat de gérance avait déjà été conclu au moment de la délivrance de l'autorisation du 19 juillet

2019 (*recte* :19 août 2018) et le recourant n'en avait jamais informé le PCTN. Le recourant avait bien servi de prête-nom.

13. Le 20 septembre 2019, le juge délégué a entendu les parties et Mme B_____.

Le recourant a déclaré qu'il était présent au bar trois heures par jour du lundi au vendredi, ce qui faisait au moins quinze heures par semaine. Il était l'exploitant du « C_____ ». Il s'occupait de la marchandise : il fixait les prix, achetait la marchandise, faisait l'autocontrôle de l'hygiène, regardait la caisse et la contrôlait, en ce sens qu'il regardait le lendemain le journal de la caisse pour voir les rentrées d'argent. S'agissant des boissons, il commandait ou achetait celles que lui demandait Mme B_____, car c'était elle qui connaissait les demandes et souhaits des clients. Lui et Mme B_____ étaient au contact de la clientèle, mais les clients parlaient plus volontiers à une femme. Lorsqu'il était au bar, son activité consistait principalement en sa présence comme la loi l'y obligeait : il regardait ce qui s'y passait et aidait Mme B_____ si elle avait besoin d'aide. C'était Mme B_____ qui payait le loyer et son salaire, et ensuite c'était lui qui payait le loyer au propriétaire de l'immeuble. Il assumait pleinement les risques financiers liés au « C_____ ». Selon la nouvelle loi il était l'employé et elle la gérante. Elle devrait payer ses charges sociales une fois terminée la présente procédure. Le recourant avait bien indiqué qu'il mettait le bar en gérance, mais non qu'il ne l'exploitait pas. L'entreprise individuelle « B_____, G_____ » inscrite le 29 juin 2019, mentionnant Mme B_____ comme titulaire et lui-même comme procurataire, était une démarche en vue d'un éventuel futur enregistrement de Mme B_____ comme propriétaire. L'inscription au registre du commerce était nécessaire pour l'enregistrement de Mme B_____ comme propriétaire et également à l'égard des assurances sociales pour son salaire à lui. Cela faisait vingt-et-un ans qu'il travaillait pour ce bar, c'est lui qui avait la patente et il ne voulait pas la laisser inutilisée. Par gérance il entendait que la gérante l'aidait et faisait plus d'heures que lui du fait qu'elle gérait quelque chose. Par exploitation il entendait sa responsabilité à l'égard de toutes les institutions, du propriétaire de l'immeuble, des particuliers, de toute le monde. S'il y avait un déficit, il l'assumait pleinement. Il payait notamment, dans tous les cas, le loyer au propriétaire ainsi que les factures aux créanciers. L'extrait du registre du commerce ne montrait pas ses relations actuelles avec Mme B_____. Il avait un pouvoir de signature individuelle, Mme B_____ n'avait pas un tel pouvoir. Elle n'avait aucun pouvoir. Il était le seul à pouvoir engager le « C_____ ». S'il pouvait être à la fois employé de Mme B_____ et seul responsable de l'établissement, c'était que cette situation confuse résultait d'une exigence légale voulant que le gérant rémunère l'exploitant. Il y avait un contrat de travail oral avec Mme B_____ mais pas encore de contrat écrit.

Entendue en qualité de témoin, Mme B _____ a déclaré que M. A _____ achetait les boissons, fixait les prix, établissait l'inventaire des boissons et accomplissait la gestion des achats. Elle n'était que gérante. Seul M. A _____ pouvait engager le « C _____ ». Lui seul était responsable à l'égard des institutions et des particuliers. C'était elle qui assumait les charges financières pour l'établissement mais c'était lui qui faisait les achats avec la carte Maestro H _____ qui était la sienne (celle de Mme B _____). S'il y avait une grande perte, c'était à lui de payer aux créanciers. Elle lui payait un salaire de CHF 1'500.- par mois. Elle lui donnait des instructions car elle était la patronne. C'était donc elle qui lui demandait de faire des achats. Elle n'avait pas de voiture. Ils étaient tous les deux chefs. L'entreprise individuelle « B _____, G _____ » ne correspondait pas à la réalité actuelle : il fallait attendre qu'elle devienne propriétaire. Ses projets futurs étaient de passer la patente et exploiter un établissement. M. A _____ était présent tous les jours trois heures, des fois de 18h00 à 20h00, des fois plus tard, des fois il arrivait avant, des fois il partait après. C'était M. A _____ qui décidait quelles boissons acheter et de quelle qualité. C'était lui qui faisait l'inventaire, elle l'aidait parfois. C'était elle qui prenait les risques financiers, car s'il n'y avait pas assez d'argent en caisse pendant un mois elle n'avait pas de salaire. Elle gagnait chaque mois les recettes moins les achats et ce qu'elle versait à M. A _____. Si elle pouvait rembourser les créanciers, elle le faisait, sinon c'était M. A _____. Si un client du « C _____ » voulait manger quelque chose, le « F _____ » le lui descendait. C'était arrivé deux fois et c'était seulement une pizza. La nourriture était comptabilisée en faveur du « F _____ » et son prix reversé à ce dernier.

M. A _____ a confirmé les déclarations de Mme B _____ sur son revenu. Elle lui versait son salaire de CHF 1'500.- et CHF 1'000.- de loyer. Le loyer global pour le restaurant et le bar était de CHF 4'300.- par mois. Il remboursait en outre le fonds de commerce à l'ancien propriétaire à hauteur de CHF 2'200.- par mois. Il lui restait deux ans à payer. Il n'avait pas de poursuites mais la fermeture du « C _____ » entraînerait des dettes de CHF 230'000.- tout de suite. Il devrait continuer de payer le loyer, les assurances, les factures et le remboursement de la reprise. Il serait financièrement « mort ».

Le PCTN a expliqué avoir demandé à Mme B _____ de devenir propriétaire pour pouvoir désigner l'exploitant. Mme B _____ aurait dû accomplir cette démarche dès la conclusion du contrat de gérance.

M. A _____ a déclaré connaître cette obligation du gérant de devenir propriétaire depuis qu'il avait fait le cours et obtenu le diplôme de cafetier-restaurateur. Il en avait parlé avec Mme B _____, mais ils n'avaient pas trouvé de réponse claire. Si Mme B _____ devenait propriétaire, elle pourrait choisir un autre exploitant que lui.

14. Le 21 octobre 2019, le PCTN a produit ses observations finales.

Le recours devait être rejeté.

Si M. A_____ n'avait eu besoin que d'une assistante, il aurait été plus cohérent qu'il embauche Mme B_____. En devenant gérante, Mme B_____ devait également devenir propriétaire au sens de la loi et figurer sur l'autorisation d'exploitation. Mme B_____, qui avait confirmé qu'elle assumait le risque économique, était matériellement la propriétaire du « C_____ ».

15. Le 25 novembre 2019, le recourant a produit ses observations finales.

Le recours devait être admis.

C'était lui qui était responsable du paiement du loyer, qui contrôlait la caisse, veillait au respect de l'hygiène, commandait les achats, etc.

Il ne pouvait remplacer Mme B_____ car un bar à champagne devait être tenu par une femme.

16. Le 25 novembre 2019, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

- 1) Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable (art. 66 de la loi sur la restauration, le débit de boissons, l'hébergement et le divertissement du 19 mars 2015 - LRDBHD ; art. 62 al. 1 du règlement d'exécution de la LRDBHD du 28 octobre 2015 - RRDBHD - I 2 22.01 ; art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05 ; art. 62 al. 1 let. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).
- 2) Le litige porte sur la conformité au droit de la décision du PCTN du 5 mars 2019 prononçant la suspension de la validité du diplôme de cafetier-restaurateur de M. A_____ pour une durée de trente-six mois, le retrait de l'autorisation d'exploiter l'établissement à l'enseigne « C_____ », la fermeture immédiate de l'établissement à l'enseigne « C_____ », et d'infliger à M. A_____ une amende administrative de CHF 600.- parce qu'il aurait accepté de servir de prête-nom à Mme B_____ – les autres infractions liées à l'affichage étant par ailleurs admises par le recourant.
- 3) a. Le 1^{er} janvier 2016 sont entrés en vigueur la LRDBHD et son règlement d'exécution, qui ont abrogé la loi sur la restauration, le débit de boissons et l'hébergement du 17 décembre 1987 (aLRDBH - I 2 21) ainsi que le règlement d'exécution de l'aLRDBH du 31 août 1988 (aRRDBH - I 2 21.01).

La LRDBHD règle les conditions d'exploitation des entreprises vouées à la restauration et/ou au débit de boissons à consommer sur place, à l'hébergement ou encore au divertissement public (art. 1 al. 1 LRDBHD). Est un établissement une entreprise dont l'activité s'exerce dans un local fermé ou dans un lieu circonscrit (art. 3 let. b LRDBHD). Sont des cafés-restaurants et bars les établissements où un service de restauration et/ou de débit de boissons est assuré, et qui n'entrent pas dans la définition d'une autre catégorie d'entreprise (art. 3 let. f LRDBHD ; art. 9 et 10 RRDBHD).

b. L'art. 8 LRDBHD soumet l'exploitation de toute entreprise vouée à la restauration, au débit de boissons et à l'hébergement, soit notamment les cafés-restaurants et bars (art. 5 al. 1 let. a LRDBHD), à l'obtention préalable d'une autorisation d'exploiter délivrée par le département (al. 1), qui doit être requise lors de chaque création, changement de catégorie ou de lieu, agrandissement et transformation, changement d'exploitant ou de propriétaire de l'entreprise, ou modification des conditions de l'autorisation antérieure (al. 2).

Selon l'art. 9 let. e LRDBHD, qui fixe les conditions relatives à l'exploitant, soit la ou les personnes physiques responsables de l'entreprise, qui exercent effectivement et à titre personnel toutes les tâches relevant de la gestion de celle-ci (art. 3 let. n LRDBHD), l'autorisation d'exploiter une entreprise est délivrée notamment à condition que l'exploitant offre toute garantie d'une exploitation personnelle et effective de l'entreprise, compte tenu notamment de son lieu de domicile ou de résidence et de sa disponibilité, ou encore du respect de l'interdiction de recourir à un prête-nom ou de servir comme tel durant les trente-six mois qui précèdent le dépôt de la requête en autorisation.

Le diplôme dont doit être titulaire l'exploitant, attestant de son aptitude à exploiter et gérer une entreprise soumise à la LRDBHD (art. 9 let. c LRDBHD), est strictement personnel et intransmissible (art. 19 al. 1 LRDBHD). Il est interdit à son titulaire de servir de prête-nom pour l'exploitation d'une entreprise soumise à la LRDBHD, sous peine des mesures et sanctions prévues par celle-ci (art. 19 al. 2 LRDBHD).

Le prête-nom vise un comportement, prohibé par la loi, d'une personne physique titulaire du diplôme prévu par la loi, qui est autorisée formellement en tant qu'exploitant d'une entreprise, mais qui n'exerce pas effectivement et à titre personnel les tâches essentielles liées à la bonne marche de l'entreprise, qui sont de fait assurées par un tiers (art. 3 let. s LRDBHD).

Concernant les conditions relatives au propriétaire, soit la personne physique ou morale qui détient le fonds de commerce de l'entreprise et qui désigne l'exploitant (art. 3 let. o LRDBHD), l'art. 10 LRDBHD prévoit en particulier que l'autorisation d'exploiter l'entreprise est délivrée à condition que son propriétaire offre, par ses antécédents et son comportement, toute garantie que

l'entreprise est exploitée conformément aux dispositions de la LRDBHD et aux prescriptions en matière de police des étrangers, de sécurité sociale et de droit du travail, ainsi qu'aux dispositions pénales prohibant les crimes et délits dans la faillite et la poursuite pour dettes.

c. Au titre des droits et obligations des exploitants et des propriétaires d'entreprises vouées à la restauration et au débit de boissons, l'art. 22 LRDBHD prévoit que l'exploitation de l'entreprise ne peut être assurée que par la personne qui est au bénéfice de l'exploitation y relative (al. 1). L'exploitant doit gérer l'entreprise de façon effective, en assurant la direction en fait de celle-ci. Le Conseil d'État précise les exigences en matière de présence et de responsabilité exercées par l'exploitant (al. 2). En cas d'absence ponctuelle de l'entreprise, l'exploitant doit désigner un remplaçant compétent et l'instruire de ses devoirs. Le remplaçant assume également la responsabilité de l'exploitation (al. 3). L'exploitant répond du comportement adopté par les personnes participant à l'exploitation ou à l'animation de l'entreprise dans l'accomplissement de leur travail (al. 4). L'exploitant ou le propriétaire qui a qualité d'employeur doit respecter les dispositions relatives à la protection sociale des travailleurs et aux conditions de travail en usage à Genève dans son secteur d'activité. Le département peut lui demander en tout temps de signer auprès de l'office l'engagement correspondant (al. 5).

L'art. 40 RRDBHD régleme les obligations de l'exploitant, en particulier celle d'exploitation personnelle et effective au sens des art. 9 let. e et 22 LRDBHD. Il prévoit ainsi que l'exploitant est tenu de gérer l'entreprise de façon personnelle et effective, cette obligation étant réalisée aux conditions cumulatives suivantes (al. 3) : il assume la majorité des tâches administratives liées au personnel de l'établissement (engagement, gestion des salaires, des horaires, des remplacements, etc.) et à la bonne marche des affaires (commandes de marchandises, fixation des prix, composition des menus, contrôle de la caisse, inventaire, etc. ; let. a) ; il assure une présence de quinze heures hebdomadaires au moins au sein de l'établissement concerné, lesquelles doivent inclure les heures d'exploitation durant lesquelles les risques de survenance de troubles à l'ordre public sont accrus (let. b). Un exploitant peut dès lors être autorisé à exploiter trois établissements au maximum, pour autant qu'il n'exerce aucune autre activité professionnelle en parallèle. Sur demande motivée, le service peut, exceptionnellement, autoriser l'exploitation d'un quatrième établissement, à condition qu'au moins deux des établissements exploités se situent sur un site unique et que leurs horaires d'exploitation soient compatibles avec une exploitation personnelle et effective (al. 4).

d. L'ancienne LRDBH prévoyait déjà que l'autorisation d'exploiter était délivrée à condition que l'exploitant 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 (art. 5 al. 1 let. e aLRDBH). Selon l'art. 21 aLRDBH, l'exploitant devait gérer l'établissement de façon personnelle et effective (al. 1). En cas d'absence de l'établissement, il devait désigner un remplaçant compétent et instruit de ses devoirs, devant assumer la responsabilité de l'exploitation (al. 2). Il répondait du comportement adopté par les personnes participant à l'exploitation et à l'animation de l'établissement dans l'accomplissement de leur travail (al. 3).

L'art. 31 al. 1 aRRDBH, intitulé exploitation personnelle et effective, concrétisait ces dispositions, en prévoyant qu'un exploitant pouvait être autorisé à exploiter jusqu'à trois établissements, pour autant que, dans ce cas, il n'exerce aucune autre activité professionnelle. Sur demande motivée de l'exploitant, le service pouvait exceptionnellement l'autoriser à exploiter plus de trois établissements, s'il prouvait qu'il était en mesure d'assurer une exploitation personnelle et effective de chaque établissement. Le service, dans le cadre de sa décision, prenait notamment en compte les critères de l'unicité de l'immeuble dans lequel étaient situés les établissements ou plusieurs d'entre eux (let. a), la simplicité de la gestion des établissements (let. b), les qualifications professionnelles de l'exploitant dans le domaine de la gestion d'établissements visés par la loi (let. c).

e. Selon la jurisprudence, si l'obligation de gérer son établissement de façon personnelle et effective n'interdit pas à l'exploitant de s'absenter quelques heures par jour, voire quelques jours, par exemple pendant les périodes de vacances ou de service militaire, il n'en demeure pas moins qu'il lui est formellement interdit de servir de prête-nom (ATA/92/2016 du 2 février 2016 et les références citées).

Une présence limitée à une heure par jour et à une activité consistant à s'occuper des commandes du restaurant ne remplissent pas les critères légaux et jurisprudentiels d'une gestion personnelle et effective d'un établissement public (ATA/92/2016 précité consid. 6).

- 4) a. L'art. 64 LRDBHD prévoit les mesures en cas de violation de l'interdiction de prête-nom : le département prononce la suspension, pour une durée de trente-six mois, de la validité du diplôme dont le titulaire sert de prête-nom pour l'exploitation d'une entreprise (al. 1). Le département retire l'autorisation d'exploiter et ordonne la fermeture immédiate de l'entreprise, en application de l'art. 61 LRDBHD (al. 2). Le département ne peut entrer en matière sur une nouvelle demande d'autorisation de la personne ayant servi de prête-nom, du propriétaire de l'entreprise ou de toute autre personne qui a eu recours à un prête-nom pendant un délai de trente-six mois à compter du jour où la décision visée à l'al. 2 est entrée en force (al. 3).

D'autres mesures administratives peuvent s'ajouter, à l'instar notamment d'une amende administrative.

Selon l'art. 65 LRDBHD intitulé « amendes administratives », en cas d'infraction à cette loi et à ses dispositions d'exécution, ainsi qu'au conditions des autorisations, le département peut infliger, une amende administrative de CHF 300.- à CHF 60'000.- en sus du prononcé de l'une des mesures prévues aux art. 61, 62 et 64 LRDBHD, respectivement à la place ou en sus du prononcé de l'une des mesures prévues à l'art. 63 LRDBHD (al 1). Si l'infraction a été commise dans la gestion d'une personne morale, d'une société en commandite, d'une société en nom collectif ou d'une entreprise en raison individuelle, la sanction de l'amende est applicable aux personnes qui ont agi ou auraient dû agir en son nom. La personne morale, la société ou le propriétaire de l'entreprise individuelle répondent solidairement des amendes. La sanction est applicable directement aux sociétés ou entreprises précitées lorsqu'il n'apparaît pas de prime abord quelles sont les personnes responsables (al. 2).

b. Il ressort des travaux préparatoires ayant mené à l'adoption de la LRDBHD que l'un des buts de la refonte était de renforcer l'interdiction de la pratique du prête-nom, laquelle, répandue mais inacceptable, devait être plus efficacement combattue au moyen de sanctions plus lourdes (exposé des motifs relatif au PL 11'282, p. 44). Une telle pratique permettait d'obtenir frauduleusement des autorités compétentes une autorisation induue, en vue de contourner l'un des piliers de la loi, à savoir le régime d'autorisation qui supposait que seule une personne formée et détentrice du diplôme prévu par la loi exploitât effectivement l'entreprise autorisée (exposé des motifs relatif au PL 11'282, p. 76). En lien avec l'interdiction de la pratique du prête-nom a été évoquée la question de l'exploitation de plusieurs établissements par une seule et même personne, et les dérives à laquelle une telle situation pouvait conduire, étant donné la difficulté de l'exercice. Entendue, la représentante du département concerné a indiqué que le nombre d'établissements exploitables n'était pas précisé dans la loi, mais dans le règlement d'exécution de celle-ci et qu'il était toutefois loisible aux députés de le fixer dans la LRDBHD (rapport de la commission de l'économie chargée d'étudier le projet de LRDBHD, PL 11'282-1-A, p. 9 ; ATA/262/2018 du 20 mars 2018 consid. 4).

Lesdits travaux préparatoires relèvent que l'art. 9 al. 1 let. e LRDBHD prévoit l'une des mesures de lutte contre la pratique des prête-noms, qui empêche toute personne qui a eu recours à un prête-nom ou qui a servi de prête-nom, en mettant frauduleusement son diplôme à disposition d'un gérant démuné de ce titre, de requérir durant trente-six mois une autorisation d'exploiter une entreprise soumise à la LRDBHD (PL 11'282 p. 53).

Dans sa jurisprudence récente, la chambre de céans a retenu, en application de la LRDBHD, qu'une décision de révocation de l'autorisation d'exploiter en cas de violation de l'interdiction de servir de prête-nom, était conforme à la volonté du

législateur de renforcer l'interdiction de cette pratique (ATA/1214/2018 du 13 novembre 2018 consid. 2d).

5) Les amendes administratives prévues par les législations cantonales sont de nature pénale, car aucun critère ne permet de les distinguer clairement des contraventions pour lesquelles la compétence administrative de première instance peut, au demeurant, aussi exister. C'est dire que la quotité de la sanction administrative doit être fixée en tenant compte des principes généraux régissant le droit pénal (ATA/1024/2016 du 6 décembre 2016 et les références citées ; Pierre MOOR/Étienne POLTIER, Droit administratif : les actes administratifs et leur contrôle, vol. 2, 2011, ch. 1.4.5.5 p. 160 s).

6) a. Selon l'art. 60 LRDBHD, le département est l'autorité compétente pour décider des mesures et sanctions relatives à l'application de la LRDBHD. Sont réservées les dispositions spéciales de la LRDBHD qui désignent d'autres autorités, de même que les mesures et sanctions prévues par d'autres lois et règlements qui relèvent notamment des domaines visés à l'art. 1 al. 4 LRDBHD (al.1). Tout rapport établi par la police, ou par tout autre agent de la force publique habilité à constater les infractions à la LRDBHD, est transmis sans délai au département (al. 2).

L'art. 3 RRDBHD précise encore que le département de la sécurité, de l'emploi et de la santé (ci-après : DSES) est chargé de l'application de la LRDBHD et du RRDBHD (al. 1). Il délègue cette compétence au PCTN (al. 2). Les compétences attribuées aux autorités de police et autres autorités mentionnées dans la LRDBHD et/ou dans le RRDBHD sont réservées (al. 3).

b. S'agissant du contrôle des établissements, l'art. 46 LRDBHD prévoit notamment que le PCTN procède à des contrôles réguliers (al. 1). Il s'assure que l'exploitation est dûment autorisée, que les conditions légales et réglementaires, ainsi que les conditions d'exploitation, sont respectées par les exploitants (al. 2). Les autorités de la police cantonale et les agents de police municipale ont les compétences de contrôle visées à l'art. 46 al. 2 LRDBHD (al. 5). Sur demande du PCTN, ils procèdent, en outre, à des contrôles ciblés (al. 6).

En cas de constat d'infraction, le PCTN prononce les mesures et sanctions administratives visées aux art. 61 et ss LRDBHD après avoir entendu l'administré. L'art. 43 LPA est réservé (art. 60 RRDBHD).

c. Selon l'art. 19 LPA, l'autorité établit les faits d'office. Elle n'est pas limitée par les allégués et les offres de preuve des parties. Elle réunit les renseignements et procède aux enquêtes nécessaires pour fonder sa décision (art. 20 al. 1 LPA ; ATA/263/2016 du 22 mars 2016 consid. 7).

7) En l'espèce, le recourant soutient être le véritable exploitant du « C_____ », et reproche à la décision attaquée d'avoir méconnu les faits qui l'établissent.

a. Le recourant est locataire de deux espaces, pour lesquels il explique payer un loyer unique, ainsi que, à tempérament, le prix du rachat du fonds de commerce au précédent propriétaire.

b. Les deux espaces sont séparés et possèdent des accès distincts, même s'il est possible de passer de l'un à l'autre – Mme B_____ a indiqué que le recourant avait la clé pour entrer au « C_____ ».

c. Les deux espaces possèdent des superficies et des aménagements différents, ils sont exploités selon des horaires différents (04h00-15h00 vs. 17h00-02h00) et pour des activités différentes (restaurant vs. bar à champagne).

d. Le recourant a demandé et obtenu des autorisations distinctes pour chacun des deux espaces, à son nom et compte tenu du fait qu'il possédait le diplôme de cafetier-restaurateur.

e. Il n'est pas contesté que le recourant a remis à Mme B_____ le « C_____ » en gérance.

f. Juridiquement, la gérance implique la responsabilité de l'exploitation. Le recourant a lui-même admis lorsqu'il a été interrogé pour la première fois qu'il avait remis en gérance car il était dans l'incapacité d'exploiter lui-même. Mme B_____ a pour sa part inscrit une raison individuelle ayant pour objet l'exploitation du « C_____ ». Le recourant se dit employé de Mme B_____, pour un salaire de CHF 1'500.- par mois, or le statut de travailleur comporte un lien de subordination à l'employeur, et dans le cas d'espèce où l'employeur est constamment présent celui-ci ne peut apparaître que comme dirigeant effectivement l'entreprise. Enfin, le recourant et Mme B_____ étaient en pourparlers pour la reprise du « C_____ » par cette dernière, et Mme B_____ préparait le certificat de cafetier-restaurateur.

g. Économiquement, Mme B_____ paye les charges d'exploitation, consistant en le loyer, le salaire du recourant ainsi que les achats de boissons (avec sa carte Maestro). Le revenu de Mme B_____ correspond au bénéfice d'exploitation, et d'éventuelles pertes sont prises en charge par Mme B_____. Le fait que le recourant prévoie de payer le loyer à la bailleuse en cas de défaut de Mme B_____ s'explique probablement par le fait qu'il apparaît comme locataire des deux espaces et débiteur unique face à celle-ci et doit éviter la résiliation du bail — rien n'indiquant par ailleurs que la charge ne serait pas dans cette hypothèse également supportée *in fine* par Mme B_____. L'hypothèse d'un défaut de Mme B_____ sur le paiement des boissons apparaît quant à lui très

improbable vu l'utilisation de sa propre carte de débit pour des achats au comptant. Il est ainsi établi que Mme B_____ assume le risque économique de l'entreprise.

h. Les plans montrent que le « C_____ » dispose d'un espace restreint agencé en bar avec quelques tabourets et une table basse. Seule Mme B_____ y travaille, et le recourant indique que s'agissant d'un bar à champagne les clients se tournent vers une femme exclusivement.

i. Les éléments concourent ainsi pour établir que le « C_____ » est bien depuis le début l'entreprise de Mme B_____ exclusivement, ce qui explique sans doute pourquoi c'est elle qui choisit les boissons proposées à ses clients, si ce n'est également la décoration.

j. Le fait qu'aucune demande de réattribution de l'autorisation à Mme B_____ d'exploiter le « C_____ » n'ait été formée jusqu'ici pourrait s'expliquer par des difficultés de trésorerie de celle-ci pour racheter au comptant le fonds de commerce, par le fait qu'elle ne dispose pas (encore) du diplôme, ou encore par les réticences du recourant tenant au bail unique, voire au revenu de CHF 2'500.- que lui procure actuellement la remise de la gérance du bar – lequel finance les mensualités du rachat du pas-de-porte et pourrait par ailleurs correspondre pour Mme B_____ au paiement à tempérament de l'acquisition de la propriété du « C_____ ».

k. Certes, tant le recourant que Mme B_____ ont déclaré que le recourant était présent au moins quinze heures par semaine au bar. Ce fait, fût-il avéré, ne suffirait pas à lui seul, face aux éléments contraires pris en compte aux paragraphes précédents, à établir que le recourant, et non Mme B_____, était le véritable exploitant du « C_____ ».

l. Ainsi, c'est à bon droit que la décision attaquée retient que c'était Mme B_____ et non le recourant qui jouissait des locaux et installations du « C_____ » et en assumait l'entière responsabilité, et partant l'exploitation, et que le recourant a accepté d'apparaître comme prête-nom en faveur de celle-ci.

8. Le recourant se plaint de la durée de la suspension de la validité de son diplôme.

a. Le principe de la proportionnalité se compose des règles d'aptitude – qui exige que le moyen choisi soit propre à atteindre le but fixé –, de nécessité – qui impose qu'entre plusieurs moyens adaptés, on choisisse celui qui porte l'atteinte la moins grave aux intérêts privés – et de proportionnalité au sens étroit – qui met en balance les effets de la mesure choisie sur la situation de l'administré et le résultat escompté du point de vue de l'intérêt public (ATF 125 I 474 consid. 3 p. 482 ; Arrêt du Tribunal fédéral 1P. 269/2001 du 7 juin 2001 consid. 2c).

b. Cela étant, lorsqu'elle ne dispose d'aucun pouvoir d'appréciation, l'administration doit respecter les injonctions du législateur et la violation du principe de proportionnalité ne peut être invoquée (JAAC 2005/69 n° 15, CRC ; ATF 136 II 405, 413 ; TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2^e édition, n° 558).

c. En l'espèce la durée de la suspension est prévue par l'article 64 al. 1 LRDBHD, qui, sous la note marginale « Mesures en cas de violation de l'interdiction de prête-nom », dispose que « le département prononce la suspension, pour une durée de trente-six mois, de la validité du diplôme dont le titulaire sert de prête-nom pour l'exploitation d'une entreprise ».

La quotité de la durée de la suspension est ainsi arrêtée par la loi, l'autorité ne dispose d'aucune marge de manœuvre et le principe de proportionnalité ne peut être invoqué.

d. Cela étant, si la durée de la suspension peut paraître sévère, celle-ci sanctionne l'infraction de prête-nom, que la loi considère comme la plus grave, et elle n'empêche pas par ailleurs le recourant d'exercer sous d'autres fonctions ses compétences professionnelles dans le secteur de la restauration.

9. En tous points mal fondé, le recours sera rejeté.
10. Un émoulement de procédure de CHF 1'000.- sera mis à la charge du recourant, et aucune indemnité de procédure ne sera allouée vu l'issue du recours.

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 5 avril 2019 par M. A_____ contre la décision du service de police du commerce et de lutte contre le travail au noir du 5 mars 2019 ;

au fond :

le rejette ;

met à la charge de M. A_____ un émoulement de procédure de CHF 1'000.- ;

dit qu'aucune indemnité de procédure n'est due ;

dit que conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification par-devant le Tribunal fédéral, par la voie du recours en matière de droit public ; le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire ; il doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

communique le présent arrêt à Me Pierre Ochsner, avocat du recourant, ainsi qu'au service de police du commerce et de lutte contre le travail au noir.

Siégeant : M. Verniory, président, MM. Pagan et Mascotto, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière-juriste :

F. Cichocki

le président siégeant :

J.-M. Verniory

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :