

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1417/2019-EXPLOI

ATA/82/2020

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 28 janvier 2020

En section

dans la cause

Mme A_____

représentée par Me Mathias Buhler, avocat

contre

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

EN FAIT

1. La procédure A/1417/2019 oppose Mme A_____ au service de police du commerce et de lutte contre le travail au noir (ci-après : PCTN).

Une procédure parallèle A/1416/2019 oppose M. B_____ au PCTN dans le cadre du même complexe de faits.

Mme A_____ et M. 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 avait mis M. B_____ 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. B_____ 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 A_____ 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 A_____ 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. B_____ 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. B_____ avait appelé l'auteur du contrôle pour lui confirmer les propos de Mme A_____, 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 Mme A_____ une copie du rapport et l'a informée qu'il projetait de prononcer à son encontre une sanction et/ou une mesure administrative, car elle avait exploité effectivement l'établissement « C_____ » sans avoir obtenu au préalable une autorisation du PCTN et alors que M. B_____ lui servait de prête-nom.
8. Sous la plume de son avocat, Mme A_____ s'est déterminée le 11 décembre 2018.

Le « C_____ » et « F_____ » avaient en commun la porte d'entrée, les escaliers menant au sous-sol, les toilettes et un dépôt.

Mme A_____ était gérante libre du « C_____ » et avait pour objectif d'en devenir l'exploitante. Elle avait malheureusement échoué à sa première tentative d'obtenir le diplôme de cafetier-restaurateur, et s'inscrivait à la seconde tentative en mai 2019.

M. B_____ était au courant et restait l'exploitant effectif de l'établissement le temps pour Mme A_____ d'obtenir sa patente et d'être en mesure de reprendre l'exploitation du « C_____ ».

M. B_____ était en mesure de gérer les deux établissements vu leur contiguïté.

Une requête de changement de propriétaire suivrait dès que possible. Mme A_____ était déjà en possession de tous les documents, et attendait encore son certificat de bonne vie et mœurs.

Mme A_____ indiquait réaliser un revenu de CHF 2'800.- par mois, et bénéficier d'une aide au logement de CHF 554.-. Elle avait, seule, la charge d'une fille mineure.

9. Un contrôle effectué par le PCTN le 6 février 2019 à 17h45 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 A_____.
10. Par courrier du 5 mars 2019, le PCTN a constaté que Mme A_____ avait eu recours à un prête-nom et lui a infligé une amende administrative de CHF 1'500.-.

Mme A_____ était l'exploitante du « C_____ ». L'exploitation de cet établissement nécessitait un diplôme, qu'elle n'avait pas.

Quant à M. B_____, il ne pouvait soutenir être l'exploitant. La présence dans l'établissement supérieure à quinze heures hebdomadaires qu'il alléguait et la supervision des commandes de marchandises ne suffisaient pas pour établir l'exploitation de l'établissement au sens de la loi.

En fait, M. B_____ avait servi de prête-nom à Mme A_____.

11. Par acte mis à la poste le 5 avril 2019, Mme A_____ a recouru contre la décision du PCTN du 5 mars 2019.

M. B_____, propriétaire et exploitant du « F_____ » et du « C_____ », lui avait remis la gérance du « C_____ » à compter de juin 2018.

Mme A_____ projetait d'obtenir le diplôme de cafetier-restaurateur et de reprendre l'exploitation du « C_____ ». Elle avait échoué à la session des 4 et 5 mai 2017, et projetait de tenter sa chance à nouveau à la session de mai 2019. Dans l'intervalle, M. B_____ continuait d'assurer l'exploitation personnelle et effective du bar.

M. B_____ assurait sa présence au sein de l'établissement au minimum quinze heures par semaine, effectuait toutes les démarches administratives, et notamment la fixation des prix, la composition du menu des boissons, le réapprovisionnement de l'établissement et le contrôle de la caisse.

M. B_____ permettait à Mme A_____ de l'assister dans ces tâches pour qu'elle se familiarise avec le métier. Mme A_____ était autorisée à remplacer M. B_____ pendant ses absences, et elle était instruite de toutes ses obligations. Il n'y avait pas d'autre employé vu la surface d'exploitation de 14 m².

La visite du PCTN du 17 novembre 2018 n'avait pas abouti au constat qu'il y avait un prête-nom. Mme A_____ avait déclaré à l'inspecteur qu'elle gérait l'établissement depuis juin 2018 et que M. B_____ était resté l'exploitant.

Les défauts d'affichage avaient été corrigés dans le délai imparti par l'inspecteur.

Mme A_____ avait été surprise par la lettre du 29 novembre 2018 annonçant le constat d'un prête-nom.

Au terme du second contrôle du 6 février 2019, l'inspecteur avait dit devant le témoin, M. G_____, que tout était en ordre, mais curieusement la décision attaquée retenait le prête-nom.

Les faits avaient été établis de manière incomplète et inexacte. Lors du second contrôle, l'inspecteur n'avait pas examiné la question du prête-nom, et la décision attaquée n'en tenait pas compte. Mme A_____ contestait par ailleurs avoir expliqué lors du premier contrôle qu'elle était l'exploitante.

La sanction, extrêmement lourde et infondée, devait être annulée.

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

Au terme du contrat de gérance. La recourante supportait les risques de la gestion. Aucune preuve n'était apportée que M. B_____ respectait ses obligations. Aucune requête en autorisation suite au changement de propriétaire n'avait été déposée. M. B_____ lui-même avait expliqué avoir remis l'établissement en gérance car il ne pouvait pas l'exploiter.

La recourante ne s'était présentée ni aux examens de novembre 2018 ni à ceux de mai 2019 pour obtenir le diplôme de cafetier-restaurateur.

Les faits avaient été constatés de manière régulière dans deux rapports, et il n'appartenait pas aux inspecteurs sur le terrain de qualifier une infraction de prête-nom.

Il était établi que le « C_____ » était exploité en pratique par Mme A_____ et non par M. B_____.

13. Le 20 septembre 2019, le juge délégué a entendu les parties ainsi que MM. B_____ et G_____, en qualité de témoins.

La recourante a déclaré que le « C_____ » proposait des boissons y compris alcooliques. Si un client voulait manger, il commandait et elle allait chercher le plat au « F_____ ». Les horaires étaient de 18h00 à 02h00 du lundi au samedi. M. B_____ était présent trois heures par jour, et ne venait pas le samedi. Par gérante elle entendait que c'était elle qui gérait le bar et la clientèle, et qui prenait les risques financiers, c'est-à-dire qu'elle était gérante libre, et assumait les pertes et les déficits, et encaissait les bénéfices. Elle faisait la caisse, et M. B_____ la contrôlait le lendemain. M. B_____ passait commande des marchandises et fixait le prix des boissons. Le contrat de gérance était oral. Elle n'avait jamais été malade, et lors de sa seule absence le bar avait été fermé. Si elle devait être remplacée elle engagerait elle-même quelqu'un, avec l'accord de M. B_____. Elle était titulaire de l'entreprise individuelle « A_____, H_____ », dont elle assumait les profits et les risques. L'inscription officialisait la situation antérieure. Elle contestait exploiter le « C_____ » mais en assumait les charges financières. Le « C_____ » était titulaire d'une carte Maestro I_____, au débit de son compte, soit une rubrique dédiée au « C_____ ». Elle vivait des revenus du bar, lesquels n'étaient pas fixes, mais oscillaient entre CHF 3'500.- et 2'500.- par mois après déduction des CHF 2'500.- qu'elle versait à M. B_____ pour le loyer (CHF

1'000.-) et son salaire (CHF 1'500.-). Elle s'était en effet annoncée à l'OCAS pour le paiement des charges sociales. Elle avait signé la fiche de contrôle du 6 février 2019. Elle avait commencé à préparer avec M. B_____ une demande de changement de propriétaire après le premier contrôle du PCTN en novembre 2018 mais les travaux avaient été suspendus dans l'attente du résultat de la procédure car il fallait réunir beaucoup de papiers. Ils ne voulaient pas changer l'exploitant.

Entendu en qualité de témoin, M. B_____ a déclaré que Mme A_____ était la gérante du bar, car elle payait le loyer et gérait la clientèle et le payait comme exploitant. Il allait lui-même acheter les boissons et le matériel avec l'argent de Mme A_____. Mme A_____ était toujours présente et si elle était absente pour une courte durée elle fermait le bar. C'était lui et lui seul qui était le patron du bar. En cas de risque énorme, tout était à son nom et c'était lui qui assumait pleinement toutes les responsabilités. Le bail de dix ans à l'égard du « F_____ » et du « C_____ » était à son nom. Il assumait ses responsabilités pour les impôts, la taxe du domaine public, pour toutes les factures. Il avait été employé du « F_____ » depuis 1998. Il avait choisi lui-même Mme A_____. Le contrat de gérance était oral. Les marchandises étaient achetées séparément pour le restaurant et le bar, celles du bar étaient payées avec la carte de Mme A_____. Ses charges sociales n'étaient pas encore déduites de son salaire. Personne ne mangeait au bar et aucune nourriture n'était apportée au bar depuis le restaurant. Les horaires du bar étaient 17h00-02h00 et il lui arrivait de demander des dérogations. S'il avait mis le bar en gérance c'était dans la continuité de ses prédécesseurs, afin de se concentrer sur le restaurant et être « tranquille » avec le bar. Mme A_____ lui versait le même montant de CHF 2'500.- chaque mois, qu'il y ait des pertes ou des bénéfices. Mme A_____ gérait le bar, était responsable de celui-ci quand il n'était pas là. Elle cherchait la clientèle et faisait tout pour que cela fonctionne. Elle était pour lui comme une employée même si elle lui payait le loyer. C'était lui le patron derrière, l'exploitant. Il n'avait pas du tout envie de lui céder son exploitation. Au dernier contrôle, il s'était présenté à l'inspecteur comme l'exploitant et ce dernier lui avait dit qu'il n'avait pas besoin de lui.

Entendu en qualité de témoin, M. G_____ a déclaré qu'il était un ami de Mme A_____, qu'il l'avait aidée pour la décoration sans être rémunéré et qu'il était au courant du litige. Quand il allait au bar, il y avait Mme A_____ et M. B_____. Il avait plus de contacts avec Mme A_____ mais M. B_____ était devenu un ami. Il était présent lors de la visite du 6 février 2019 mais n'avait pas écouté la conversation entre Mme A_____ et l'inspecteur. Quand il venait pour faire la décoration, M. B_____ donnait son avis. Il supposait qu'en cas d'un éventuel changement de moquettes entre les deux établissements ou s'agissant des WC et de la partie commune, ce serait M. B_____ qui prendrait la décision, S'agissant de la décoration du bar (esthétique, prix de la décoration, soit éléments mobiles, posters, vases, autres accessoires), c'était Mme A_____ qui avait décidé sans intervention de

M. B____. M. B____ était intervenu pour l'électricité pour s'assurer que c'était conforme aux normes. C'était M. B____ qui prenait les décisions plus importantes concernant la ventilation, l'évacuation de l'eau du lave-vaisselle, l'électricité. Pour la ventilation, Mme A____ avait rapporté un problème à M. B____, qui lui avait dit qu'il s'en occuperait avec la régie.

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

Le recours devait être rejeté.

Mme A____ avait confirmé à plusieurs reprises qu'elle assumait le risque économique. M. B____ avait expliqué qu'il mettait le bar en gérance pour se concentrer sur le restaurant. En cas de gérance, le propriétaire était le gérant, et il lui appartenait d'obtenir lui-même une autorisation.

15. Le 25 novembre 2019, la recourante a produit ses observations finales.

Le recours devait être admis.

L'instruction avait démontré que Mme A____ était la gérante mais que M. B____ était resté le propriétaire et l'exploitant.

Aucun élément ne permettait au PCTN de conclure qu'il y avait prête-nom.

Le 9 décembre 2019, la recourante a encore ajouté qu'elle se contentait d'indiquer à M. B____ quelles boissons devaient être achetées, mais que c'était ce dernier qui décidait et achetait. Par ailleurs, aucun employé n'avait été engagé et la question de savoir qui engageait restait purement théorique.

16. Le 11 décembre 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 service de police du commerce et de lutte contre le travail au noir du 5 mars 2019 constatant que Mme A____ avait eu recours à un prête-nom et lui infligeant une amende administrative de CHF 1'500.-.

- 3) a. Le 1^{er} janvier 2016 est entrée 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 (LRDBH - I 2 21) ainsi que le règlement d'exécution de la LRDBH du 31 août 1988 (RRDBH - 1 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 régit 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 de 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, la recourante se plaint que la seconde inspection n'a pas porté sur le prête-nom, de sorte que les éléments manqueraient pour établir une infraction de ce type.

L'autorité intimée a expliqué s'être fondée sur les éléments recueillis par ses agents lors de deux inspections, et en particulier sur les déclarations des parties.

Ces éléments apparaissent amplement suffisants pour fonder une décision, comme on verra plus loin.

- 8) La recourante soutient que M. B_____ est le véritable exploitant du « C_____ », et reproche à la décision attaquée d'avoir méconnu les faits qui l'établissent.

a. M. B_____ 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 – la recourante 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. M. B_____ 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 M. B_____ a remis à la recourante le « C_____ » en gérance.

f. Juridiquement, la gérance implique la responsabilité de l'exploitation. M. B_____ 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. La recourante a pour sa part inscrit une raison individuelle ayant pour objet l'exploitation du « C_____ ». M. B_____ se dit employé de la recourante, 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. La recourante affirme en outre qu'elle engagerait elle-même un (autre) employé. C'est également la recourante qui décide seule de la décoration du bar – les problèmes conséquents impliquant la régie étant pris en charge par M. B_____, ce qui semble logique vu son statut de locataire. Enfin, M. B_____ et la recourante étaient en pourparlers pour la reprise du « C_____ » par cette dernière, et la recourante préparait le certificat de cafetier-restaurateur.

g. Économiquement, la recourante paye les charges d'exploitation, consistant en le loyer, le salaire du recourant ainsi que les achats de boissons (avec sa carte Maestro) et les frais de décoration. Le revenu de la recourante correspond au bénéfice d'exploitation, et d'éventuelles pertes sont prises en charge par la recourante. Le fait que M. B_____ prévoie de payer le loyer à la bailleuse en cas de défaut de la recourante s'explique 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 (M. B_____ évoque un « risque énorme ») – rien n'indiquant par ailleurs que la charge ne serait pas dans cette hypothèse également supportée *in fine* par la recourante. L'hypothèse d'un défaut de la recourante 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. La recourante et M. B_____ reconnaissent que les achats du restaurant et du bar sont séparés. Le paiement des impôts par M. B_____ a été évoqué mais pas allégué explicitement ni documenté. Il est ainsi établi que Mme A_____ 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 la recourante y travaille, et le recourant indique que s'agissant d'un bar à champagne les clients se tournent vers une femme exclusivement. La recourante choisit par ailleurs elle-même les boissons proposées à ses clients. M. B_____ a indiqué des horaires d'ouverture de 17h00 à 02h00 avec des dérogations, alors que la recourante a indiqué des horaires de 18h00 à 02h00. Cette divergence pourrait suggérer que c'est la recourante qui maîtrise un élément central de l'exploitation du bar, soit l'horaire.

i. Les éléments concourent ainsi pour établir que le « C_____ » est bien depuis le début l'entreprise de Mme A_____ exclusivement.

j. Le fait qu'aucune demande de réattribution de l'autorisation à Mme A_____ 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 toujours pas du diplôme, ou encore par les réticences de M. B_____ 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 A_____ au paiement à tempérament de l'acquisition de la

propriété du « C_____ », ce qui expliquerait aussi que M. B_____ ait contredit la recourante et affirmé qu'il n'entendait pas lui céder son exploitation.

k. Certes, tant la recourante que M. B_____ ont déclaré que ce dernier 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 M. B_____, et non la recourante, était le véritable exploitant du « C_____ ».

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

9) La recourante se plaint du caractère exagérément sévère de la sanction.

a. L'article 65 al. 1 LRDBHD dispose qu'en cas d'infraction à la loi et à ses dispositions d'exécution, ainsi qu'aux 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, respectivement à la place ou en sus du prononcé de l'une des mesures prévues à l'art. 63.

b. 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/1599/2019 du 29 octobre 2019 consid. 12b ; ATA/1411/2017 du 17 octobre 2017 consid. 6b et les références citées).

En vertu de l'art. 1 let. a de la loi pénale genevoise du 17 novembre 2006 (LPG - E 4 05), les dispositions de la partie générale du Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP - RS 311.0) s'appliquent à titre de droit cantonal supplétif. On doit cependant réserver celles qui concernent exclusivement le juge pénal (ATA/319/2017 du 21 mars 2017 consid. 3d et les références citées).

Il est ainsi nécessaire que le contrevenant ait commis une faute, fût-ce sous la forme d'une simple négligence. Selon la jurisprudence constante, l'administration doit faire preuve de sévérité afin d'assurer le respect de la loi et jouit d'un large pouvoir d'appréciation pour infliger une amende. La juridiction de céans ne la censure qu'en cas d'excès ou d'abus. Enfin, l'amende doit respecter le principe de la proportionnalité (art. 36 al. 3 Cst. ; ATA/1249/2019 du 13 août 2019 consid. 5c et les références citées).

L'autorité qui prononce une mesure administrative ayant le caractère d'une sanction doit également faire application des règles contenues aux art. 47 ss CP (principes applicables à la fixation de la peine), soit tenir compte de la culpabilité de l'auteur et prendre en considération, notamment, les antécédents et la situation personnelle de ce dernier (art. 47 al. 1 CP). La culpabilité est déterminée par la gravité de la lésion ou de la mise en danger du bien juridique concerné, par le caractère répréhensible de l'acte, par les motivations et les buts de l'auteur et par la mesure dans laquelle celui-ci aurait pu éviter la mise en danger ou la lésion, compte tenu de sa situation personnelle et des circonstances extérieures (art. 47 al. 2 CP ; ATA/319/2017 précité consid. 3d et les références citées).

c. Dans le cas présent, il résulte des considérations qui précèdent que les manquements reprochés à la recourante sont effectivement réalisés et constituent des fautes passibles d'une amende administrative. Celle-ci est donc fondée dans son principe.

Le département n'a pas abusé de son pouvoir d'appréciation en infligeant à la recourante une amende à hauteur de CHF 1'500.-, sachant que le plafond s'élève à CHF 60'000.-. L'amende apparaît justifiée dans sa quotité, compte tenu du fait que le recours à un prête-nom reproché à la recourante est l'infraction considérée par la loi comme la plus grave.

d. Le fait que le prononcé de l'amende constitue par la suite un obstacle temporaire à la délivrance d'une autorisation ne constitue pas en soi une sanction, et n'a pas à être examiné sous l'angle de la proportionnalité.

Il est observé que ni la liberté ni la capacité économique de la recourante ne sont atteintes de manière disproportionnée, celle-ci conservant la possibilité de faire valoir ses compétences professionnelles dans l'économie de la restauration et du débit de boisson sous une autre position.

9. En tous points mal fondé, le recours sera rejeté.

10. Un émoulement de procédure de CHF 1'000.- sera mis à la charge de la recourante, et aucune indemnité de procédure ne sera allouée vu l'issue du recours (art. 87 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 9 avril 2019 par Mme 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 Mme A_____ un émolument de procédure de CHF 1'000.- ;

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

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 Mathias Buhler, avocat de la recourante, 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 :