RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1440/2023-EXPLOI **ATA/1128/2023**

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 12 octobre 2023

2ème section

dans la cause

A_____ SA
B_____ **recourants**
représentés par Me Christophe GAL, avocat

contre

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

EN FAIT

A. **a.** A_____ SA (ci-après : A_____), ayant son siège à Genève et inscrite au registre du commerce le 19 septembre 2012, a pour but l'exploitation de tout établissement public, hôtel, café, brasserie et restaurant, les participations à toute entreprise, tous services et conseils en matière de reprise de commerce, la constitution, administration, gestion et liquidation de sociétés et entreprises. Elle a pour administrateur depuis sa fondation C_____ et pour directeur depuis le 15 octobre 2021 B_____.

Elle est propriétaire du café restaurant « D_____ » (ci-après : « D_____ » ou l'établissement), qui occupe une arcade au _____, quai E_____, qu'elle loue à la SOCIÉTÉ IMMOBILIÈRE F_____ SA (ci-après : F_____), propriétaire de l'immeuble.

b. G_____ SA (ci-après : G_____), ayant son siège à H_____, est inscrite au registre du commerce de H_____ depuis le 14 novembre 1997, et a pour but la gestion et l'exploitation d'établissements publics et de loisirs, tels que cafés, restaurants, bars ou autres dancings, tous conseils en matière d'organisation, de gestion financière dans le domaine de la restauration et de l'hôtellerie. Elle a pour administrateur depuis le 29 novembre 2021 I_____. B_____ apparaissait comme directeur du 24 mars 2022 au 8 août 2023.

c. B_____ s'est vu délivrer le 24 novembre 2021 par le service de police du commerce et de lutte contre le travail au noir (ci-après : PCTN) l'autorisation d'exploiter « D_____ ».

d. Le 8 mars 2022, le PCTN a informé B_____ que le 3 mars 2022 lui avait été remis la copie du procès-verbal d'une séance du conseil d'administration de A_____ SA du même jour, d'où il ressortait qu'il avait été licencié et qu'une réquisition en vue de sa radiation avait été adressée au registre du commerce.

Il n'avait pas annoncé qu'il n'exploitait plus « D_____ » et le PCTN envisageait de révoquer son autorisation d'exploiter.

e. Il ressort du procès-verbal annexé par le PCTN à son courrier du 8 mars 2022 que J_____ devrait remplacer B_____ au poste d'exploitant de l'établissement.

f. Le 16 mars 2022, la fiduciaire K_____ Sàrl a adressé au PCTN un formulaire G de changement de propriétaire indiquant B_____ comme exploitant, A_____ SA comme propriétaire et « L_____ » comme enseigne.

G_____ SA et I_____ disposaient d'une autorisation d'exploiter l'établissement de la part de F_____ dans l'attente du « contrat de bail définitif ».

g. Le 25 mars 2022, sous la plume de Me Christophe GAL, A_____ a indiqué au PCTN que son conflit avec B_____ était résolu. Le taux d'activité de celui-ci avait été augmenté et représentait un plein temps. La documentation déposée le 3 mars 2022 n'avait pas été mise en œuvre. A_____ avait renoncé à la révocation des pouvoirs de B_____, lequel n'avait jamais cessé d'exploiter l'établissement. Il n'y avait donc pas lieu de révoquer son autorisation d'exploiter.

h. Le même jour, B_____ a confirmé au PCTN qu'il était resté en pourparlers avec A_____, n'avait jamais cessé d'exploiter l'établissement et qu'un accord avait récemment été trouvé. Il s'opposait à la révocation de son autorisation d'exploiter.

i. Le 11 avril 2022, G_____ a indiqué au PCTN qu'elle n'était pas le nouveau propriétaire de l'établissement. Le nom de A_____ était resté sur la vitrine. Elle communiquait le contrat principal conclu entre A_____ et elle-même le 1er octobre 2021, au terme duquel elle exploitait légalement l'établissement. Au vu de ce contrat et des démarches accomplies par A_____, elle n'exploitait pas l'établissement sans autorisation préalable du PCTN. Ce dernier était prié de confirmer qu'il ne prononcerait pas les mesures annoncées le 8 mars 2022 et que l'établissement pouvait rester ouvert.

j. Il ressort du contrat de société du 1er octobre 2021 annexé par G_____ à son courrier du 11 avril 2022 que A_____ demeurait propriétaire de l'établissement mais souhaitait s'associer avec G_____ dans son exploitation, et qu'elle avait engagé B_____ comme exploitant. Elle s'obligeait à l'employer en cette qualité durant toute la durée du contrat. G_____ apportait et rémunérait le personnel de direction et d'exploitation, son savoir-faire, les outils nécessaires à la gestion et un fonds de roulement de CHF 60'000.-. La direction de l'établissement revenait à l'exploitant en collaboration avec G_____. Les produits d'exploitation étaient versés sur un compte commun des parties sur lequel l'exploitant aurait la signature individuelle. Ils servaient dans l'ordre à payer le loyer et les frais annexes, le salaire de l'exploitant, les salaires du personnel, les factures. Tout bénéfice était réparti par moitié entre A_____ et G_____, mais les pertes étaient supportées par G_____. Le contrat était conclu pour une durée de 15 mois échéant le 31 décembre 2022, reconductible.

Selon l'avenant n° 1 à ce contrat, du 1er octobre 2021, le produit d'exploitation devait servir en troisième lieu à acquitter en mains de A_____ la redevance mensuelle de CHF 20'000.- (CHF 30'000.- pour la première échéance à fin décembre 2021), en échange de laquelle A_____ renonçait à toute participation au bénéfice. La contribution de G_____ de CHF 60'000.- intervenait en garantie du paiement de cette redevance et serait libérée en faveur de A_____ le jour de la remise du fonds de commerce, mais au plus tard le 5 octobre 2021. Elle devrait être remboursée au gérant s'il était empêché d'exploiter l'établissement plus de trois mois.

k. Le 12 avril 2022, le PCTN a invité A_____ à lui faire tenir au 29 avril 2022 au plus tard l'avenant au contrat de travail de B_____ et le procès-verbal attestant la révocation de la décision de son conseil d'administration du 3 mars 2022.

l. Le 29 avril 2022, A_____ a transmis ces documents.

m. Il ressort de l'avenant au contrat de travail que B_____ travaillait depuis le 1er mars 2022 à 100% avec un salaire brut de CHF 6'657.- douze fois l'an, les autres dispositions du contrat du 1er octobre 2021 demeurant inchangées.

n. Le 30 mai 2022, le PCTN a annoncé à B_____ son intention de révoquer son autorisation.

Il ressortait du contrat du 1er octobre 2021 qu'un changement de propriétaire était intervenu. A_____ n'était à tout le moins plus l'unique propriétaire dès lors qu'G_____ et I_____ en étaient les gérants. F_____, propriétaire des murs, avait attesté qu'G_____ était autorisée à exploiter l'établissement personnellement et pour son propre compte exclusivement. Vu le changement de propriétaire, le PCTN ne pouvait considérer qu'il avait été valablement désigné comme exploitant.

o. Le 1er juin 2022, A_____ a indiqué au PCTN qu'elle contestait le contenu de son courrier du 30 mai 2022 à B_____ et se déterminerait plus amplement dans le délai imparti à ce dernier. Elle réclamait dans l'immédiat copie de la correspondance de I_____ ainsi que de la requête en changement de propriétaire déposée par G_____ à son insu.

p. Le 2 juin 2022, le PCTN a invité A_____ a décrire l'intérêt digne de protection dont elle se prévalait pour avoir accès en qualité de tiers aux documents qu'elle réclamait.

q. Le 13 juin 2022, A_____ a répondu au PCTN qu'elle n'était pas un tiers mais l'employeur de B_____.

r. Le 17 juin 2022, A_____ et B_____, sous la plume du même conseil, ont indiqué au PCTN ne pas être en mesure de se déterminer, faute d'avoir pris connaissance des documents demandés. Ils renouvelaient leur demande et sollicitaient un délai supplémentaire pour se déterminer.

s. Le 27 juin 2022, le PCTN a remis le contrat de société. Celui-ci suffisait pour révoquer l'autorisation. Les autres pièces renfermaient des données personnelles et leur accès nécessitait la saisine du préposé cantonal à la protection des données. Le délai pour se déterminer était prolongé au 29 juillet 2022.

t. Le 29 juillet 2022, A_____ et B_____ ont indiqué au PCTN qu'il ressortait de l'avenant et du contrat de société que A_____ demeurait propriétaire de l'établissement et qu'elle en était l'exploitante au travers de B_____. G_____ intervenait comme partenaire opérationnel. Elle avait aidé à développer le concept, et l'engagement du personnel lui avait été confié. A_____ n'était lié à G_____ par aucun contrat de gérance ou de bail à ferme. Elle produisait le procès-verbal de la séance du 22 mars 2022 fixant les termes de la collaboration entre A_____ et G_____. Il était vrai que les partenaires s'étaient violemment opposés suite à un malentendu qu'ils avaient réglé à cette date. C'était dans le cadre de ce litige qu'G_____ avait interpellé le PCTN. Ce dernier était invité à renoncer à la révocation de l'autorisation.

u. Il ressort du procès-verbal annexé au courrier que le 25 mars 2022 A_____ et G_____, rappelant les difficultés nées de l'adjonction de l'expression « L_____ » dans l'enseigne, ont convenu de supprimer cette référence sur les tickets de caisse et de confirmer au PCTN que l'enseigne « D_____ » n'avait pas été modifiée, demeurait sur les vitrines de l'établissement et se verrait ajouter un petit « L_____ » comme étant une coquetterie du partenaire G_____. G_____ s'engageait à verser chaque mois une redevance de CHF 14'000.- à A_____ dès mars 2022. A_____ donnait quittance à G_____ de la somme de CHF 60'000.- pour la période de l'ouverture au 28 février 2022 et retirait sa poursuite. A_____ et G_____ étaient associées dans la gestion du fonds de commerce exploité par B_____. Si C_____ comprenait que I_____, présent au quotidien, revendique un statut de « patron », il lui était demandé de ne pas oublier le partenariat avec A_____. Les parties convenaient d'ignorer la déclaration d'invalidation du contrat par A_____ le 25 février 2022.

v. Le PCTN a été saisi des rapports de police suivants :

- Le 25 août 2022, la police a adressé au PCTN une dénonciation. Elle avait été appelée le 12 juin 2022 pour du bruit de musique à « D_____ ». I_____ s'était présenté comme l'associé gérant et n'avait pas été en mesure de produire les autorisations nécessaires pour l'animation musicale en cours. L'établissement affichait deux enseignes, « L_____ » et « D_____ », ce qui pouvait créer une confusion pour les clients.

- Le 6 octobre 2022, la police municipale a adressé au PCTN un rapport de renseignements. Elle avait été appelée le 2 octobre 2022 pour des inconvénients de la part de « D_____ ». I_____ s'était présenté comme le gérant, mais n'avait pas été en mesure de présenter les autorisations nécessaires à l'exploitation.

- Le 15 novembre 2022, la police municipale a adressé au PCTN un rapport de renseignements. Elle avait été appelée le 5 novembre 2022 pour du bruit de musique à « D_____ ». I_____ s'était présenté comme le responsable mais

n'avait pas été en mesure de présenter les autorisations demandées, expliquant qu'elles étaient chez son avocat. Le 10 novembre 2022, les autorisations avaient été présentées en présence de I_____ et B_____.

- Le 23 novembre 2022, la police municipale a adressé au PCTN un rapport de renseignements. Elle avait été appelée le 19 novembre 2022 pour du bruit de musique à « D_____ ». B_____ s'était présenté comme l'exploitant.

- Le 15 décembre 2022, la police municipale a adressé un rapport au PCTN. Elle avait été appelée le 10 décembre 2022 pour un excès de bruit à « D_____ ». I_____ s'était présenté comme le responsable, mais n'avait pas pu présenter les autorisations requises.

- Le 16 décembre 2022, la police municipale a adressé au PCTN un rapport de renseignements. Elle avait été appelée le 8 décembre 2022 pour une animation musicale à « D_____ ». B_____ s'était présenté comme le responsable et avait présenté l'autorisation d'exploiter, mais non celle d'organiser une animation musicale.

- Le 22 décembre 2022, la police municipale a adressé au PCTN un rapport de renseignements. Elle avait été appelée le 16 décembre 2022 pour du bruit de musique à « D_____ ». I_____ s'était présenté comme responsable. B_____, l'exploitant, était présent.

- Le 10 janvier 2023, la police municipale a adressé au PCTN un rapport de renseignements. Elle avait été appelée le 30 octobre 2022 pour une animation musicale à « D_____ ». I_____ s'était présenté comme responsable mais n'avait pas été en mesure de présenter les autorisations nécessaires.

- Le 1er février 2023, la police municipale a adressé au PCTN un rapport de renseignements. Elle avait été appelée le 19 janvier 2023 pour du bruit de musique à « D_____ ». B_____ s'était présenté comme le responsable. Il avait présenté les autorisations, hormis celle nécessaire pour l'animation musicale.

w. Par décision du 21 avril 2023 exécutoire nonobstant recours, le PCTN a révoqué l'autorisation d'exploiter de B_____.

A_____ n'était plus l'unique propriétaire de l'établissement suite à la conclusion d'un contrat de société avec G_____. Sa désignation en qualité d'exploitant par le propriétaire n'était plus valable et faisait défaut. Le changement de propriétaire était corroboré par la requête en changement déposée le 15 mars 2022 et les nombreux rapports de police.

B. **a.** Par acte remis à la poste le 28 avril 2023, A_____ et B_____ ont recouru auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : chambre

administrative) contre cette décision, concluant à son annulation. Sur mesures superprovisionnelles et provisionnelles, l'effet suspensif devait être restitué au recours, subsidiairement B_____ et A_____ devaient être autorisés à exploiter « D_____ » jusqu'à « droit définitivement jugé sur leur recours ».

A_____ était l'unique propriétaire du fonds de commerce de « D_____ », ce que confirmait le contrat qu'elle avait conclu avec G_____. L'intention de l'OCPM de révoquer l'autorisation de B_____ résultait d'un malentendu. Dans le cadre d'un conflit, A_____ avait invalidé le contrat la liant à G_____. Afin de résister à cette invalidation, G_____ s'était annoncée sans droit comme exploitante du fonds de commerce. Elle n'avait toutefois jamais eu cette qualité et ne l'avait toujours pas. A_____ et G_____ avaient depuis lors confirmé qu'aucune des circonstances en vigueur au moment de la délivrance de l'autorisation n'avait changé. B_____ était toujours l'employé de A_____ pour laquelle il gérait « D_____ » et G_____ était toujours une simple cocontractante de A_____ chargée de fournir le personnel d'exploitation sans aucun droit de regard sur le fonds de commerce.

A_____ avait un intérêt digne de protection à ce que la décision soit annulée, car celle-ci faisait cesser avec effet immédiat l'exploitation de l'établissement à l'approche de la période estivale, lui causant une perte financière irrémédiable.

Les faits avaient été constatés de manière inexacte en retenant que A_____ n'était plus l'unique propriétaire de l'établissement et que les circonstances avaient changé.

b. Le 27 avril 2023, le PCTN a informé B_____ qu'il envisageait de lui notifier une sommation de fermeture lui intimant l'ordre de cesser immédiatement l'exploitation et de lui infliger une amende administrative.

Il avait constaté le même jour qu'il exploitait l'établissement sans autorisation.

c. Le 3 mai 2023, le juge délégué a restitué l'effet suspensif au recours sur mesures superprovisionnelles.

d. Le 4 mai 2023, le conseil de B_____ et de A_____ a transmis au PCTN copie de la décision du 3 mai 2023.

B_____ pouvait légitimement poursuivre l'exploitation de « D_____ »

e. Le 8 mai 2023, le PCTN a indiqué à B_____ que son courrier du 27 avril 2023 n'était pas nul mais que le délai qu'il impartissait était suspendu jusqu'à droit connu sur mesures provisoires.

f. Le 15 mai 2023, le PCTN a conclu au rejet de la demande de restitution de l'effet suspensif.

A_____ avait vu son bail résilié le 26 novembre 2021.

L'autorité s'était fondée sur les informations communiquées dans un premier temps par A_____ puis par B_____ lui-même pour considérer qu'un changement de propriétaire avait eu lieu.

La requête en changement de propriétaire du 15 mars 2022 était accompagnée d'une attestation de F_____ autorisant I_____ et G_____ à exploiter l'établissement personnellement et pour leur propre compte. Aucun contrat de bail n'avait toutefois été produit.

Ces informations étaient suffisantes pour considérer que A_____ n'était plus en possession d'un contrat de bail lui permettant d'occuper les locaux. Celle-ci n'avait jamais démontré disposer des locaux pour permettre à l'autorité de maintenir son autorisation d'exploiter.

On comprenait du contrat de société que A_____ mettait le fonds de commerce en gérance au profit d'G_____. Le contrat de société contenait un contrat de sous-location puisqu'un loyer devait être payé.

L'autorité ne pouvait que constater que B_____ n'était pas valablement désigné par la propriétaire, soit G_____.

g. Le 22 mai 2023, les recourants ont persisté dans leurs conclusions et demandé l'audition de I_____.

h. Le 2 juin 2023, les recourants ont persisté dans leurs conclusions sur mesures provisionnelles.

i. Par décision du 7 juin 2023, la présidence de la chambre administrative a restitué l'effet suspensif au recours.

La situation n'était pas claire et appelait une instruction. L'existence d'une infraction continue depuis plus d'un an n'apparaissait pas suffisamment caractérisée pour faire prévaloir un intérêt public à la cessation immédiate de l'exploitation par les recourants.

j. Le 20 juin 2023, le juge délégué a entendu les parties.

j.a I_____, convoqué à titre de personne appelée à donner des renseignements, a indiqué le 15 juin 2023 qu'il serait à l'étranger dans le cadre d'un droit de visite agendé de longue date et ne pouvant être reporté. Le conseil de B_____ a expliqué que celui-ci l'avait informé le matin même qu'il ne pourrait être présent, son remplaçant à l'établissement ayant fait défection.

j.b C_____ a expliqué que A_____ avait toujours été propriétaire du bail et du fonds de commerce et que l'enseigne avait toujours été « D_____ ». B_____

avait été engagé à 30 % à fin octobre 2021 et était passé à 100 % à fin mars 2022. La période Covid avait été désastreuse pour l'établissement et I_____ leur avait proposé un nouveau concept avec une nouvelle carte et leur avait présenté B_____. Il leur avait proposé de partager les risques et les profits. A_____ apportait le fonds de commerce et G_____ le savoir-faire dans la restauration. A_____ était chargée des relations avec les autorités et du paiement du salaire de B_____ et du sien. G_____ engageait et rémunérait les autres employés, au nombre de quatre ou cinq mais dont le nombre variait. B_____ faisait les plannings du personnel. L'organisation était toujours en place. Selon lui, I_____ était allé plus loin dans les rénovations que ce qui était prévu et avait ajouté « L_____ ». F_____, propriétaire de l'immeuble et bailleresse de A_____, avec laquelle celle-ci était en litige permanent depuis 2014, avait pris connaissance de la nouvelle enseigne et saisi l'occasion pour résilier le bail. A_____ avait tenté en vain d'obtenir d'G_____ le retour à l'enseigne initiale, et avait alors invalidé le contrat de société simple avec G_____, résilié le contrat de travail de B_____ et avait dû recourir à la police pour reprendre possession des lieux. À leur insu, G_____ et I_____ s'étaient alors rapprochés de F_____ et avaient obtenu de celle-ci l'autorisation d'exploiter les locaux qu'ils avaient produite au PCTN.

Il avait préparé une réquisition pour le registre du commerce de radier les pouvoirs de B_____, qu'il avait déposée par erreur au PCTN. Jusque-là, I_____ s'occupait de la comptabilité et des commandes. Il était resté sur place et A_____ lui avait laissé sa clé durant les pourparlers avec G_____. L'avenant au contrat de société avait été fait deux semaines après, pour répondre à de nouvelles demandes de I_____. Le contrat avait été dénoncé par A_____ il y avait environ un mois avec effet à la fin de l'année 2023. La dissolution avait été acceptée par G_____. I_____ était le remplaçant de B_____, raison pour laquelle il s'était présenté aux policiers comme responsable. Ils exploitaient l'arcade depuis 2014 pour un loyer mensuel de CHF 6'000.- prévu par un bail de 2012 inscrit au registre foncier en contrepartie d'importants travaux de rénovation, pour CHF 1.5 Mio environ. F_____ avait changé de mains et avait voulu leur vendre les locaux en PPE pour un prix élevé. Ils avaient préféré garder leur bail, et depuis lors la bailleresse avait tout tenté pour résilier le bail. A_____ allait continuer seule l'exploitation du restaurant à la fin de l'année et engager en principe M_____ comme exploitant.

j.c Le conseil des recourants a expliqué que A_____ avait fait opposition au congé. La conciliation avait échoué et elle avait introduit la cause. Une première audience avait eu lieu le 8 mai 2023. Ils avaient reçu l'ordonnance de preuve et attendaient une nouvelle convocation. Les négociations avec G_____ avaient abouti à l'époque et la menace de remplacer B_____ par M_____ n'avait jamais été mise à exécution. Leur seul but était de sauver à tout prix l'exploitation

de l'entreprise. La résiliation du contrat de société simple ne prévoyait aucune obligation pour les parties. G_____ se retirait, simplement.

k. Le 27 juin 2023, les recourants ont produit plusieurs documents relatifs, notamment à la résiliation du bail de A_____.

Un courrier serait notifié dans la semaine à G_____ pour annoncer que le contrat ne serait pas prolongé.

l. Le 12 juillet 2023, le PCTN a conclu au rejet du recours.

A_____ et G_____ avaient conclu un contrat de gérance, remettant la gestion du personnel, des assurances et des fournisseurs à G_____ moyennant le paiement d'une redevance. Le changement de propriétaire avait été matérialisé par le changement de l'enseigne et la demande de changement de propriétaire déposée par G_____ conjointement avec B_____. Aucun document attestant la résiliation du contrat de gérance ne figurait à la procédure.

m. Le 16 août 2023, les recourants ont persisté dans leurs conclusions et leur argumentation.

Le 29 juin 2023, A_____ avait signifié à G_____ qu'elle ne prolongerait pas le contrat et que celui-ci prendrait fin au 31 décembre 2023 et qu'elle poursuivrait seule l'exploitation dès cette date. Elle avait par ailleurs découvert qu'G_____ ne payait pas toute les charges de salaires et de fournisseurs. Le 14 juillet 2023, elle l'avait mise en demeure de lui verser CHF 72'200.- dans les cinq jours, sans succès.

Le 20 juillet 2023 B_____ et A_____ avaient informé G_____ qu'ils se passeraient de ses services avec effet immédiat et avaient notifié à I_____ une interdiction d'accès à l'établissement. B_____ avait informé le PCTN que I_____ n'était plus son remplaçant et que N_____ prenait sa place. Il avait demandé au registre du commerce du canton de H_____ la radiation de son inscription en qualité de directeur de G_____. I_____ disposant d'un double des clés, ils avaient fait changer les serrures. Le soir même, I_____ et G_____ avaient forcé les serrures et s'étaient introduits dans les locaux.

Le 21 juillet 2023, A_____ avait déposé une plainte pénale à la police pour violation de domicile et dommages à la propriété. Le même jour, le Tribunal des baux et loyers avait rendu une ordonnance sur mesures superprovisionnelles ordonnant à A_____ de restituer à G_____ la possession des locaux et lui faisant interdiction, directement ou par ses actionnaires, employés ou auxiliaires, d'entraver de quelque manière que ce soit le bon fonctionnement de « D_____ ». Or, ce tribunal ignorait que ni G_____ ni I_____ ne possédaient d'autorisation d'exploiter et que le fonds de commerce n'avait jamais été en leur possession.

A_____ avait demandé le 24 juillet 2023 la révocation des mesures superprovisionnelles. Le Tribunal des baux et loyers avait rejeté cette requête le 25 juillet 2023.

Le 26 juillet 2023, G_____ avait refusé de remettre à A_____ un jeu de clés complet lui permettant d'accéder à l'établissement, affirmant qu'elle était au bénéfice d'un contrat de gérance. G_____ avait par ailleurs fait interdiction à N_____ d'accéder aux locaux. G_____ avait enfin sommé B_____, qu'elle désignait comme son employé, de réintégrer son poste dès son retour de vacances. Le même jour, A_____ avait contesté à G_____ que B_____ fût son employé.

Le 2 août 2023, les recourants avaient informé le PCTN de la situation, soit qu'une exploitation illicite était en cours, lui laissant le soin de prendre les mesures qui s'imposaient à l'égard de G_____ et de I_____ dès réception, et notamment de décider s'il y avait lieu d'ordonner la fermeture de l'établissement jusqu'à droit jugé. Ce courrier était resté sans réponse.

Le 21 août 2023 devait avoir lieu une audience au Tribunal des baux et loyers pour traiter des mesures provisionnelles requises par G_____.

Il était temps que la situation illicite cesse. Le PCTN reconnaissait qu'G_____ n'était pas au bénéfice d'un contrat de bail et ne pouvait de ce fait obtenir une autorisation d'exploiter.

Le PCTN reprochait à A_____ de n'avoir jamais démontré disposer des locaux pour lui permettre de maintenir l'autorisation d'exploiter. On peinait à comprendre l'argument dès lors qu'il était prouvé par pièces que B_____ était présent quotidiennement dans l'établissement.

La procédure devant le Tribunal des baux et loyers montrait que A_____ avait été dépossédée des locaux dont elle disposait jusqu'alors.

Le PCTN prétendait que le contrat entre A_____ et G_____ portait sur la gérance de l'établissement. Or, A_____ avait démontré par pièces qu'elle jouissait des locaux et assumait l'entière responsabilité du risque de l'exploitation. Ce n'était que depuis le 21 juillet 2023 qu'G_____ exploitait l'établissement au préjudice de A_____ et de B_____.

Un procès-verbal du 4 mai 2023 matérialisait le fait que A_____ et G_____ s'accordaient à dire que A_____ était seule propriétaire du fonds de commerce, que l'établissement était exploité par B_____ et que G_____ n'intervenait qu'en qualité de partenaire en support pour la gestion opérationnelle et dans le cadre de la trésorerie.

n. Le 18 août 2023, les parties ont été informées que la cause était gardée à juger.

EN DROIT

1. Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours en tant qu'il est interjeté par B_____ est recevable (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).

La question de savoir si A_____, qui n'est destinataire ni de la décision d'octroi de l'autorisation d'exploiter du 24 novembre 2021 ni de la décision de révocation du 8 mars 2023, possède la qualité pour recourir pourra rester indécise, vu ce qui suit.

2. La cause a pour objet le bien-fondé de la décision par laquelle le PCTN a révoqué l'autorisation octroyée à B_____ d'exploiter « D_____ ».

2.1 La loi sur la restauration, le débit de boissons, l'hébergement et le divertissement du 19 mars 2015 (LRDBHD - I 2 22) a pour but de régler 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).

2.2 L'exploitation de toute entreprise vouée à la restauration, au débit de boissons et à l'hébergement est soumise à l'obtention préalable d'une autorisation d'exploiter délivrée par le département de l'économie et de l'emploi (ci-après : département), soit pour lui l'intimé (art. 8 al. 1 LRDBHD ; art. 3 al. 1 et 2 ainsi que 18 al. 1 let. a du règlement d'exécution de la LRDBHD du 28 octobre 2015 - RRDBHD – I 2 22.01).

À teneur de l'art. 9 LRDBHD, la délivrance d'une telle autorisation est notamment soumise aux conditions 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 36 mois qui précèdent le dépôt de la requête en autorisation (let. e), qu'il soit désigné par le propriétaire de l'entreprise, s'il n'a pas lui-même cette qualité (let. f), qu'il produise l'accord du bailleur des locaux de l'entreprise, s'il n'en est pas lui-même propriétaire (let. g) et un extrait du registre du commerce attestant qu'il est doté d'un pouvoir de signature (let. h).

Selon l'art. 10 LRDBHD, 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 loi 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 ou délits dans la faillite et la poursuite pour dettes. S'il est l'employeur des personnes qui

travaillent au sein de l'entreprise, le propriétaire doit en outre démontrer au moyen d'une attestation officielle ne pas avoir de retard dans le paiement des cotisations sociales. Lorsque le département est en possession d'indices factuels permettant de présumer le non-respect des conditions de travail en usage, le département demande au propriétaire employeur de signer auprès de l'office l'engagement de respecter les conditions de travail en usage à Genève et fait dépendre sa décision de la signature dudit engagement.

Selon l'art. 39 RRDBHD, le propriétaire d'une entreprise vouée à la restauration, au débit de boissons ou à l'hébergement est la personne physique ou morale qui détient le fonds de commerce de l'entreprise, soit les installations, machines et autres équipements nécessaires à l'exercice de l'activité de celle-ci (al. 1). En cas de conclusion d'un contrat de gérance ou de bail à ferme, le propriétaire au sens de la loi est le gérant ou le fermier qui jouit des locaux et installations de l'établissement et en assume l'entière responsabilité (al. 2). Lorsque le propriétaire d'une entreprise soumise à la loi n'entend pas se charger lui-même de l'exploitation de l'établissement, il est tenu de désigner un exploitant (al. 3). La désignation de l'exploitant intervient par la contresignature de la formule officielle visée à l'art. 19, al. 1, let. b, du présent règlement (al. 4). L'exploitant désigné doit être en mesure de gérer de manière personnelle et effective l'établissement au sens de l'art. 40 al. 3 RRDBHD et être en possession d'un diplôme, ou d'un diplôme partiel lorsque celui-ci est requis pour l'exploitation de l'établissement. Le propriétaire qui désigne un exploitant servant de prête-nom s'expose notamment aux mesures et sanctions prévues à l'art. 64 LRDBHD (al. 5).

Selon l'art. 40 RRDBHD, l'exploitant d'une entreprise vouée à la restauration, au débit de boissons ou à l'hébergement est la personne physique responsable de l'entreprise qui exerce effectivement et à titre personnel toutes les tâches relevant de la gestion de celle-ci au sens de l'al. 3 (al. 1). Il est tenu de gérer l'entreprise de façon personnelle et effective. Cette obligation est réalisée aux conditions cumulatives suivantes : (a) 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.) ; (b) il assure une présence de 15 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 (al. 3). Il doit désigner une personne qui soit en mesure de le remplacer immédiatement, lors de toute absence de l'établissement, même fortuite (al. 6). Celui-ci doit être instruit et informé des obligations résultant de la loi et du présent règlement et être en mesure de renseigner les autorités de contrôle sur la situation de l'établissement; il doit notamment être en mesure de

leur présenter toutes les autorisations en vigueur, conformément à l'art. 47 RRDBHD (al. 7).

Une autorisation 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 (art. 8 al 2 LRDBHD).

Selon l'art. 39 RRDBHD, tout changement de propriétaire doit être immédiatement communiqué par écrit au PCTN. L'annonce doit être faite tant par le repreneur que par l'ancien propriétaire de l'établissement. Une formule d'annonce est disponible sur le site Internet du service ainsi qu'à ses guichets (al. 6). Le changement de propriétaire entraîne la nécessité de requérir une nouvelle autorisation d'exploiter, conformément à l'art. 18 al. 1 let. a 2e phrase RRDBHD. Lorsque la requête complète est déposée avant l'échéance du délai légal mentionné à l'art. 13 al. 4 LRDBHD, la continuité de l'exploitation peut être assurée aux conditions précisées à l'art. 37 al. 6 RRDBHD (al. 7).

Selon l'art. 14 LRDBHD, l'autorisation d'exploiter est révoquée par le département lorsque les conditions de sa délivrance ne sont plus remplies, ainsi qu'en cas de non-paiement de la taxe annuelle prévue par la loi.

2.3 En l'espèce, les éléments suivants sont pertinents pour la solution du litige.

Il ressort des déclarations en audience d'C_____ que I_____ avait initialement proposé le partage des risques et des profits lorsqu'il avait approché A_____ et avait également apporté B_____.

Le contrat de société du 5 octobre 2021 rappelle que A_____ avait dû affronter l'opposition de F_____ à toute sous-location et avait fait le choix de poursuivre elle-même l'exploitation, et A_____ a détaillé en audience la relation durablement litigieuse avec sa bailleresse.

Le contrat de société prévoit que la direction du fonds de commerce revient à B_____ « en collaboration » avec G_____ ; que les parties s'engagent à exploiter le fonds de commerce ; que A_____, propriétaire, s'interdit d'intervenir dans la direction du fonds de commerce ; qu'G_____ maintient et entretient l'inventaire, au besoin à ses frais, contracte une assurance responsabilité civile complémentaire et une assurance perte d'exploitation, et exécute les contrats déjà conclus par A_____ ; que les produits sont versés sur un compte commun des parties, et que compte tenu de la répartition des risques, une fois toutes les charges réglées, le bénéfice annuel est partagé par moitié, mais les pertes éventuelles sont supportées par G_____ exclusivement.

Le premier avenant au contrat, conclu deux semaines après le contrat initial selon A_____, instaure une redevance fixe en faveur de A_____, à payer par

G_____ après le paiement des charges dont A_____ est la débitrice (soit le loyer et le salaire de B_____) mais avant le paiement des salaires du personnel et des charges d'exploitation incombant à G_____.

Il ressort enfin du procès-verbal de la réunion du 4 mai 2023 produit avec la réplique des recourants qu'C_____ a relevé que A_____ avait payé les loyers de février à mai 2023 sur ses propres deniers pour éviter de se trouver en délicatesse avec la bailleresse et a invité G_____ à se mettre à jour du paiement des loyers conformément à ses engagements contractuels.

Pour le surplus, lors des interventions de la police dans l'établissement, I_____ était souvent le seul responsable présent, et à d'autres reprises il était en compagnie de B_____.

Il résulte de ce qui précède qu'G_____ ne s'est pas limitée à être un simple prestataire de service, comme le soutient A_____, mais a assumé une part prépondérante dans l'exploitation de l'établissement – I_____ étant régulièrement présent et ayant ajouté puis maintenu la mention « L_____ » à l'enseigne originelle – ainsi que, en définitive, la totalité du risque économique, restant devoir à A_____ en contrepartie une redevance fixe, soit autant d'éléments qualifiant la relation contractuelle de gérance.

La circonstance que B_____, formellement désigné comme exploitant, était demeuré l'employé de A_____ ne change rien à cette conclusion, étant observé que dans le contrat de société du 5 octobre 2021 A_____ s'était interdit d'intervenir dans la direction du fonds de commerce.

En outre, à la lumière de ces éléments, l'annonce au PCTN du licenciement de B_____ le 3 mars 2022 et le dépôt le 16 mars 2022 du formulaire G de changement de propriétaire indiquant qu'G_____ SA et I_____ disposent d'une autorisation d'exploiter l'établissement de la part de F_____ dans l'attente d'un contrat de bail, quand bien même ils auraient par la suite été démentis ou invalidés, même par G_____, ne peuvent pas être réduits à un malentendu ou un accident de parcours comme les recourants le soutiennent, mais indiquent plutôt qu'G_____ avait compris à l'époque qu'elle était la gérante et, partant, à tout le moins la copropriétaire de l'établissement au sens du RRDBHD.

La chambre de céans parvient ainsi à la conclusion que le PCTN était fondé à considérer que A_____ avait matériellement confié ou sous-traité à G_____ la gérance de l'établissement, de sorte qu'elle ne pouvait plus être considérée comme la propriétaire, ou du moins la propriétaire exclusive de l'établissement, au sens de l'art. 39 RRDBHD, et devait par ailleurs selon la même disposition annoncer le changement à l'autorité.

La propriété exclusive de l'établissement par A_____ étant une condition de l'octroi de l'autorisation, la modification du régime de propriété avait pour effet que les conditions de la délivrance de l'autorisation n'étaient plus remplies, de sorte que le PCTN était fondé à révoquer celle-ci en application de l'art. 14 LRBDHD sans commettre ni excès ni abus de son pouvoir d'appréciation.

Le litige autour du contrat de bail a depuis lors eu pour effet que B_____ n'a plus pu accéder à l'établissement à partir du 21 juillet 2023. Cela étant, ce litige, pendant devant le Tribunal des baux et loyers, est exorbitant à la présente procédure et sans pertinence pour sa solution.

Entièrement mal fondé, le recours sera rejeté.

3. Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 1'000.-, tenant compte de la décision sur effet suspensif et de l'audience de comparution personnelle des parties, sera mis à la charge solidaire des recourants, qui succombent (art. 87 al. 1 LPA) et aucune indemnité de procédure ne sera allouée (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 28 avril 2023 par B_____ et A_____ SA contre la décision du service de police du commerce et de lutte contre le travail au noir du 21 avril 2023 ;

au fond :

le rejette ;

met un émolument de CHF 1'000.- à la charge solidaire de B_____ et A_____ SA ;

dit qu'il n'est pas alloué d'indemnité de procédure ;

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 suisse, av. du Tribunal fédéral 29, 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 Christophe GAL, avocat des recourants, ainsi qu'au service de police du commerce et de lutte contre le travail au noir.

Siégeant : Claudio MASCOTTO, président, Florence KRAUSKOPF, Jean-Marc VERNIORY, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière :	le président siégeant :
C. MARINHEIRO	C. MASCOTTO

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le la greffière :