RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

**A/2332/2021-EXPLOI** **ATA/1351/2021**

# COUR DE JUSTICE

## Chambre administrative

## Arrêt du 10 décembre 2021

**2ème section**

dans la cause

**Messieurs A_____, B_____ et C_____ et D_____ Sàrl**
représentés par Me Olivier Wehrli, avocat

contre

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

**EN FAIT**

1) Le 16 novembre 2018, le service de police du commerce et de lutte contre le travail au noir (ci-après : PCTN) a autorisé Monsieur A_____ à exploiter l'établissement « E_____ » (ci-après : « E_____ ») sis au boulevard F_____ à Genève, dont E_____ Sàrl est propriétaire. Messieurs C_____ et B_____ sont les associés gérants de la société.

2) Selon le rapport du secteur inspectorat du PCTN du 19 août 2020, le même jour à 14h00, M. A_____ ne se trouvait pas dans le « E_____ ». M. C_____ a déclaré qu'il était le propriétaire du restaurant. M. B_____ et lui engageaient les employés, fixaient les horaires de travail, répartissaient le travail entre les employés, surveillaient la qualité de leur travail, fixaient les prix, étaient en charge de la cuisine, de la confection de la carte et des choix des plats du jour. Il tenait le registre du personnel, effectuait les inventaires, procédait à l'ouverture et à la fermeture du restaurant. L'exploitant était M. A_____ et sa fonction était « fait le service ». À la question plus spécifique de savoir quelles étaient les tâches que M. A_____ effectuait, M. C_____ a répondu « seulement le service ». Lui-même « fais[ait] tout ». Il travaillait du lundi au samedi de 11h30 à 14h30 et de 18h à 23h30. M. B_____ travaillait également du lundi au samedi, de 10h à 14h30 et de 18h à 23h30.

3) MM. A_____, C_____ et B_____ ont été invités à exercer leur droit d'être entendus, le rapport faisant apparaître que le restaurant n'était pas exploité par M. A_____.

Dans un courrier du 22 octobre 2020 signé « M. C_____ pour M. B_____ », il était expliqué que l'exploitant était M. A_____. En son absence pour cause de vacances en août 2020, M. C_____ et lui l'avaient remplacé. Compte tenu de « certaines difficultés de compréhension de la langue française, M. C_____ a[vait] répondu aux agents de police afin de justifier que la gestion en l'absence de l'exploitant était assurée ». La fonction de M. A_____ était serveur en raison de ses qualités relationnelles et M. C_____ et lui étaient en cuisine. Lorsque M. A_____ n'était pas en vacances, ils discutaient les trois du choix des menus, des prix et de la « gestion globale » du restaurant. Il n'avait donc pas enfreint la loi.

M. A_____ ne s'est pas déterminé.

4) Par courrier du 21 mai 2021, le PCTN a également invité E_____ Sàrl à exercer son droit d'être entendue.

Dans un courriel du 26 mai 2021 adressé au PCTN émanant de Monsieur G_____, signé par MM. C_____, A_____ et B_____, ceux-ci ont exprimé leur surprise que leur courrier du 22 octobre 2020 n'ait pas été pris en compte.

M. A_____ était l'exploitant et occupait aussi la fonction de serveur. Il avait été remplacé pendant ses vacances par MM. C_____ et B_____. En tant que propriétaires, ces derniers prenaient part à la discussion concernant la gestion du restaurant. À partir du 1er juin 2021, le taux d'activité de M. A_____ passerait à 100 %, la masse de travail ayant augmenté avec l'assouplissement des mesures sanitaires.

5) Par décisions séparées du 3 juin 2021 adressées à MM. B_____ et C_____, le PCTN a constaté que ceux-ci avaient eu recours à un prête-nom pour l'exploitation du « E_____ » et commis une infraction à l'art. 8 de la loi sur la restauration, le débit de boissons, l'hébergement et le divertissement du 19 mars 2015 (LRDBHD - I 2 22). Le retrait de l'autorisation d'exploiter l'établissement, sa fermeture immédiate et une amende administrative seraient prononcés dès l'entrée en force de la décision.

Le même jour, le PCTN a rendu une décision adressée à M. A_____ constatant que celui-ci avait servi de prête-nom pour l'exploitation du « E_____ ». La validité de son diplôme serait suspendue pour une durée de trente-six mois, l'autorisation d'exploiter l'établissement retirée, la fermeture immédiate ordonnée et une amende administrative prononcée dès l'entrée en force de la décision.

Toujours le même jour, le PCTN a adressé une décision à E_____ Sàrl constatant que le « E_____ » avait été exploité sous le couvert d'un prête-nom. Les mesures de retrait de l'autorisation de l'exploiter et la fermeture de l'établissement seraient prononcées dès l'entrée en force de la décision.

6) Par acte expédié le 5 juillet 2021 à la chambre administrative de la Cour de justice, MM. B_____, C_____ et A_____ ainsi que E_____ Sàrl ont contesté ces décisions, dont ils ont demandé l'annulation. À titre préalable, ils ont requis l'effet suspensif, leur audition et la production par le PCTN de la décision adressée à M. C_____, que celui-ci avait égarée.

Compte tenu de la pandémie, M. A_____, avec l'accord de MM. B_____ et C_____, avait créé l'entreprise H_____, inscrite le 8 juin 2020 au registre du commerce, dont la tâche consistait en la livraison de repas. La période restant « creuse », M. A_____ en avait profité pour partir un mois en vacances dans son pays d'origine. Pendant son absence, les associés assuraient l'exploitation du restaurant. À partir du 1er juin 2021, le contrat de travail de M. A_____ avait été modifié, son taux d'activité ayant passé de 30 % (12 heures par semaine) à 100 %.

M. C_____, présent au restaurant lors du contrôle, n'avait pas pu remplir le formulaire de l'inspecteur, son français étant lacunaire. Il s'était contenté de répondre, non sans peine, aux questions de celui-ci. Le contrôle aurait ainsi dû être reporté et prévu en présence d'un interprète. M. G_____ était un employé de

la fiduciaire en charge de la comptabilité de E_____ Sàrl. M. A_____, malgré le nombre d'heures insuffisant prévu par son contrat, assurait une exploitation effective et personnelle du restaurant.

7) Le PCTN a conclu au rejet du recours.

Le contrat de travail produit à l'appui de la requête en autorisation d'exploiter n'était pas le même que celui du 17 décembre 2019, qui prévoyait que M. A_____ s'occupait de la vente (« sale ») avec un taux d'activité de trois heures par semaine. L'entreprise individuelle créée au nom de celui-ci avait pour but l'exploitation d'un taxi et non la livraison de repas. Il était usuel que l'inspecteur du PCTN note les réponses sur le questionnaire préimprimé. Le formulaire contenant les réponses était ensuite soumis pour relecture à l'intéressé avant qu'il ne le signe. M. C_____ avait parfaitement compris les questions et été en mesure d'y répondre. Il avait clairement indiqué que personne ne s'occupait de surveiller son activité, car il était « le patron », qu'il engageait les employés avec M. B_____ et que les deux hommes avaient seuls les clefs de l'établissement. L'existence d'une situation de prête-nom était donc établie. En cas de besoin, l'inspecteur ayant rendu le rapport du PCTN pouvait être entendu.

8) Dans leur réplique, les recourants ont exposé que la pratique des inspecteurs du PCTN consistant à remplir eux-mêmes les réponses données par les personnes interrogées se faisait au détriment de celles-ci. En raison de ses capacités linguistiques limitées en français, M. C_____ avait cherché lors de son interrogatoire à « faire bonne figure » en répondant aux questions posées sans en saisir le sens. Le courrier du 22 octobre 2020 et le courriel du 26 mai 2021 avaient pour but de rectifier et compléter les propos de M. C_____. Le PCTN n'en avait toutefois pas tenu compte.

9) Selon le contrat de travail du 12 juin 2018, M. A_____, engagé comme exploitant, devait travailler trois heures par jour. Le contrat daté du 17 décembre 2019 prévoyait sous « fonction : sale (Responsable de exploitation [sic] », le terme « sale » ayant été biffé. Le début du contrat était prévu le 1er janvier 2019 et la durée de travail hebdomadaire était de trois heures, ce qui représentait un 30 %. Enfin, le nouveau contrat de travail signé le 17 mai 2021 prévoit que M. A_____ exerce, à 100 %, la fonction d'exploitant.

10) Le 15 novembre 2021, la chambre de céans a procédé à l'audition des parties.

MM. A_____ et C_____ se sont exprimés en français, M. B_____ par le truchement d'un interprète. À l'issue de l'audience, les parties ont été informées que la cause était gardée à juger, y compris sur la question de savoir si d'autres actes d'instruction étaient nécessaires.

Il sera revenu ci-après dans la partie « en droit » en détail sur les déclarations des parties.

## EN DROIT

1) Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours, dirigé contre les quatre décisions, 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).

2) Il a été donné suite aux requêtes des recourants d'être entendus et de production de la décision égarée par M. C_____, de sorte que ces requêtes sont devenues sans objet.

Pour le surplus, il n'y a pas lieu de procéder à d'autres actes d'enquête, notamment à l'audition de l'inspecteur ayant rédigé le rapport d'incident, les pièces du dossier ainsi que les écritures et déclarations des parties permettant à la chambre de céans de trancher le litige en connaissance de cause. L'audition de l'inspecteur ne serait ainsi pas de nature à modifier l'issue du litige.

3) Par ailleurs, les décisions n'ayant pas été déclarées exécutoires nonobstant recours, il n'y a pas lieu de se prononcer sur la requête en restitution de l'effet suspensif, celui-ci découlant de la loi (art. 66. al. 1 LPA).

4) Il convient d'examiner si c'est à juste titre que l'autorité intimée a retenu que MM. B_____ et C_____ ainsi que E_____ Sàrl se sont servis d'un prête-nom pour l'exploitation du « E_____ » et si M. A_____ a servi de prête-nom.

a. 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).

L'art. 8 LRDBHD soumet l'exploitation de toute entreprise vouée à la restauration et au débit de boissons à l'obtention préalable d'une autorisation d'exploiter (al. 1), qui doit être requise lors de chaque changement d'exploitant ou de propriétaire de l'entreprise ou de modification des conditions de l'autorisation antérieure (al. 2 ; art. 18 al. 1 let. a du règlement d'exécution de la loi sur la restauration, le débit de boissons, l'hébergement et le divertissement du 28 octobre 2015 - RRDBHD - I 2 22.01).

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).

L'autorisation d'exploiter est délivrée si l'exploitant est titulaire du diplôme attestant de son aptitude à exploiter et gérer une entreprise soumise à la présente loi (art. 9 let. c LRDBHD). Elle est délivrée à condition que l'exploitant, notamment, 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 (art. 9 let. e LRDBHD).

b. 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).

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'art. 40 RRDBHD prévoit que l'obligation de gérer l'entreprise de façon personnelle et effective est réalisée aux conditions cumulatives suivantes (al. 3) : l'exploitant 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 (al. 4).

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 indue, 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 exploite effectivement l'entreprise autorisée (exposé des motifs relatif au PL 11'282, p. 76 ; ATA/1214/2018 du 13 novembre 2018 consid. 2c ; ATA/262/2018 du 20 mars 2018 consid. 4d).

c. Selon l'art. 60 LRDBHD, le département est l'autorité compétente pour décider des mesures et sanctions relatives à l'application de la 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 que le département de la sécurité, de l'emploi et de la santé est chargé de l'application de la LRDBHD et du RRDBHD et qu'il délègue cette compétence au PCTN (al. 1 et 2).

L'art. 46 RRDBHD prévoit 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 RRDBHD (al. 5). Sur demande du PCTN, ils procèdent en outre, à des contrôles ciblés (al. 6).

5) En l'espèce, il ressort des indications fournies par M. C_____ à l'inspecteur que lui-même et M. B_____ engageaient les employés, fixaient les horaires de travail, répartissaient le travail entre les employés, surveillaient la qualité de leur travail, fixaient les prix, étaient en charge de la cuisine, de la confection de la carte et du choix des plats du jour. Il tenait le registre du personnel, effectuait les inventaires, procédait à l'ouverture et à la fermeture du restaurant. M. A_____ était l'exploitant. M. C_____ a toutefois, par deux fois, indiqué que celui-ci n'effectuait que le service. Lui-même « fais[ait] tout ». Comme M. B_____, il travaillait du lundi au samedi de 11h30 à 14h30 et de 18h à 23h30, M. B_____ arrivant cependant à 10h déjà.

Si, certes, M. C_____ ne s'exprime pas parfaitement en français, il est ressorti de son audition par la chambre de céans qu'il a une bonne compréhension de cette langue et se fait aisément comprendre, étant relevé que, selon ses indications, il vit à Genève depuis près de trente ans. Il n'a d'ailleurs, durant l'audience, pas dû recourir à l'aide de l'interprète. M. A_____ a, en outre, indiqué qu'ils communiquaient en français. L'inspecteur ayant conduit l'entretien

avec M. C_____ le 19 août 2020 n'avait donc pas de raison de faire appel à un interprète ou de reporter l'entretien afin qu'un interprète soit présent.

Cela étant, quand bien même M. C_____ n'aurait pas compris les questions de l'inspecteur, aurait donné des réponses inexactes en raison de ses lacunes en langue française ou cru que les questions ne concernaient que la période d'absence de M. A_____, ses déclarations devant la chambre de céans et celles de MM. A_____ et B_____ viennent corroborer les éléments ressortant du rapport établi le 19 août 2020.

En effet, lors de l'audience, M. C_____ a confirmé qu'il se chargeait des commandes de marchandise et de nourriture et M. A_____ a indiqué qu'il ne pouvait pas les faire seul. Par ailleurs, M. C_____ a confirmé qu'il établissait les contrats de travail, vérifiait que les charges sociales soient payées, fixait les horaires de travail des employés, décidait avec M. B_____ du menu proposé et surveillait les employés, y compris M. A_____. Il se rendait au « E_____ » tous les jours d'ouverture de 10h.00 à 14h.00 et de 18h.00 à la fermeture. M. A_____ a confirmé ces propos, en particulier que les propriétaires engageaient le personnel, décidaient des horaires et du salaire de celui-ci et quel employé faisait la caisse chaque jour au moment de la fermeture. Il soumettait une proposition de prix des plats et des boissons, qui était ensuite discutée avec les propriétaires, qui décidaient. S'il surveillait les employés en salle, les propriétaires surveillaient l'ensemble du personnel, y compris lui-même, du fait qu'ils étaient la plupart du temps présents. Selon lui, les propriétaires prenaient les décisions. Ce point a été confirmé par M. B_____.

Contrairement aux affirmations de M. C_____ selon lesquelles M. A_____ s'occupait de l'ouverture et de la fermeture du restaurant, ce dernier a indiqué que c'était toujours l'un des propriétaires qui ouvrait le restaurant et lorsque l'un était absent, l'autre était présent. M. C_____ a d'ailleurs ensuite déclaré que M. A_____ venait le plus souvent pendant la journée, ce qui tend à corroborer la déclaration de ce dernier au sujet de l'ouverture et de la fermeture du restaurant.

M. A_____ estimait que pour son activité, qui consistait à contrôler la température des frigos et la bonne conservation des aliments, sa présence de trois heures par jour était suffisante. Il lui était arrivé que cela soit inconfortable pour lui de ne pas intervenir davantage dans l'exploitation du restaurant du fait de la présence des propriétaires. MM. A_____ et C_____ ont tous deux prétendu s'occuper de l'inventaire ; il ne peut donc être déterminé qui s'en chargeait effectivement. Il est également ressorti de leur audition que depuis son emploi à 100 %, M. A_____ s'occupait, en sus du travail en salle, aussi des achats et des livraisons de repas. La comptabilité était gérée par la fiduciaire avec qui MM. B_____ et C_____ avaient les contacts.

Il ressort de ce qui précède que M. A_____ n'avait un pouvoir de décision effectif qu'en ce qui concernait le contrôle de la température des frigos et de la bonne conservation des aliments. De son propre aveu, sa faible présence de quelques heures par jour au restaurant jusqu'à fin mai 2021 ne lui permettait pas d'assumer d'autres activités. À compter du 1er juin 2021, il apparaît en outre qu'il n'a pas davantage pris part à la gestion du restaurant, ayant au contraire indiqué qu'il avait dû effectuer des achats et des livraisons de repas. Par ailleurs, il n'engageait pas le personnel, ne fixait pas les salaires, ne veillait pas au paiement de celui-ci ou des charges sociales afférentes ni à la bonne tenue de la comptabilité, et ne décidait pas non plus des horaires d'ouverture, n'effectuait ni l'ouverture ni la fermeture du restaurant et n'était pas en charge de la caisse de fin de journée, les propriétaires décidant quel employé devait la faire chaque jour. Il ne pouvait pas décider seul des commandes de marchandise ni des prix des boissons et des plats, son pouvoir étant limité, selon ses propres déclarations, à celui de soumettre des propositions aux propriétaires. Enfin, M. B_____ a confirmé que son associé et lui prenaient les décisions. M. A_____ a d'ailleurs déclaré qu'il lui était arrivé que cela soit inconfortable pour lui de ne pas intervenir davantage dans l'exploitation du restaurant.

Dans ces circonstances, il convient de retenir, avec le PCTN, que le restaurant n'était pas géré de façon personnelle et effective par M. A_____ au sens de l'art. 22 LRDBHD. Au contraire, l'exploitation effective était assumée par MM. B_____ et C_____. Or, ceux-ci ne sont pas au bénéfice d'une autorisation d'exploiter le « E_____ ». C'est ainsi sans excès ou abus de son pouvoir d'appréciation que le PCTN a constaté que ces deux hommes et E_____ Sàrl se sont servis d'un prête-nom pour l'exploitation de l'établissement public « E_____ » et que M. A_____ a servi de prête-nom.

Mal fondé, le recours sera donc rejeté.

6) Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 1'000.- sera mis à la charge solidaire des recourants et aucune indemnité de procédure ne leur sera allouée (art. 87 LPA).

* * * * *

**PAR CES MOTIFS**

**LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE**

**à la forme :**

déclare recevable le recours interjeté le 5 juillet 2021 par Messieurs B_____, C_____ et A_____ ainsi que E_____ Sàrl contre les décisions du service de police du commerce et de lutte contre le travail au noir du 3 juin 2021 ;

**au fond :**

le rejette ;

met un émolument de CHF 1'000.- à la charge solidaire de Messieurs B_____, C_____ et A_____ et E_____ Sàrl

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, 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 Olivier Wehrli, avocat des recourants, ainsi qu'au service de police du commerce et de lutte contre le travail au noir.

Siégeant : Mme Krauskopf, présidente, M. Verniory, Mme McGregor, juges.

Au nom de la chambre administrative :

| la greffière : | la présidente siégeant : |
|---|---|
| N. Deschamps | F. Krauskopf |

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le la greffière :