

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2341/2017-EXPLOI

ATA/1349/2017

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 3 octobre 2017

dans la cause

Monsieur A_____

représenté par Me Andreas Dekany, avocat

contre

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

EN FAIT

- 1) B_____ (ci-après : la société) a été inscrite le 30 juin 2008 au Registre du commerce de la République et canton de Genève.

Monsieur A_____, né le _____ 1977, en est l'unique associé gérant avec signature individuelle.

- 2) Le 25 mai 2012, le service du commerce, devenu depuis lors le service de police du commerce et de lutte contre le travail au noir (ci-après : PCTN) a autorisé M. A_____, à exploiter le café-restaurant à l'enseigne « C_____ » situé D_____ à Meyrin.

- 3) Le 21 décembre 2016, M. A_____ a requis du PCTN une autorisation d'exploiter un établissement à l'enseigne « B_____ » à la rue du E_____. Il s'agissait d'un café-restaurant. La société était propriétaire de l'établissement et souhaitait poursuivre son exploitation.

Le recourant a rempli la « requête d'autorisation d'exploiter un établissement soumis à la LRDBHD », dans sa version du 17 août 2016. Il a ainsi mentionné, sous « 3. Propriétaire de l'établissement, art. 3 let. o LRDBHD » :

- qu'il n'y avait pas de gérance ou de bail à ferme (question 3.1)
- que le propriétaire était une personne morale et qu'il en était le représentant (question 3.3.1) ;
- que le propriétaire n'avait ni procédure pénale en cours, ni condamnations pénales, ni arriérés en matière de cotisations sociales, le propriétaire respectant la convention collective de travail pour l'hôtellerie-restauration suisse (ci-après : CCNT) mais ayant déjà fait l'objet d'une sanction lors d'un contrôle dans le cadre de ladite CCNT (question 3.3.3), étant toutefois relevé que le formulaire précise sous cette question qu'est représentant d'une Sàrl, le président ou la personne qui exerce la direction de la société ;

Sous « 4. Exploitant de l'établissement, art. 3 let. n LRDBHD », il a indiqué :

- qu'il intervenait en qualité d'exploitant, désigné par le propriétaire (question 4.1), qu'il n'exploitait aucun autre établissement (question 4.3), qu'il n'avait aucune autre activité professionnelle (question 4.4), qu'il ne faisait pas l'objet d'une procédure pénale (question 4.5) n'avait pas d'arriérés à régler en matière de cotisations sociales, respectait la CCNT

mais avait déjà fait l'objet d'une sanction lors d'un contrôle dans le cadre de ladite CCNT (question 4.7).

- 4) Par ordonnance pénale du 23 décembre 2016, M. A_____ a été déclaré coupable d'infraction à l'art. 117 al. 1 de la loi fédérale sur les étrangers du 16 décembre 2005 (LEtr - RS 142.20), condamné à une peine pécuniaire de cent-vingt jours-amende, le montant de celui-ci étant fixé à CHF 190.- et mis au bénéfice du sursis. Le délai d'épreuve était fixé à trois ans. À titre de sanction immédiate, il était condamné à une amende de CHF 4'560.-.

Il lui était reproché d'avoir employé au sein de la société dix personnes, dont les identités étaient détaillées. Le premier était commis de cuisine et les neuf autres serveurs. Un employé était chilien et les neuf autres français. Aucun des dix employés ne disposait d'une autorisation d'exercer une activité lucrative en Suisse. Les personnes avaient été employées respectivement :

- du 1^{er} juin 2010 au 15 mars 2016 pour le commis de cuisine ;
- du 1^{er} novembre 2012 au 31 décembre 2015, pour trois serveurs ;
- du 1^{er} novembre 2012 au 24 février 2016, pour deux serveurs ;
- du 1^{er} novembre 2012 au 24 février 2016 ;
- du 1^{er} juillet 2013 au 31 décembre 2015 ;
- du 1^{er} janvier 2015 au 31 décembre 2015 ;
- du 1^{er} janvier 2015 au 24 février 2016 ;
- du 1^{er} juin 2015 au 31 juillet 2015 pour les autres serveurs.

Il était précisé que les charges sociales avaient été prélevées et rétrocédées aux employés. Les faits avaient été dénoncés au Ministère Public par l'office de l'inspection et des relations du travail (ci-après : OCIRT) en date du 27 octobre 2016. Préalablement entendu par un inspecteur de l'OCIRT le 17 mars 2016, M. A_____ avait reconnu les faits qui lui étaient reprochés et avait signé des constats d'infraction. Il n'avait pas fourni d'observations dans le délai qui lui avait été imparti par le Ministère Public le 31 octobre 2016. Selon l'extrait du casier judiciaire suisse, M. A_____ avait été condamné le 18 mai 2007 à une peine pécuniaire de quinze jours-amende à CHF 100.-, avec un sursis de trois ans ainsi qu'à une amende de CHF 1'000.- pour conducteur se trouvant dans l'incapacité de conduire et violation des règles de la circulation routière et des obligations en cas d'accident. Il avait été condamné le 13 janvier 2010 par un juge d'instruction genevois à une peine pécuniaire de septante jours-amende à CHF 100.- pour induction de la justice en erreur, conducteur se trouvant dans l'incapacité de

conduire, violation des règles de la circulation routière et opposition ou dérobade aux mesures visant à déterminer l'incapacité de conduire.

- 5) Par décision du 26 avril 2017, le PCTN a rejeté la requête du 3 janvier 2017 en autorisation d'exploiter un établissement soumis à la loi sur la restauration, le débit de boissons, l'hébergement et le divertissement du 19 mars 2015 (LRDBHD - I 2 22) visant le commerce à l enseigne « B_____ », l'exploitant ne remplissant pas les conditions d'honorabilité vu sa condamnation pénale. Le PCTN a par ailleurs constaté la caducité de l'autorisation du 25 mai 2012 délivrée en application de l'ancienne loi sur la restauration, le débit de boissons et l'hébergement. Un délai au 31 juillet 2017 était imparti à M. A_____ pour remédier à la situation. Le nouveau gérant de l'établissement devait déposer, dans le délai précité, une demande en autorisation d'exploiter complète. À défaut, le PCTN ordonnerait la fermeture de l'établissement.
- 6) Par acte du 26 mai 2017, M. A_____ a interjeté recours auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre la décision du 26 avril 2017 précitée.

Il a conclu à l'annulation de ladite décision, et, cela fait, à ce qu'il soit ordonné au PCTN de rendre une nouvelle décision d'octroi de l'autorisation d'exploiter sollicitée. Préalablement, il a sollicité son audition. Les conclusions étaient prises sous « suite de frais et dépens »

Il n'avait pas contesté l'ordonnance pénale, celle-ci ayant été envoyée en fin d'année pendant les fêtes alors qu'il était absent. Il n'avait en conséquence pas pu former opposition dans le délai de dix jours. Les personnes qu'il aurait employées sans autorisations étaient déclarées auprès de F_____. Elles travaillaient pour d'autres employeurs de la place. Il n'y avait pas clairement d'intention délictuelle de sa part. Ces faits ne pouvaient remettre en cause son honorabilité. Il avait agi tout au plus par négligence et le regrettait. Il n'avait par ailleurs jamais reçu le courrier du Ministère public du 31 octobre 2016. Actuellement, il employait vingt personnes à plein temps, payait CHF 20'000.- de charges sociales par mois et avait une masse salariale de plus de CHF 100'000.- mensuelle. L'entreprise, à 100 % genevoise, jouait un vrai rôle social dans la région. Elle contribuait à la réinsertion professionnelle et travaillait avec l'office cantonal de l'emploi et la fondation G_____. Le recourant produisait une attestation de ladite fondation, laquelle confirmait que M. A_____ proposait des places de stage aux utilisateurs de la fondation. Par ailleurs, des écoles venaient régulièrement faire des visites dans les locaux de la société. Il était membre de l'association de la zone industrielle Meyrin-Satigny ainsi que de la chambre de commerce, d'industrie et des services de Genève. Les charges sociales de la société et la TVA étaient régulièrement payées, à l'avance.

L'art. 9 de la LRDBHD avait été violé. Une condamnation en vertu de l'art. 117 al. 1 LEtr impliquait un comportement intentionnel. Tel n'était pas son cas.

- 7) Par réponse du 14 juin 2017, le PCTN a conclu au rejet du recours. Un délai raisonnable devait être octroyé à M. A_____ pour remédier à la situation. La chambre administrative devait dire qu'à défaut de rétablissement d'une situation conforme au droit dans le délai précité, le PCTN ordonnerait la fermeture de l'établissement à l'enseigne « C_____ ».

M. A_____ avait indiqué qu'il ne faisait pas l'objet d'une procédure pénale. Il avait donné un renseignement erroné à l'administration. Il avait déposé le 3 janvier 2017 au PCTN la requête en autorisation d'exploiter, qu'il avait signée le 21 décembre 2016. Les arguments qu'il développait dans son recours ne permettaient pas de remettre en cause les faits consacrés par l'ordonnance pénale du 23 décembre 2016, dont l'autorité administrative ne pouvait non plus s'écarter.

Entre le 1^{er} juin 2010 et le 31 juillet 2015, le recourant avait employé dix personnes sans autorisation d'exercer une activité lucrative. Ces infractions s'étaient étalées sur des périodes de temps non négligeables, allant d'une année à cinq ans et neuf mois.

- 8) Par réplique du 14 juillet 2017, M. A_____ a persisté dans ses conclusions. Il n'avait pas voulu cacher la procédure pénale à l'autorité administrative. N'ayant pas reçu le courrier du Ministère Public du 31 octobre 2016, il ignorait faire l'objet d'une procédure pénale. Il avait envoyé la requête en autorisation avant de recevoir l'ordonnance pénale. Il produisait la quittance de la poste du 23 décembre 2016 à destination du département de la sécurité et de l'économie (ci-après : DSE) à Onex. L'autorité intimée soutenait qu'il aurait essayé de cacher l'existence de la procédure et de la condamnation pénale, ce qui était inexact. Il avait par ailleurs pris depuis lors toutes les mesures nécessaires afin de contrôler les permis de travail et avait engagé une assistante administrative. Il en sollicitait l'audition. Enfin, les personnes qui avaient travaillé à son service n'étaient employés ni à plein temps ni en permanence par sa société. Il s'agissait souvent de travailleurs sur appel et qui œuvraient pour le compte de plusieurs enseignes de la place.
- 9) Par courrier du 4 août 2017, 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 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) Le recourant sollicite son audition ainsi que celle de la nouvelle responsable administrative de la société.
- a. Tel qu'il est garanti par l'art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101), le droit d'être entendu comprend notamment le droit pour l'intéressé d'offrir des preuves pertinentes et d'obtenir qu'il soit donné suite à ses offres de preuves pertinentes (arrêts du Tribunal fédéral 2C_545/2014 du 9 janvier 2015 consid. 3.1 ; 2D_5/2012 du 19 avril 2012 consid. 2.3).
- b. Le droit de faire administrer des preuves n'empêche cependant pas le juge de renoncer à l'administration de certaines preuves offertes et de procéder à une appréciation anticipée de ces dernières, en particulier s'il acquiert la certitude que celles-ci ne l'amèneront pas à modifier son opinion ou si le fait à établir résulte déjà des constatations ressortant du dossier (ATF 136 I 229 consid. 5.2 ; 134 I 140 consid. 5.3 ; 131 I 153 consid. 3 ; arrêts du Tribunal fédéral 1C_119/2015 du 16 juin 2015 consid. 2.1). Cela n'implique pas une audition personnelle de l'intéressé, celui-ci devant simplement disposer d'une occasion de se déterminer sur les éléments propres à influencer sur l'issue de la cause (art. 41 LPA ; ATF 140 I 68 consid. 9.6 ; 134 I 140 consid. 5.3 ; arrêts du Tribunal fédéral 2C_443/2012 du 27 novembre 2012 consid. 4.5 ; 2D_5/2012 du 19 avril 2012 consid. 2.3 et les arrêts cités ; ATA/642/2016 du 26 juillet 2016 consid. 2c et les arrêts cités).
- c. En l'espèce, le recourant a pu formuler des observations circonstanciées sur chacun des points litigieux et a versé à la procédure les pièces appuyant sa position. La chambre administrative dispose d'un dossier complet lui permettant de trancher les griefs soulevés en toute connaissance de cause. L'audition de Madame H_____ n'est pas non plus de nature à modifier le résultat dès lors qu'elle ne peut témoigner que sur les mesures que le recourant a prises récemment aux fins de respecter la législation en vigueur. Il ne sera par conséquent pas donné suite aux requêtes du recourant.
- 3) L'objet du présent litige consiste à examiner la conformité au droit de la décision du PCTN de refuser de délivrer au recourant une autorisation d'exploiter l'enseigne « B_____ », sis D_____.
- 4) Selon l'art. 61 al. 1 LPA, le recours peut notamment être formé pour violation du droit y compris l'excès et l'abus du pouvoir d'appréciation (let. a). Les juridictions administratives n'ont toutefois pas compétence pour apprécier l'opportunité de la décision attaquée, sauf exception prévue par la loi (al. 2).

- 5) Le 1^{er} janvier 2016, la nouvelle LRDBHD et son règlement d'exécution du 28 octobre 2015 (RRDBHD - I 2 22.01) sont entrés en vigueur, abrogeant l'aLRDBH et l'aRRDBH.

L'autorisation d'exploitation délivrée sous l'ancien droit n'a pas cessé de déployer ses effets à l'entrée en vigueur de la nouvelle loi, comme cela ressort a contrario de l'art. 65 al. 4 RRDBHD. Toutefois, en vertu de l'art. 70 al. 3 LRDBHD, les personnes au bénéfice d'une autorisation d'exploiter délivrée sur la base de l'ancienne législation peuvent poursuivre l'exploitation de leur établissement et offrir les mêmes prestations, à condition qu'elles obtiennent dans les douze mois à compter de l'entrée en vigueur de la présente loi – à savoir jusqu'au 31 décembre 2016 – les éventuelles autorisations complémentaires ou de remplacement nécessaires, leur permettant d'offrir lesdites prestations.

Si le département constate que les conditions d'octroi de l'autorisation d'exploiter prévues par la LRDBHD ne sont pas remplies par un établissement autorisé en application de l'ancienne législation, il impartit un délai raisonnable à l'exploitant et, au besoin, au propriétaire de l'établissement, pour qu'il soit remédié à cette situation. Il statue à l'expiration du délai fixé, qui peut toutefois être prolongé si les circonstances le justifient. Les délais cumulés ne peuvent pas dépasser douze mois (art. 70 al. 9 LRDBHD).

- 6) a. 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 (art. 8 al. 1 LRDBHD). Cette 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).

b. L'art. 9 LRDBHD traite des conditions relatives à l'exploitant. Ainsi, l'autorisation d'exploiter une entreprise est délivrée à condition que l'exploitant, notamment, offre, par ses antécédents et son comportement, toute garantie que l'entreprise est exploitée conformément aux dispositions de la présente 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 et, s'il a la qualité d'employeur, qu'il démontre au moyen d'une attestation officielle ne pas avoir de retard dans le paiement des cotisations sociales (art. 9 let. d 1^{ère} phrase LRDBHD).

L'art. 10 LRDBHD détaille les conditions relatives au propriétaire, à savoir 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 présente 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.

c. Est exploitant 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).

Le propriétaire est quant à lui défini comme 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, et qui désigne l'exploitant (art. 3 let. o LRDBHD ; art. 39 al. 1 RRDBHD).

d. 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 (art. 39 al. 2 RRDBHD).

7) L'art. 10 LRDBHD et l'art. 9 let. d LRDBHD ont la même teneur s'agissant de la notion d'honorabilité du propriétaire, respectivement de l'exploitant de l'établissement.

Si l'honorabilité du propriétaire n'était pas examinée sous l'ancien droit, tel était le cas de celle de l'exploitant, de sorte qu'il y a lieu de se référer notamment à la jurisprudence y relative.

8) a. Il ressort des travaux préparatoires relatifs à la condition d'honorabilité de la aLRDBH que « cette condition est rédigée de façon à permettre une appréciation nuancée de l'honorabilité requise en fonction du genre d'établissement que le requérant entend exploiter ; elle met l'accent sur les principales matières dans lesquelles le requérant doit présenter toute garantie » (MGC 1985 35/III 4240 ; ATA/205/2005 du 12 avril 2005).

Dans la définition de la notion d'honorabilité, que l'on retrouve dans d'autres textes légaux genevois – loi concernant le concordat sur les entreprises de sécurité du 18 octobre 1996 (CES - I 2 14) ; loi sur la vente à l'emporter des boissons alcooliques du 22 janvier 2004 (LVEBA - I 2 24) ; loi sur la prostitution du 17 décembre 2009 (LProst - I 2 49) – il s'agit avant tout de déterminer si le

comportement de la personne exerçant ou voulant exercer une activité soumise à autorisation, est compatible avec ladite activité.

Dans ce cadre, la chambre administrative s'est prononcée à plusieurs reprises sur la condition d'honorabilité telle qu'elle figurait à l'art. 5 al. 1 let. d aLRDBH. Dans la mesure où cette notion est la même que celle figurant aux art. 9 let. d et 10 LRDBHD, il convient de se référer à ladite jurisprudence.

b. Elle a ainsi retenu que cette condition n'était pas remplie lorsque l'exploitant avait été condamné à une peine d'emprisonnement d'une durée de trois mois, avec sursis pendant trois ans, pour des actes d'ordre sexuel commis dans son propre établissement public (ATA/377/2000 du 6 juin 2000), lorsqu'il s'était vu reprocher le développement d'un trafic de produits stupéfiants dans lequel il avait servi d'intermédiaire (ATA/294/2001 du 8 mai 2001) ou lorsqu'il avait été condamné pour deux escroqueries à une assurance sociale à la peine de quatre mois d'emprisonnement avec sursis pendant cinq ans (ATA/369/2001 du 29 mai 2001), ou encore avait fait l'objet d'une condamnation à deux mois d'emprisonnement avec sursis pendant trois ans pour abus de confiance, vol au préjudice de son employeur et d'une collègue et induction de la justice en erreur (ATA/733/2004 du 21 septembre 2004). Enfin, n'a pas été jugée à même d'exploiter un établissement public une personne qui avait fait l'objet de nombreuses plaintes et dénonciations pénales au cours des quinze années précédentes et de quatorze rapports de dénonciations et trois sanctions administratives en application de la aLRDBH au cours des quatre dernières années (ATA/552/2004 du 15 juin 2004).

La chambre administrative a, par ailleurs, confirmé le refus de l'autorisation d'exploiter notifié à une personne ayant été condamnée à deux mois d'emprisonnement avec sursis pendant deux ans pour avoir vendu un véhicule automobile qui ne lui appartenait pas, compte tenu de l'écoulement du temps. Pour autant que l'intéressée ne commette pas de nouvelle infraction, elle devait être autorisée à exploiter un établissement public si elle déposait une nouvelle demande au début de l'année 2005, soit deux ans après sa condamnation pénale (ATA/272/2004 du 30 mars 2004).

Dans des arrêts du 29 juillet 2014, la chambre administrative a confirmé des refus d'autorisation d'exploiter opposés à un même exploitant pour deux cafés-restaurants différents (ATA/600/2014 et ATA/599/2014 du 29 juillet 2014). La condition d'honorabilité n'était pas remplie, le requérant ayant été condamné à deux reprises : une première fois à une peine pécuniaire de vingt-trois jours-amende à CHF 60.-, avec sursis à l'exécution de la peine et délai d'épreuve de trois ans, ainsi qu'à une amende de CHF 300.- pour avoir violé les règles de la circulation routière en qualité de conducteur dans l'incapacité de conduire un véhicule automobile avec un taux d'alcool qualifié ; une seconde fois, à une peine pécuniaire de deux cents jours-amende à CHF 50.- avec sursis à l'exécution de la

peine et un délai d'épreuve de trois ans ainsi qu'à une amende de CHF 2'500.-, pour complicité de faux dans les titres.

La condition d'honorabilité a également été niée à un exploitant ayant été condamné à une peine pécuniaire de cent vingt jours-amende à CHF 50.-, avec sursis à l'exécution de la peine et délai d'épreuve de trois ans, ainsi qu'à une amende de CHF 1'500.-, pour usure (ATA/957/2014 du 2 décembre 2014).

c. À l'inverse, la chambre administrative a considéré que l'autorité avait mésusé de son pouvoir d'appréciation en considérant que le recourant, ayant fait l'objet, entre 2010 et 2013, de plusieurs rapports de police établis suite à des contrôles de l'établissement et ayant donné lieu à des sanctions pour infractions à l'aLRDBH, ne présentait pas les garanties suffisantes en matière d'honorabilité dans la mesure où les infractions retenues à son encontre ne revêtaient pas une gravité particulière, qu'elles n'avaient pas donné lieu à des sanctions pouvant être qualifiées de lourdes et qu'il ne ressortait pas du dossier qu'elles seraient réitérées de manière systématique (ATA/1161/2015 du 27 octobre 2015).

- 9) a. Les travaux préparatoires de la LRDBHD relèvent quant à eux que celle-ci a, entre autres, pour objectif le renforcement de la protection des travailleurs. Le projet de loi a ainsi intégré plusieurs références au droit du travail, rappelant que les employeurs devaient respecter la législation sur le travail, quels que soient les horaires d'exploitation, devant fournir une attestation démontrant qu'ils n'ont pas de retard dans le paiement de leurs cotisations sociales et pouvant être soumis à un contrôle des conditions de travail en tout temps (PL 11282, p. 44).

De même, le projet de LRDBHD avait pour objectif de rendre plus efficaces les mesures et sanctions à l'égard des contrevenants, notamment s'agissant des conditions d'exploitation commerciales des établissements et des droits des employés (PL 11282, p. 34). Le système des sanctions était simplifié et renforcé : le projet de loi considérait comme graves les infractions relatives aux horaires d'ouverture et de fermeture, à la législation sur la vente d'alcool, à la législation sur les denrées alimentaires et les objets usuels, ainsi que les animations organisées sans autorisation. Cette nouvelle disposition garantissait des sanctions plus sévères à l'encontre des contrevenants, s'agissant de ces infractions (PL 11282, p. 43).

b. Ainsi, alors que l'art. 70 aLRDBH indiquait qu'« en cas d'infraction à la législation ou aux conditions particulières de l'autorisation, le département [pouvait], en tenant compte de la gravité de l'infraction ou de sa réitération, prononcer, à l'encontre de l'exploitant : la suspension de l'autorisation d'exploiter pour une durée de dix jours à six mois (let. a), le retrait de l'autorisation d'exploiter (let. b), le nouvel art. 63 LRDBHD indique qu'en cas d'infraction à la LRDBHD et à ses dispositions d'exécution, ainsi qu'aux conditions de

l'autorisation, le département prononce, en tenant compte de la gravité de l'infraction ou de sa réitération, les mesures suivantes à l'encontre de l'exploitant :

- a) l'obligation de suivre une formation complémentaire, définie par le règlement d'exécution, en lien avec le domaine dans lequel l'infraction a été commise;
- b) la suspension de l'autorisation d'exploiter, pour une durée maximum de six mois;
- c) le retrait de l'autorisation d'exploiter.

La LRDBHD précise que sont notamment considérées comme graves les infractions aux dispositions de la LRDBHD relatives aux horaires d'ouverture et à la vente d'alcool, à la législation sur le travail (usages, LTr) et aux assurances sociales, les inconvénients engendrés pour le voisinage, ainsi que les animations organisées sans autorisation (art. 63 al. 3 LRDBHD). Lorsqu'il a prononcé le retrait d'une autorisation d'exploiter, le département ne peut entrer en matière sur une nouvelle demande d'autorisation déposée par l'exploitant et/ou le propriétaire pendant un délai de 2 ans à compter du jour où la décision de retrait est entrée en force (art. 63 al. 4 LRDBHD).

- 10) L'excès et l'abus du pouvoir d'appréciation constituent des violations du droit, qui peuvent être revues par les autorités de recours. Cela signifie qu'une autorité judiciaire de recours qui contrôle la conformité au droit d'une décision vérifiera si l'administration a, dans l'exercice du pouvoir d'appréciation que lui confère la loi, respecté le principe de la proportionnalité – et les autres principes constitutionnels tels que l'interdiction de l'arbitraire, l'égalité, la bonne foi –, mais s'abstiendra d'examiner si les choix faits à l'intérieur de la marge de manoeuvre laissée par ces principes sont « opportuns » ou non (Thierry TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2011, n. 524 p. 174-175 ; Benoît BOVAY, Procédure administrative, 2000, p. 395). L'autorité commet un abus de son pouvoir d'appréciation tout en respectant les conditions et les limites légales, si elle ne se fonde pas sur des motifs sérieux et objectifs, se laisse guider par des éléments non pertinents ou étrangers au but des règles ou viole des principes généraux précités (Benoît BOVAY, op. cit., p. 395).
- 11) Le principe de la proportionnalité, garanti par les art. 5 al. 2 et 36 al. 3 Cst., exige qu'une mesure restrictive soit apte à produire les résultats escomptés et que ceux-ci ne puissent être atteints par une mesure moins incisive. En outre, il interdit toute limitation allant au-delà du but visé et exige un rapport raisonnable entre celui-ci et les intérêts publics ou privés compromis (ATF 126 I 219 consid. 2c et les références citées).

Traditionnellement, le principe de la proportionnalité se compose des règles d'aptitude – qui exige que le moyen choisi soit propre à atteindre le but fixé – de nécessité – qui impose qu'entre plusieurs moyens adaptés, l'on choisisse celui qui porte l'atteinte la moins grave aux intérêts privés – et de proportionnalité au sens étroit – qui met en balance les effets de la mesure choisie sur la situation de l'administré et le résultat escompté du point de vue de l'intérêt public (ATF 125 I 474 consid. 3 ; arrêt du Tribunal fédéral 1P. 269/2001 du 7 juin 2001 consid. 2c ; ATA/569/2015 du 2 juin 2015 consid. 24c et les arrêts cités).

- 12) En règle générale, s'appliquent aux faits dont les conséquences juridiques sont en cause, les normes en vigueur au moment où ces faits se produisent (ATA/1184/2015 du 3 novembre 2015 ; ATA/113/2013 du 26 février 2013 ; Pierre MOOR/Alexandre FLÜCKIGER/Vincent MARTENET, Droit administratif, 3ème éd., 2012, vol. 1, p. 184).

Liée aux principes de sécurité du droit et de prévisibilité, l'interdiction de la rétroactivité des lois résulte du droit à l'égalité de l'art. 8 Cst., de l'interdiction de l'arbitraire et de la protection de la bonne foi garanties par les art. 5 et 9 Cst.

L'interdiction de la rétroactivité (proprement dite) fait obstacle à l'application d'une norme à des faits entièrement révolus avant son entrée en vigueur, car les personnes concernées ne pouvaient, au moment où ces faits se sont déroulés, connaître les conséquences juridiques découlant de ces faits et se déterminer en connaissance de cause. Une exception à cette règle n'est possible qu'à des conditions strictes, soit en présence d'une base légale suffisamment claire, d'un intérêt public prépondérant, et moyennant le respect de l'égalité de traitement et des droits acquis (ATF 138 I 189 consid. 3.4 ; 119 Ia 254 consid. 3b et la jurisprudence citée). La rétroactivité doit en outre être raisonnablement limitée dans le temps (ATF 125 I 182 consid. 2b/cc ; 122 V 405 consid. 3b/aa ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_366/2016 du 13 février 2017 consid. 2.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_273/2014 du 23 juillet 2014 consid. 4.1 ; ACST/1/2015 du 23 janvier 2015 consid. 7c ; Pascal MAHON, Droit constitutionnel, 3ème éd., 2014, vol. I, n. 167 p. 281 ss ; Pierre MOOR/Alexandre FLÜCKIGER/Vincent MARTENET, op. cit., p. 198 ss ; Thierry TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2012, n. 420 p. 135 ; René WIEDERKEHR/Paul RICHLI, Praxis des allgemeinen Verwaltungsrecht, 2012, n. 843 p. 282).

- 13) En l'espèce, la décision querellée rejette l' « autorisation d'exploiter » un établissement soumis à la LRDBHD du 3 janvier 2017 visant le commerce à l'enseigne « B_____ Sarl ».

Dans ses considérants, la décision ne porte que sur les qualités d'exploitant et ne fait mention que de l'art. 9 LRDBHD.

Le dispositif accorde un délai au recourant pour présenter un nouveau gérant pour l'établissement.

L'analyse de la décision ne portera en conséquence que sur la question de l'honorabilité de l'exploitant, celle du propriétaire n'étant pas litigieuse.

- 14) Le PCTN motive son refus exclusivement sur les faits ayant fondé l'ordonnance pénale du 23 décembre 2016.

Or, le recourant n'a pas contesté, lors de son audition par l'OCIRT du 17 mars 2016, avoir employé dix personnes sans qu'elles soient au bénéfice d'autorisations de travail valables en Suisse pendant les périodes évoquées dans l'ordonnance pénale, soit entre le 1^{er} juin 2010 et le 15 mars 2016. Il conteste les avoir employées de façon intentionnelle et à plein temps. Point n'est besoin d'instruire ces deux points, dès lors qu'il est établi que le recourant a employé de nombreuses personnes, pendant de longues durées, aucune n'ayant été employée moins d'une année et la majorité des employés l'ayant été pendant plusieurs années. Il s'agit d'un type d'infractions qui a un lien étroit avec l'activité pour laquelle l'autorisation est sollicitée et qui est expressément mentionnée à l'art. 9 LRDBHD. La condamnation repose en outre sur des faits commis dans l'exercice de son activité d'exploitant de l'établissement faisant précisément l'objet de la requête en autorisation d'exploiter. Elle est grave car portant sur de nombreux cas, pendant de longues périodes. La condamnation en cause est en conséquence de nature à mettre sérieusement en doute les capacités du recourant à garantir que l'entreprise sera exploitée, notamment, en conformité avec les prescriptions en matière de police des étrangers.

Toutefois, selon la jurisprudence précitée, les cas où la chambre de céans avait retenu que la condition de l'honorabilité n'était plus remplie s'accompagnaient de la commission d'autres infractions pénales, à l'instar d'actes d'ordre sexuel commis dans l'établissement (ATA/377/2000 précité), le développement d'un trafic de stupéfiants en servant d'intermédiaire (ATA/294/2001 précité), une escroquerie à l'assurance sociale (ATA/369/2001 précité), la vente d'un véhicule automobile n'appartenant pas à l'intéressé (ATA/272/2004 précité), le faux dans les titres (ATA/599/2014 et ATA/600/2014 précités), usure (ATA/957/2014 précité). Or, tel n'est pas le cas en l'espèce. Par ailleurs, s'il peut être tenu compte du comportement de l'intéressé avant l'entrée en vigueur de la LRDBHD, la condition de l'honorabilité de l'exploitant étant déjà une condition existant dans l'aLRDBH (art 5 al. 1 let. d aLRDBH), le fait que l'accent soit nouvellement mis sur les conditions d'exploitation commerciales des établissements et les droits des employés doit aussi être un élément qui doit être pris en considération. Or, la très grande majorité des infractions reprochées au recourant se sont déroulées sous l'aLRDBH. Le recourant a fait l'objet d'une seule condamnation. Celle-ci devrait lui permettre de prendre conscience de la gravité et des conséquences de ses actes. L'intéressé a toutefois reconnu les faits

auprès de l'OCIRT et a engagé du personnel administratif pour veiller à ne plus se trouver en situation illégale. Par ailleurs, il se montre impliqué sur le plan social, contribuant à la réinsertion professionnelle, travaillant avec l'office cantonal de l'emploi et la fondation G_____, ce que cette dernière a confirmé. De surcroît, contrairement à ce que soutient l'intimé, le recourant n'a aucunement voulu l'induire en erreur, sa requête ayant, preuve à l'appui, été postée avant qu'il ne reçoive la condamnation pénale. S'il n'a effectivement pas répondu de façon extrêmement précise au formulaire, notamment dans les distinctions entre propriétaire et exploitant, il n'a pas caché avoir fait l'objet d'une sanction lors d'un contrôle dans le cadre de la CCNT. Enfin, l'intimé ne conteste pas que les employés étaient annoncés à F_____.

Dans ces conditions et vu les circonstances particulières du cas d'espèce, compte tenu de la jurisprudence précitée, du durcissement voulu par le législateur à compter de l'entrée en vigueur de la nouvelle LRDBHD, du principe de non-rétroactivité susmentionné, du fait que l'art. 63 al. 3 LRDBHD ne fait pas mention des violations de la LEtr, que la sanction maximale prévue, tant par l'aLRDBH que par la LRDBHD, limite la suspension de l'autorisation d'exploiter à six mois au maximum (art. 63 al. 1 let. b LRDBHD), le PCTN a violé le principe de la proportionnalité, singulièrement le sous-principe de la nécessité, et a abusé de son pouvoir d'appréciation en considérant que le recourant ne présentait pas les garanties suffisantes en matière d'honorabilité en qualité d'exploitant pour que l'autorisation d'exploiter l'établissement dont il est propriétaire soit délivrée.

L'attention du recourant est toutefois expressément attirée sur le fait que toute réitération tomberait sous l'art. 63 al. 1 LRDBHD et pourrait, cas échéant, entraîner la révocation ou le non renouvellement de l'autorisation.

- 15) Au vu de ce qui précède, le recours sera partiellement admis et la cause renvoyée au département pour analyse des autres conditions d'octroi de la délivrance de l'autorisation d'exploiter.
- 16) Vu l'issue du litige, aucun émolument ne sera perçu (art. 87 al. 1 LPA). Une indemnité de procédure de CHF 1'000.- sera allouée au recourant, qui y a conclu et qui a encouru des frais pour sa défense (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 29 mai 2017 par Monsieur A_____ contre la décision du service de police du commerce et de lutte contre le travail au noir du 26 avril 2017 ;

au fond :

l'admet partiellement ;

renvoie la cause au service de police du commerce et de lutte contre le travail au noir au sens des considérants ;

dit qu'il n'est pas perçu d'émolument ;

alloue une indemnité de procédure de CHF 1'000.- à Monsieur A_____ à la charge du service de police du commerce et de lutte contre le travail au noir ;

dit que conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), la présente décision peut être portée 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. La présente décision et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

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

Siégeant : Mme Junod, présidente, M. Verniory, Mme Payot Zen-Ruffinen, M. Pagan, Mme Krauskopf, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière-juriste :

S. Hüsler Enz

la présidente siégeant :

Ch. Junod

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :