

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2412/2010-EXPLOI

ATA/480/2011

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 26 juillet 2011

2^{ème} section

dans la cause

Monsieur B_____

représenté par Me François Canonica, avocat

contre

SERVICE DU COMMERCE

EN FAIT

1. Monsieur B_____ exploite sous la raison individuelle « B_____ » un café-restaurant à l'enseigne « P_____ » initialement exploité sous l'enseigne « S_____ » sis, _____, rue X_____ à Genève et, à la même adresse, il est propriétaire d'un kiosque-épicerie-sandwicherie.
2. Le 25 janvier 2005, le département de justice, police et sécurité a autorisé M. B_____, à vendre des boissons fermentées (vins, bières, cidres) et distillées (liqueurs, eaux-de-vie) à l'emporter dans leur emballage d'origine fermé et cacheté (pas de mise en bouteille), à l'exclusion de tout débit sur le comptoir, dans une sandwicherie située, _____, rue X_____ à Genève.
3. Par décision du 15 février 2008, le service du commerce du département de l'économie et de la santé (ci-après : SCom ou le service) a autorisé M. B_____ à exploiter le café-restaurant à l'enseigne « P_____ ».
4. Le 2 juin 2010, le SCom a autorisé M. B_____ à vendre des boissons fermentées (vins, bières, cidres) et distillées (liqueurs, eaux-de-vie, alcopops) à l'emporter dans leur emballage d'origine fermé et cacheté (pas de mise en bouteille), à l'exclusion de tout débit sur le comptoir, dans un restaurant situé _____, rue X_____ à Genève.
5. Le 28 juin 2010, le SCom a établi un rapport d'inspection concernant la « P_____ ».

Le motif principal de l'infraction était l'affectation des locaux de l'établissement à un autre but qu'à l'exploitation d'un café-restaurant.

Lors d'un contrôle de la loi sur la vente à l'emporter des boissons alcooliques du 22 janvier 2004 (LVEBA - I 2 24) effectué le 25 juin 2010 et d'un contrôle de la loi sur la restauration, le débit de boissons et l'hébergement du 17 décembre 1987 (LRDBH - I 2 21) effectué le 28 juin 2010 dans l'établissement « P_____ », il avait été constaté que l'établissement était une « couverture » afin de vendre de l'alcool à l'emporter après 21h00. Les locaux étaient affectés à un autre but qu'à l'exploitation de l'établissement, l'assortiment ne comportait pas la mention des trois boissons dites « sans alcool », l'attention des consommateurs n'était pas attirée sur cette offre de boissons sans alcool, l'établissement ne servait aucun met, l'indication des prix était insuffisante pour les boissons distillées à l'emporter, l'indication des prix pour les boissons à consommer sur place était inexistante, l'établissement avait une communication intérieure accessible par la clientèle avec un établissement de catégorie différente (épicerie) et il n'y avait pas de registre du personnel.

D'après l'exploitant, l'établissement était en travaux et allait bientôt offrir des mets à sa clientèle. Or la même réponse avait été donnée à un inspecteur du SCom trois ans auparavant.

De plus, la gendarmerie genevoise avait constaté que cet établissement n'ouvrait qu'à partir de 21h00, heure à laquelle l'épicerie de l'exploitant n'était plus autorisée à vendre des boissons alcooliques à l'emporter. Le but de cet établissement était uniquement de prendre le relais de l'épicerie attenante.

6. Par décision remise en mains propres le 1^{er} juillet 2010, le SCom a prononcé la fermeture immédiate de l'établissement « P_____ ».

Dite décision était déclarée exécutoire nonobstant recours.

Elle se fondait sur le fait que M. B_____ avait déjà fait l'objet de plusieurs contrôles et que les procès-verbaux et contraventions avaient déjà été dressés à son encontre. En date du 2 juin 2010, l'établissement avait fait l'objet d'une fermeture administrative d'une durée de soixante heures. La gendarmerie genevoise avait également fait plusieurs contrôles et constaté que l'établissement était considéré comme un magasin au sens de l'art. 3 al. 1 de la loi sur les heures d'ouverture des magasins du 15 novembre 1968 (LHOM - I 1 05). L'établissement était exploité dans l'unique but de contourner la LVEBA afin de pouvoir vendre des boissons alcooliques après 21h00.

7. M. B_____ a saisi le Tribunal administratif, devenu depuis le 1^{er} janvier 2011 la chambre administrative de la section administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) d'un recours contre la décision précitée par acte du 9 juillet 2010. Préalablement, il a sollicité la restitution de l'effet suspensif au recours et sur le fond à l'annulation de la décision du 1^{er} juillet 2010.

Initialement exploité sous l'enseigne « S_____ », le restaurant se nommait désormais « P_____ ». L'établissement cuisinait essentiellement des sandwiches et paninis chauds, servis sur place ou à l'emporter.

Dans le courant des mois de mai et juin 2010, M. B_____ avait mis en œuvre divers travaux et procédé à l'acquisition de matériels destinés à la transformation et rénovation des cuisines du restaurant. Il avait notamment fait l'acquisition d'un lave-vaisselle et d'une vitrine réfrigérée. Alors que l'établissement était ouvert le soir exclusivement, il avait été décidé d'ouvrir à midi également, respectivement d'étendre sensiblement les propositions de menus. A cette fin, « P_____ » avait engagé un aide-cuisinier à plein-temps.

Le 30 juin 2010, « P_____ » s'était fait livrer par la société Prodega diverses denrées pour un montant de CHF 3'542,45 (diverses pièces de viandes, poissons et crustacés).

« P_____ » n'était pas un simple magasin au sens de l'art. 3 al. 1 LHOM.

La sanction était totalement disproportionnée par rapport aux seuls reproches qui pouvaient être effectivement formulés à l'encontre de M. B_____, soit l'omission de proposer du lait dans sa liste de boissons.

8. Invité à se déterminer sur la question de la restitution de l'effet suspensif, le SCom a déclaré ne pas s'y opposer.

9. Par décision du 27 juillet 2010, la présidente de la chambre administrative a restitué l'effet suspensif au recours (ATA/493/2010).

10. Le 30 août 2010, M. B_____ a complété son recours.

Il avait engagé un plongeur à mi-temps dès le 15 juillet 2010.

Il avait consenti des investissements supplémentaires notamment l'acquisition d'un four de boulangerie.

Depuis la restitution de l'effet suspensif, l'établissement avait repris ses activités et procédé à des commandes de nourriture. La fermeture provisoire de même que les vacances d'été avaient eu quelques effets négatifs sur le chiffre d'affaires du mois d'août.

11. Dans sa réponse sur le fond du 20 octobre 2010, le SCom s'est opposé au recours.

Il ressortait du rapport de l'inspection du SCom que « P_____ » n'offrait aucun met à la clientèle et proposait, comme marchandise, uniquement des boissons, en majorité avec alcool. L'établissement répondait à la définition de l'art. 17 al. 1 let. a LRDBH mais c'était un magasin au sens de l'art. 3 al. 1 LHOM, exploité dans l'unique but de contourner la LVEBA afin de pouvoir vendre des boissons alcooliques après 21h00.

Selon le rapport de la police judiciaire du 13 octobre 2010, pendant la nuit du 2 au 3 octobre 2010, le personnel de la « P_____ » cherchait l'alcool dans le kiosque afin de le vendre aux clients envoyés par celui-ci.

En annexe à la réponse était joint un rapport établi par la police judiciaire le 13 octobre 2010 libellé comme suit :

« Lors d'une patrouille dans la nuit du 2 au 3 octobre 2010, nous avons été amenés à nous intéresser aux activités du restaurant et kiosque « P_____ » sis _____, rue X_____. En fait, ce restaurant bénéficie d'une devanture s'ouvrant sur le carrefour Y_____ qui fait office de kiosque, alimentation, tabac. Du côté de la rue X_____, il y a en effet un restaurant pizzeria de petite taille qui ne comprend que quelques tables. La seule raison sociale que nous avons trouvée au

registre du commerce est la « P _____ » sise _____, rue X_____. Nous avons pu remarquer que le statut de l'enseigne Tabacs-Journaux-Alimentation sise à la même adresse était radiée.

En entrant dans le commerce aux environs de minuit, du côté du kiosque, nous avons remarqué qu'un client se dirigeait vers le réfrigérateur des boissons alcoolisées et que le vendeur lui demandait de passer à l'arrière du commerce. Nous avons vu alors le client ressortir du kiosque, descendre le carrefour Y_____ en direction de la place Z_____ puis bifurquer en direction de la rue X_____ n° _____. A cet endroit, le client s'adressait au personnel de la pizzeria qui allait chercher l'alcool dans le kiosque.

Nous avons pu observer ce manège à quelques reprises et avons dans ce contexte procédé au contrôle de deux clients (...).

Lors de leurs achats, ces derniers avaient acquis tous deux une bouteille de vodka pour CHF 35.-. Mentionnons que nous avons pu voir que le vendeur allait chercher les bouteilles d'alcool du côté du kiosque.

Nous avons ensuite pris langue avec le vendeur (...). Ce dernier a reconnu qu'il vendait l'alcool fort en demandant aux clients de faire le tour et de passer par la pizzeria attenante au kiosque. Il a expliqué que c'était son gérant, M. B_____ qui lui avait demandé de procéder de la sorte. Nous lui avons dit que ces agissements feraient l'objet d'un rapport au Service du commerce ».

12. La chambre administrative a tenu une audience de comparution personnelle le 25 novembre 2010.

M. B_____ a confirmé être responsable du kiosque dont la raison sociale était B_____ S.A., _____, place Z_____ ainsi que de la « P_____ » _____, rue X_____. Il a également confirmé que lorsqu'une personne voulait acheter une bouteille d'alcool au-delà de 21h00 et qu'elle se présentait au kiosque, ses employés la dirigeaient sur la pizzeria. Une personne pouvait donc acheter une bouteille d'alcool à la pizzeria, ce qui pour lui était conforme à l'autorisation du 2 juin 2010. L'encaissement d'un tel achat se faisait par le restaurant, la bouteille était prélevée sur le stock de celui-ci.

Le 28 juin 2010, le restaurant était fermé car il n'y avait pas beaucoup de clients mais il était ouvert le soir. Les travaux en cours n'empêchaient pas l'exploitation de la pizzeria.

Pour le surplus, M. B_____ a déclaré que les faits du 2 octobre 2010 étaient partiellement contestés.

A la demande des parties, un délai au 15 décembre 2010 leur a été imparti pour compléter leurs dossiers de pièces.

13. Le 14 décembre 2010, M. B_____ a déposé des pièces complémentaires établissant que jusqu'au 30 juin de cette année-ci, « P_____ » proposait les vendredis et samedis de 04h00 à 08h00 du matin des mets à destination des noctambules sortant des divers établissements de la ville, les fiches des caisses pour le mois de septembre 2010 attestant de la confection et de la vente de repas, les photographies des réfrigérateurs et congélateurs dans lesquels étaient stockés les paninis, la charcuterie, la pâte à pizza, les produits frais, le poisson, la viande, les légumes, les frites soit l'ensemble des produits destinés à la confection de repas.

Il a également demandé l'audition de témoins.

14. Le même jour, le SCom a également complété son dossier de pièces comportant notamment les photographies prises le 25 juin 2010 ainsi que la carte des mets de la « P_____ ». Celle-ci est intitulée « Menu restauration du samedi & vendredi du 4H à 8H du matin ».

15. Dans son audience du 27 janvier 2011, la chambre administrative a entendu des témoins en présence des parties.

- a. Monsieur T_____, inspecteur du SCom a confirmé son rapport du 28 juin 2010.

Dans le cadre de son activité, il faisait régulièrement des contrôles inopinés comme ceux des 25 et 28 juin 2010.

Lors du contrôle du 25 juin 2010 à 23h00, il avait constaté que l'établissement ne servait aucun met et qu'il n'y avait pas de clients dans la salle du restaurant. En revanche, il avait vu la carte de l'établissement. Il s'était rendu dans la cuisine, avait pu constater qu'il était évident qu'elle n'était pas en activité. Il n'avait pas vu de cuisinier.

Il avait pu constater et entendre que des chalands qui se présentaient dans l'épicerie pour acheter de l'alcool étaient invités par le vendeur à faire le tour du pâté de maisons et à rejoindre l'établissement par la pizzeria. Ils acquéraient alors la boisson désirée et s'en allaient.

Il avait ouvert des frigos et des congélateurs et constaté que dans l'un d'entre eux se trouvaient quelques pâtes à pizza, quelques feuilles de salade, mais en aucun cas assez de marchandises pour honorer la carte de l'établissement.

Le stock d'alcool des boissons vendues à l'emporter se trouvait dans le restaurant.

Lors du contrôle du 28 juin 2010 à 14h45, il avait rencontré M. B_____. La cuisine se trouvait dans le même état que ce qu'il avait constaté le 25 juin

2010. Elle n'avait pas l'air d'avoir été utilisée pour le repas de midi. Il n'y avait pas de clients dans la salle du restaurant. L'épicerie était ouverte. Lors de ce contrôle, il n'avait pas vu de personnes repartir avec des bouteilles d'alcool qu'elles auraient achetées dans le restaurant.

M. B_____ lui avait ouvert les frigos qui ne contenaient pas davantage de marchandises que le 25 juin 2010. Selon ses souvenirs, M. B_____ lui avait dit qu'il allait commencer la restauration à partir du 1^{er} juillet 2010 et cela parce que l'établissement était en travaux.

Lorsqu'il avait amené à M. B_____ la décision le 1^{er} juillet 2010, l'entrevue ne s'était pas très bien passée. Il ne se souvenait pas qu'à cette occasion M. B_____ aurait ouvert des frigos pour lui montrer la marchandise qui s'y trouverait. Il était alors 16h07, le restaurant était fermé et il était passé par l'épicerie.

Depuis lors, il n'était pas retourné dans l'établissement car il avait changé de secteur.

b. Monsieur R_____, inspecteur à la brigade des mineurs, a confirmé le rapport établi le 13 octobre 2010. Dans le cadre de son travail, il effectuait des tournées avec des collègues la nuit de 17h00 à 01h00 du matin. Ils s'intéressaient notamment aux kiosques en relation avec la vente de boissons alcoolisées à des mineurs.

C'était en effectuant une patrouille dans la nuit du 2 au 3 octobre 2010 qu'ils étaient entrés dans le kiosque de la « P_____ » afin de vérifier qu'il n'y avait pas de mineurs à l'intérieur, ce qui n'était pas le cas.

Il pouvait confirmer que le kiosque et la pizzeria communiquaient par une porte.

Alors que lui-même et son collègue étaient dans le kiosque, un client était entré pour acheter de l'alcool. Le vendeur lui avait dit qu'il fallait qu'il passe par derrière. Les deux inspecteurs avaient emboîté le pas à l'acheteur. De mémoire, ce dernier n'était même pas entré dans la pizzeria mais le vendeur lui avait donné une bouteille d'alcool. Un peu surpris par ce manège, ils n'avaient pas contrôlé le client en question mais ils l'avaient fait pour les suivants. C'est alors qu'ils avaient pu constater qu'au moment où les clients quittaient le kiosque pour rejoindre le restaurant, la personne qui leur avait répondu prenait une bouteille dans le kiosque et partait en direction du restaurant. Lui-même n'était pas entré à l'intérieur du restaurant.

Lorsque lui-même et son collègue avaient fait remarquer au vendeur que sa pratique était illégale, celui-ci leur avait répondu : « c'est mon patron qui m'a dit de faire comme ça ».

c. Monsieur M_____ a été entendu, il travaillait à la « P_____ » depuis le mois d'octobre 2009, d'abord à temps partiel puis à plein temps depuis le 1^{er} juillet 2010. Jusqu'à cette date, le restaurant était ouvert le soir. On pouvait manger des plats chauds comme des pâtes ou des brochettes de dinde. Depuis que le restaurant était ouvert à midi et le soir, il avait de l'aide.

Il n'avait jamais vendu de boissons alcoolisées à un client qui n'aurait pas pris au moins un sandwich, c'était le règlement et les clients le connaissaient.

Le 25 novembre 2010, il avait reçu la visite d'une personne venant du SCom. Celle-ci avait consulté la carte et lui avait demandé s'il avait des pizzas. Il avait répondu par l'affirmative et les lui avait montrées. Il lui avait également montré les cuisses de poulet, des salades, en bref, tout ce que cette personne lui demandait. Celle-ci n'avait rien mangé, avait pris des photographies dans la cuisine et l'avait questionné sur ses conditions de travail puis il était parti.

Les travaux d'aménagement du restaurant avaient duré assez longtemps, mais pendant toute cette période celui-ci était néanmoins ouvert le soir.

Il était arrivé que des gens qui consommaient sur place partent avec une bouteille d'alcool.

De tout temps, les frigos renfermaient la marchandise nécessaire pour confectionner les mets offerts par l'établissement.

d. Monsieur Demetrius Ferreira De Sousa, plongeur à la « P_____ » depuis le 1^{er} juillet 2010, a été entendu.

Il voyait son collègue M. M_____ faire la cuisine pour les clients. Son horaire de travail était de 20h00 à 02h00 du matin, vingt heures par semaine.

Il avait vu des personnes venir au restaurant le soir et consommer de l'alcool. Il était arrivé que certains consommateurs partent avec une bouteille d'alcool. Il ne pouvait pas répondre à la question de savoir s'il était arrivé qu'un client sorte de l'établissement avec une bouteille d'alcool sans avoir consommé.

16. Toujours en présence des parties, la chambre administrative a entendu des témoins le 23 mars 2011.

a. Monsieur D_____, inspecteur du SCom a confirmé qu'en été 2010, il était en charge du secteur de Y_____. C'était dans ce contexte que des collègues qui devaient faire une notification à la « P_____ » l'avaient appelé puisque il n'était pas très loin. Une décision avait été remise à M. B_____. Cela s'était relativement bien passé. Les inspecteurs étaient entrés par la pizzeria, laquelle communiquait avec l'épicerie adjacente. Ses collègues avaient procédé à des

vérifications, notamment en ouvrant les portes des frigos. Lui-même n'avait fait aucune constatation.

Il s'étonnait que l'on puisse délivrer une autorisation à un établissement telle que la pizzeria dans la mesure où il communiquait directement avec un commerce. Il avait posé la question à M. B_____ qui lui avait répondu que c'était à cause de l'emplacement des toilettes.

Il n'était pas retourné à la pizzeria depuis lors. En revanche, il était allé quelques fois à l'épicerie dans le cadre de contrôles qu'il effectuait en soirée en relation avec la vente d'alcool. Il ne savait plus à quelle date il avait établi un rapport pour vente d'alcool illégale, soit après 21h00.

Le collègue qui avait ouvert les frigos le 1^{er} juillet 2010 était M. T_____. Il lui avait dit qu'il y avait juste de quoi faire deux pizzas dans les frigos. Il ne se souvenait pas que lors de la visite du 1^{er} juillet 2010 M. B_____ ait ouvert les frigos et les congélateurs.

Il tombait sous le sens que les locaux de la pizzeria et ceux de l'épicerie devaient être complètement séparés.

b. Monsieur L_____, inspecteur au SCom a été entendu. Alors qu'il était en charge du secteur de Y_____, il avait connu la « P_____ ». Il n'avait pas pu faire de contrôles de cet établissement car celui-ci était toujours fermé.

En juin 2010, il avait fait un contrôle accompagné de trois collègues. Il s'agissait d'un contrôle nocturne en relation avec la vente d'alcool. A cette occasion, tous trois avaient constaté, après être restés sur les lieux un moment, que des chalands sortaient de la pizzeria avec des sacs contenant des bouteilles d'alcool. Ils étaient alors entrés dans l'établissement et avaient constaté qu'il n'y avait pas de clients qui consommaient ou qui mangeaient. Ils avaient rencontré une personne qui leur avait déclaré être responsable de l'établissement mais qui n'était pas M. B_____.

Il était retourné dans l'établissement pour une notification de fermeture. M. B_____ qui était sur place leur avait ouvert les congélateurs et les frigos. Les congélateurs étaient pleins de bouteilles et il n'y avait pas de nourriture. Les frigos ne contenaient pratiquement rien, hormis quelques sacs en plastique dont il ne savait pas ce qu'ils contenaient.

Lors du premier contrôle qu'il avait effectué dans l'établissement, il avait constaté que des clients entraient dans l'établissement et allaient directement à la cuisine pour se servir d'alcool. Il avait trouvé cette situation anormale. Il avait constaté que les frigos étaient pratiquement vides de toute nourriture et que la cuisinière n'avait visiblement pas été utilisée ce jour-là. Des chaises se trouvaient entassées au fond de l'établissement et aucun client ne consommait ou n'était

attablé. Il avait demandé au serveur qui était sur place s'il pouvait manger une pizza. Il lui avait répondu qu'il y en avait à l'épicerie, qu'il pouvait en prendre et la mettre au four à micro-ondes.

Personnellement, il réprouvait la vente d'alcool dans les conditions pratiquées par M. B_____.

c. Monsieur C_____, inspecteur au SCom, a été entendu.

Il a confirmé avoir effectué un contrôle à la « P_____ » en relation avec la vente de boissons alcoolisées à des mineurs le 25 novembre 2010.

C'est lui qui avait pris les photographies produites par le SCom. Dans l'établissement, il n'y avait personne. Les personnes qui avaient été contrôlées étaient celles qui quittaient l'établissement avec un sac en plastique contenant de l'alcool. Celui-ci avait probablement été acheté dans la pizzeria qui bénéficiait à cette époque-là d'une patente de vente d'alcool à l'emporter. Le contrôle ne portait pas sur la vente d'alcool en tant que telle mais sur l'âge du chaland. Finalement, il s'était avéré qu'il s'agissait de jeunes adultes. Dans la mesure où il n'y avait pas d'infractions formelles, aucun rapport n'avait été établi suite à cette visite.

Lors du contrôle du 25 novembre 2010, il avait constaté qu'il n'y avait pas les denrées nécessaires pour confectionner les mets figurant sur la carte de l'établissement. En ouvrant les frigos, il avait constaté qu'ils contenaient deux boules de pâte à pizza ainsi qu'un paquet de pâtes fraîches pour quatre à cinq personnes. Il n'avait pas ouvert les congélateurs. La cuisine était propre et n'avait pas été utilisée. Le contrôle avait eu lieu aux alentours de 21h00. M. B_____ n'était pas présent dans l'établissement, les tables n'étaient pas dressées et aucun client ne s'était présenté.

Il avait demandé au serveur ce qu'il pouvait manger et il lui avait répondu une pizza ou des pâtes. Il avait demandé s'il pouvait manger une entrecôte et le serveur lui avait répondu par la négative.

Il n'avait pas contrôlé le congélateur en inox. Il avait pu constater que celui qui se trouvait dans la cuisine était rempli de bouteilles de vodka. Il y avait également deux armoires où se trouvaient principalement des bouteilles d'alcool et de vin ainsi que des sodas et autres minérales.

Il n'était pas présent lors de la notification du 1^{er} juillet 2010.

En revanche il avait participé à un contrôle en avril 2010 qui portait sur la vente d'alcool à l'emporter. A cette époque, la pizzeria n'avait pas une telle patente, seule l'épicerie en disposait. En vérifiant les tickets de caisse, il avait pu constater que la quasi-totalité des ventes de l'ordre de plusieurs milliers de francs

effectuée par la pizzeria ce jour-là portait sur l'alcool. Il savait que M. B _____ avait été sanctionné pour cette infraction.

Lors du contrôle du mois de novembre 2010, il avait pu constater que la pizzeria ne disposait pas de stocks de marchandises ni de chambre froide, éléments que l'on trouve généralement dans les autres établissements de ce type. Le seul stock de marchandises qu'il avait vu était de l'alcool.

Répondant à une question qui lui était posée par M. B _____, le témoin a confirmé que pour lui, l'attitude de M. B _____ lui permettait de contourner la LHOM, respectivement l'interdiction de vendre de l'alcool après 21h00.

Il passait régulièrement devant l'établissement entre 13h30 et 14h00 et celui-ci était toujours fermé. Il n'avait jamais constaté la présence de M. B _____ dans l'établissement.

Lors du contrôle du 25 novembre 2010, il avait ouvert un frigo se trouvant à gauche en entrant dans la cuisine, l'employé lui ayant dit que c'est là que se trouvait le stock des denrées alimentaires. Il avait alors vu que le frigo contenait les deux boules de pâte à pizza ainsi que le paquet de pâtes fraîches dont il avait parlé plus haut. Il n'avait pas ouvert les autres frigos parce qu'il avait confiance dans les déclarations que lui avait faites l'employé.

Le 18 avril 2011, le SCom a déclaré qu'il n'avait pas d'observations supplémentaires à formuler.

17. M. B _____ s'est exprimé en dernier lieu dans ses conclusions motivées du 29 avril 2011.

C'était en vain que le SCom lui prêtait la volonté malhonnête d'avoir créé son restaurant dans le seul but de contourner la loi. Si tel avait été le cas, il n'aurait pas investi près de CHF 225'000.- dans la création d'une pizzeria ni engagé un cuisinier à temps plein pour que celui-ci concocte quotidiennement des plats chauds pour une clientèle fidèle.

Les rapports et déclarations des inspecteurs du SCom contenaient des contradictions manifestes. En effet, ces derniers n'avaient pas procédé à une vérification complète de l'infrastructure de l'établissement, ils n'avaient même pas pris la peine d'ouvrir tous les congélateurs et frigos ni d'interroger le cuisinier. En outre, les contrôles réalisés l'avaient été à des heures où le restaurant était fermé, ce que le SCom n'ignorait pas.

La décision du 1^{er} juillet 2010 consacrait une appréciation des faits à la fois incomplète et contraire à la réalité et elle devait être annulée si tant est qu'elle était arbitraire.

18. Sur quoi, comme annoncé lors de l'audience du 23 mars 2011, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. Depuis le 1^{er} janvier 2011, suite à l'entrée en vigueur de la nouvelle loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 (LOJ - E 2 05), l'ensemble des compétences jusqu'alors dévolues au Tribunal administratif a échu à la chambre administrative, qui devient autorité supérieure ordinaire de recours en matière administrative (art. 132 LOJ).

Les procédures pendantes devant le Tribunal administratif au 1^{er} janvier 2011 sont reprises par la chambre administrative (art. 143 al. 5 LOJ). Cette dernière est ainsi compétente pour statuer.

2. Interjeté en temps utile devant la juridiction alors compétente, le recours est recevable (art. 56A de la loi sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 - aLOJ ; art. 63 al. 1 let. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10, dans sa teneur au 31 décembre 2010).

3. a. Le recourant est au bénéfice d'une autorisation de vente à l'emporter de boissons alcooliques au sens de l'art. 2 LVEBA pour un kiosque-sandwicherie.

Dans cet établissement, la vente de boissons alcooliques à l'emporter est interdite de 21h00 à 07h00, indépendamment des dispositions de la loi sur les heures d'ouverture de la LHOM (art. 11 al. 1 LVEBA).

b. Le recourant est également au bénéfice d'une autorisation d'exploitation d'un café-restaurant au sens de l'art. 4 al. 1 LRDBH, lequel est situé à la même adresse que le kiosque et dont les locaux communiquent avec celui-ci par une porte intérieure.

La loi précise qu'elle régit l'exploitation à titre onéreux d'établissements voués à la restauration et au débit de boissons à consommer sur place (art. 1 let. a LRDBH).

c. A cette dernière autorisation, s'est ajoutée dès le 2 juin 2010, celle de vendre des boissons alcooliques à l'emporter au café-restaurant. En application de l'art. 11 al. 2 LVEBA, le recourant est ainsi autorisé à vendre de l'alcool à l'emporter pendant les horaires d'ouvertures du restaurant, donc après 21h00.

4. Le recourant conteste la mesure de fermeture immédiate de l'établissement rendue par le SCom et motivée par la constatation que les locaux du café-restaurant étaient affectés à un autre but qu'à l'exploitation de l'établissement autorisé.

- a. L'autorisation d'exploiter un café-restaurant est caduque lorsque les locaux de l'établissement sont affectés à un autre but qu'à l'exploitation de l'établissement.
- b. Le département intime l'ordre de cesser immédiatement l'exploitation de tout établissement exploité sans autorisation en vigueur et à défaut d'exécution spontanée, il procède à la fermeture de l'établissement, avec apposition de scellés (art. 67 al. 1 et 2 LRDBH).
- c. La fermeture définitive d'un établissement constitue une atteinte grave à la liberté économique.

Selon l'art. 27 al. 1 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101), la liberté économique est garantie. Elle comprend notamment le libre choix de la profession, le libre accès à une activité économique lucrative privée et son libre exercice (art. 27 al. 2 Cst.). Cette liberté protège toute activité économique privée, exercée à titre professionnel et tendant à la production d'un gain ou d'un revenu (ATF 128 I 19 consid. 4c/aa p. 29).

Conformément à l'art. 36 al. 1 Cst., toute restriction d'un droit fondamental doit être fondée sur une base légale; les restrictions graves doivent être prévues par une loi; les cas de danger sérieux, direct et imminent sont réservés. Toute restriction d'un droit fondamental doit être justifiée par un intérêt public ou par la protection d'un droit fondamental d'autrui (art. 36 al. 2 Cst.) et proportionnée au but visé (art. 36 al. 3 Cst.). Sont autorisées les mesures de police, les mesures de politique sociale ainsi que les mesures dictées par la réalisation d'autres intérêts publics (ATF 125 I 322 consid. 3a p. 326; A. Auer/G. Malinverni/M. Hottelier, Droit constitutionnel suisse, vol. II, 2ème éd. Berne 2006, no 975 ss, p. 457).

En l'espèce, il n'est pas contesté que le recourant est également au bénéfice d'une autorisation de vente d'alcool à l'emporter dans son café-restaurant depuis le 2 juin 2010. La LRDBH prévoit que les établissements qui lui sont soumis doivent être voués à la restauration et au débit de boissons à consommer sur place mais elle est muette sur les cas où l'établissement peut également proposer des boissons alcooliques à l'emporter en étant au bénéfice d'une autorisation fondée sur la LVEBA.

Ainsi, par l'octroi d'une autorisation de vente à l'emporter, la vocation première de l'établissement est en partie modifiée mais la LRDBH ne dit pas à partir de quel pourcentage du chiffre d'affaires, par exemple, l'on ne peut plus considérer qu'il s'agisse d'un café-restaurant mais d'un magasin de vente d'alcool. La fréquentation de l'établissement par des clients souhaitant se restaurer ou par d'autres, intéressés uniquement pas la vente de boissons à l'emporter, n'est pas influencée uniquement par l'exploitant mais bien plus par sa clientèle.

En l'état, faute de disposition légale indiquant clairement les limites admises entre l'exercice des deux activités, il faut admettre que les exigences de l'art. 36 Cst. pour prononcer une mesure de fermeture définitive de l'établissement ne sont pas remplies.

En conséquence, la décision de fermeture de l'établissement sera annulée.

5. En cas d'infraction à la législation ou aux conditions particulières de l'autorisation, le département peut, en tenant compte de la gravité de l'infraction ou de sa réitération, prononcer les sanctions suivantes à l'encontre de l'exploitant : la suspension de l'autorisation d'exploiter pour une durée de dix jours à six mois ou le retrait de l'autorisation d'exploiter (art. 70 al. 1 LRDBH). Suivant la nature de l'infraction, le département peut également prononcer, à la place des sanctions mentionnées à l'article 70 al. 1 LRDBH, des restrictions, pour une durée de dix jours à six mois à l'horaire d'exploitation prévu, à la prolongation de l'horaire d'exploitation prévue ou encore prononcer une interdiction de débiter des boissons alcooliques. Indépendamment du prononcé d'une sanction, le département peut infliger une amende administrative de CHF 100.- à CHF 60'000.-.

En l'espèce, les faits reprochés au recourant, constituant des violations aux art. 24, 25, 34 al. 2 et 48 LRDBH qui ont pu être établis à satisfaction de droit, sont l'absence de mention de trois boissons dites « sans alcool », le fait que l'attention des consommateurs n'était pas attirée sur cette offre de boissons sans alcool, l'insuffisance d'indication des prix pour les boissons distillées à l'emporter, l'absence d'indication des prix pour les boissons à consommer sur place et l'existence d'une communication intérieure accessible par la clientèle avec un établissement de catégorie différente ainsi que l'absence de registre du personnel et en particulier l'absence d'une activité de restauration substantielle.

Au vu des témoignages recueillis par la chambre de céans et des rapports d'inspection figurant au dossier ainsi que des photos prises par les inspecteurs du SCom, il apparaît que jusqu'au 25 juin 2010, en tout cas, l'activité principale dans les locaux de la pizzeria consistait à la vente de boissons alcoolisées. Les témoignages sont concordants et établissent que l'activité de restauration était quasi inexistante. Le recourant ne produit d'ailleurs pas de pièces, tels des tickets de caisse antérieures au 31 août 2010 qui attesteraient d'une activité de restauration prépondérante.

En conséquence, le principe d'une sanction pour la violation des obligations incombant à l'exploitant du café-restaurant telle que constatée le 25 juin 2010, apparaît comme fondé.

Compte tenu de la liberté d'appréciation laissée par la loi au service compétent, il n'appartient pas à la chambre de céans de se substituer à ce dernier pour décider de la sanction.

6. Au vu de ce qui précède, le recours sera partiellement admis et la cause renvoyée au SCom pour nouvelle décision au sens des considérants.

Un émolument de CHF 1'000.- sera mis à la charge du recourant et une indemnité de procédure de CHF 500.- lui sera allouée, à la charge de l'Etat de Genève (art. 87 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 9 juillet 2010 par Monsieur B_____ contre la décision du 1^{er} juillet 2010 du service du commerce ;

au fond :

l'admet partiellement ;

annule la décision du 1^{er} juillet 2010 du service du commerce ;

renvoie la cause au service du commerce pour nouvelle décision au sens des considérants ;

met un émolument de CHF 1'000.- à la charge de Monsieur B_____ ;

alloue une indemnité de procédure de CHF 500.- à Monsieur B_____, à la charge de l'Etat de Genève ;

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 (la présente décision) et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

communiquera le présent arrêt à Me François Canonica, avocat du recourant ainsi qu'au service du commerce.

Siégeants : Mme Bovy, présidente, Mme Hurni, M. Dumartheray, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière-juriste :

C. Derpich

la présidente siégeant :

L. Bovy

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :