RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

**A/3704/2022-EXPLOI** **ATA/448/2023**

# COUR DE JUSTICE

## Chambre administrative

## Arrêt du 27 avril 2023

**1ère section**

dans la cause

**Monsieur A_____**
représenté par Me Bettina Aciman, avocate

contre

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

## EN FAIT

1) B_____ (ci-après : B_____) est une société anonyme inscrite au registre du commerce du canton de Genève depuis le 23 juin 2017, dont le but est l'exploitation d'établissements publics, bars et restaurants, ainsi que l'organisation d'événements. Monsieur A_____ en est l'administrateur président ; Madame C_____ et Monsieur D_____ en sont administrateurs. Tous trois bénéficient d'un droit de signature collective à deux.

La société est propriétaire de deux établissements sis rue E_____ à Genève, l'un à l'enseigne « F_____ », seul concerné par le présent litige et l'autre, à l'enseigne « G_____ », situé au sous-sol du premier.

2) M. A_____ a été mis au bénéfice d'autorisations d'exploiter les établissements précités, délivrées par le service de police du commerce et de lutte contre le travail au noir (ci-après : PCTN) le 30 août 2018 pour le G_____, respectivement le 31 août 2018 pour la F_____.

Il ressort des pièces remises dans le cadre des procédures ayant conduit à la délivrance de ces autorisations que les horaires de présence effective annoncés par M. A_____ au sein de la F_____ étaient du mardi au samedi de 18h00 à 02h00 et du G_____ du mercredi au samedi de 23h00 à 04h00. Par ailleurs, celui-ci n'exerçait aucune activité lucrative en parallèle et ne percevait aucun salaire de B_____, dès lors qu'il en était actionnaire et président.

3) Entre les 15 novembre 2018 et 3 août 2022 la police a établi dix rapports suite à des contrôles effectués dans l'établissement F_____ entre les 3 novembre 2018 et 17 juin 2022, à des heures comprises entre 22h30 et 00h25.

M. A_____ était présent lors du contrôle du 3 novembre 2018. Lors des contrôles des 21 décembre 2019, 9 juillet 2020, 19 mai 2021, 17 juin 2022 et 25 juin 2022, en l'absence du précité, Monsieur H_____, s'étant présenté comme « manager et responsable » de l'établissement, a été le répondant sur place. Lors des contrôles des 17 juillet 2021 et 25 août 2021, en l'absence de l'exploitant, Madame I_____, s'étant présentée comme « responsable sur place, a été la répondante sur place. Lors du contrôle du 19 novembre 2021, en l'absence de M. A_____, Monsieur J_____, remplaçant désigné, a été le répondant sur place.

4) Le 18 novembre 2021 à 17h10, le secteur inspectorat du PCTN a procédé à un « contrôle pour prête-nom ou gestion non personnelle et effective » au sein de la F_____. M. A_____ n'était pas présent.

À teneur du rapport établi le même jour, M. H_____ avait indiqué à l'inspecteur n'avoir, en tant que directeur et manager, pas d'horaires fixes et

assurer le fonctionnement opérationnel de l'établissement. Il était notamment en charge de tout ce qui concernait la logistique, la relation avec la clientèle, le planning du personnel et la gestion de l'équipe. La F_____ employait seize personnes, que Mme C_____ avait recrutées. Cette dernière avait également entrepris les démarches administratives en lien avec leur engagement, tenait à jour le registre du personnel et se chargeait notamment de la rétrocession des charges sociales et du renouvellement des permis de travail. Lui-même fixait les horaires de travail, répartissait le travail entre les employés, exerçait une surveillance sur la qualité de leur travail, effectuait les commandes et réceptionnait la marchandise, fixait les prix et procédait aux inventaires. Un premier contrôle de la caisse était effectué à la fermeture de l'établissement par un « bar manager » et un second par lui-même le lendemain matin. Les deux « bar managers » effectuaient l'ouverture et la fermeture de l'établissement ; ils possédaient, de même que Mme C_____ et lui-même, les clés de l'établissement.

5) a. Le 18 février 2022, le PCTN a adressé à M. A_____ copie du rapport précité et l'a informé de l'ouverture d'une procédure administrative à son encontre au motif qu'il servait de prête-nom à M. H_____, considéré comme l'exploitant effectif de la F_____, ce en violation des dispositions de la loi sur la restauration, le débit de boissons, l'hébergement et le divertissement du 19 mars 2015 (LRDBHD - I 2 22) et de son règlement d'application sur l'obligation de gérer l'établissement de manière personnelle et effective. Le PCTN envisageait de prononcer la suspension du diplôme de cafetier de M. A_____ pour une durée de 36 mois, de retirer l'autorisation d'exploiter et d'ordonner la fermeture immédiate de l'établissement, ainsi que de lui infliger une amende administrative. Son attention était attirée sur les mesures prévues à l'art. 64 LRDBHD.

b. Par courriers du même jour dont la teneur était similaire, le PCTN a également informé B_____ et M. H_____ de l'ouverture d'une procédure administrative à leur encontre et les a invités à se déterminer.

6) a. Le 21 mars 2022, M. A_____ a contesté toute violation de ses obligations d'exploitant de la F_____ et en particulier de servir de prête-nom à M. H_____. Ce dernier était le directeur de l'établissement et exerçait sa fonction avec professionnalisme et engagement. Il avait été engagé pour le seconder dans les tâches qui lui incombaient en tant qu'exploitant. Si certaines des tâches du directeur se recoupaient naturellement avec les siennes, elles se distinguaient dans la mesure où sa fonction d'exploitant impliquait un pouvoir décisionnel dont ne disposait pas M. H_____.

De manière concrète, il assumait la supervision des employés et la validation du planning (distribution des tâches, horaires de travail), la supervision du recrutement des employés (sélection finale), la supervision et la validation de toutes les décisions prises par le directeur, la gestion de l'entretien des locaux, appareils techniques et autres questions opérationnelles, la programmation

événementielle, les relations externes et le démarchage de clients pour des événements privés, le marketing et la représentation digitale, la stratégie d'entreprise, les relations avec les fournisseurs, l'établissement et le renouvellement de la carte des cocktails, la confection des menus (choix des alcools et mets sur la carte), la supervision et la validation de la fixation des prix, la gestion et la vérification hebdomadaire de la caisse ; la gestion des conflits entre employés, les relations avec les autorités administratives (notamment la Ville de Genève), les demandes d'autorisations administratives, ainsi que les relations avec le voisinage et le service de police.

Il vérifiait puis validait systématiquement le planning du personnel, de même que toutes les questions opérationnelles et logistiques, gérés par M. H_____. Ce dernier lui avait indiqué que les explications qu'il avait fournies à l'inspectrice chargée du contrôle du 18 novembre 2021 n'avaient pas toutes été retranscrites dans le procès-verbal y relatif, lequel était ainsi lacunaire. Il y avait dès lors lieu de tenir compte des déclarations de M. H_____ selon lesquelles M. A_____ avait un rôle effectif de supervision en lien avec les employés et la gestion de leur planning et était en charge de l'entretien des locaux et des aspects techniques en lien avec ceux-ci, de la programmation événementielle, du démarchage de la clientèle, du marketing digital, ainsi que de la stratégie d'entreprise pour la gestion et le développement de l'établissement. Il convenait également de corriger dans le procès-verbal certaines erreurs dans les déclarations de M. H_____, à savoir que M. A_____ disposait des clés de l'établissement, dans lequel il se trouvait régulièrement, soit plus de 20 heures par semaine entre la journée et la nuit ; il disposait d'un bureau dans les locaux de son associée Mme C_____, à une vingtaine de mètres de l'établissement ; il était exclusivement chargé, depuis la création du bar, des relations externes, notamment avec les fournisseurs, qui le connaissaient en tant qu'exploitant, et se chargeait quasiment systématiquement des commandes de boissons, ce que confirmaient des attestations qu'il produisait ; il fixait les prix ; Mme C_____ et lui-même vérifiaient en alternance la caisse chaque semaine ; si la précitée était effectivement chargée des aspects administratifs en lien avec le personnel (établissement des contrats de travail, gestion et paiement des charges sociales), il était lui-même exclusivement chargé de l'engagement du personnel (entretiens, sélection).

Il remplissait ainsi pleinement ses fonctions et charges d'exploitant de la F_____ et aucune violation de la loi ne pouvait lui être reprochée. Il n'avait pas d'intérêt à servir de prête-nom à l'un de ses employés, étant rappelé qu'il était actionnaire et administrateur de la société propriétaire de l'établissement.

b. B_____ et M. H_____ ont également transmis leurs déterminations au PCTN dans le délai imparti pour faire valoir leur droit d'être entendus.

7) Un second contrôle a été effectué par le PCTN à la F_____ le 22 février 2022 à 17h20, lors duquel M. A_____ n'était pas présent.

Selon la fiche de contrôle y relative et le rapport établi le lendemain, M. H_____ avait déclaré que M. A_____ travaillait la journée mais ne se trouvait pas sur place durant l'horaire d'exploitation de l'établissement. Ce dernier n'assurait pas une présence hebdomadaire de 15 heures au minimum qui devaient inclure les heures d'exploitation.

8) a. Le 24 mars 2022, le PCTN a adressé à M. A_____ copie du rapport précité, considérant que ce dernier servait de prête-nom à M. H_____, et l'a invité à exercer son droit d'être entendu.

b. Par courriers du même jour dont la teneur était similaire, le PCTN a également transmis le rapport à B_____ et M. H_____, les invitant à se déterminer.

9) a. Le 25 avril 2022, M. A_____, s'est référé à son courrier du 21 mars 2022. Compte tenu des explications alors fournies et dans la mesure où ses fonctions et tâches au sein de la F_____ étaient conformes à ses obligations légales en tant qu'exploitant, l'appréciation du PCTN était infondée.

Le second rapport contenait de nouvelles erreurs et ne reflétait pas la réalité. Il avait sollicité, en vain, une rencontre au PCTN en présence de Mme C_____ et M. H_____ et réitérait cette demande.

M. H_____ avait été engagé non pas dans le but de le remplacer, mais notamment pour l'assister dans ses tâches, devenues progressivement plus lourdes en raison du succès de l'établissement. Il contestait ne pas assurer les heures de présence hebdomadaire requises ; il avait lui-même été régulièrement confronté à des contrôles de police et le PCTN n'était intervenu qu'à deux reprises dont une alors qu'il était en vacances.

b. M. H_____ a également transmis ses déterminations au PCTN dans le délai imparti.

10) Le 4 mai 2022, le PCTN a indiqué ne pouvoir donner suite à la demande d'entrevue dès lors que les intéressés avaient la possibilité de faire parvenir leurs observations et pièces justificatives par écrit.

11) Le PCTN a procédé à un contrôle de la F_____ et du G_____ le 3 juin 2022 à 23h50, lors duquel M. A_____ n'était pas présent.

Selon les fiches de contrôle y relatives – que M. H_____ a refusé de signer au motif qu'il s'agissait d'une responsabilité pour laquelle il n'était pas rémunéré – et le rapport établi le lendemain, les inspecteurs avaient constaté que M.

A_____ ne figurait pas sur le planning des employés. M. H_____ avait déclaré avoir reçu un courrier du PCTN et dû engager un avocat. Il avait failli perdre son emploi alors qu'il ne faisait que son travail d'employé pour un salaire de CHF 5'000.- par mois comme manager principal. Il avait reçu le jour même à midi les directives de M. A_____, qui était venu en début de soirée et dont le rôle n'était pas de servir des bières, mais de faire venir la clientèle. Ce dernier était connu à Genève pour organiser des événements et exploitait deux clubs, étant propriétaire de l'établissement contigu à l'enseigne « K_____ ».

12) a. Le 15 juin 2022, le PCTN a adressé à M. A_____ copie du rapport précité, considérant que ce dernier servait de prête-nom à M. H_____ pour l'exploitation du G_____, et l'a invité à exercer son droit d'être entendu.

b. Par courriers du même jour dont la teneur était similaire, le PCTN a également transmis le rapport à B_____ et M. H_____, les invitant à se déterminer.

13) a. Le 18 juillet 2022, M. A_____ a contesté servir de prête-nom à M. H_____ et violer son obligation de gérer l'établissement de manière personnelle et effective.

Il avait été sur place toute la journée précédant le contrôle, partageant son temps entre la F_____ et le G_____. Dans la mesure où il se trouvait toutefois à proximité au moment du contrôle, M. H_____ avait immédiatement proposé à l'inspecteur du PCTN de l'appeler. Ce dernier avait refusé, se contentant de constater son absence.

Il exploitait simultanément trois établissements et répartissait utilement son temps entre les trois lieux. Il n'avait pas d'autre emploi.

b. B_____ et M. H_____ ont également transmis leurs déterminations au PCTN dans le délai imparti.

14) Par décision du 6 octobre 2022, le PCTN a constaté que M. A_____ avait servi de prête-nom pour l'exploitation de la F_____ en violation de l'art. 19 al. 2 LRDBHD. Les mesures de l'art. 64 LRDBHD, à savoir la suspension de la validité du diplôme de cafetier pour une durée de 36 mois, le retrait de l'autorisation d'exploiter, la fermeture immédiate de l'établissement précité et le prononcé d'une amende administrative seraient prononcées dès l'entrée en force de la décision.

Il ressortait des rapports et annexes relatifs aux contrôles effectués tant par la police que par le PCTN que M. A_____ ne gérait pas de manière personnelle et effective l'établissement, qui était en réalité exploité par M. H_____. Le premier n'effectuait aucune tâche relative au service, tandis que le second était toujours présent au sein de l'établissement afin de fixer les horaires de travail et le

répartir entre les employés, exercer une surveillance sur la qualité de leur travail, ainsi qu'effectuer les commandes et réceptionner la marchandise. Par ailleurs, la quasi-totalité des tâches administratives liées au personnel ainsi qu'à la bonne marche des affaires étaient assumées par Mme C_____.

Malgré les opportunités qui lui avaient été offertes, M. A_____ n'avait pas fourni de documents permettant de corroborer ses explications – étant relevé que les attestations produites comportaient toutes la même erreur de date et le même corps de texte – et s'était limité à contester la teneur des rapports. Ce n'était que dans son courrier du 25 avril 2022 qu'il avait pour la première fois justifié son absence à deux contrôles en raison de vacances. Ses allégations n'apparaissaient toutefois pas crédibles, dès lors qu'elles se trouvaient en contradiction avec ses premières observations du 21 mars 2022.

La douzaine de contrôles effectués depuis 2018, dont une dizaine durant les heures d'exploitation, soit lorsque les risques de survenance de troubles à l'ordre public étaient accrus, ne permettaient pas de confirmer que M. H_____ avait été engagé comme directeur et manager pour le seconder. Lui-même n'avait été présent que lors du premier contrôle et ne figurait pas sur le planning des employés qui indiquait que M. H_____ travaillait 43 heures par semaine.

En présence d'une violation des dispositions interdisant le recours à un prête-nom, le département ne pouvait entrer en matière sur une nouvelle demande d'autorisation de la personne ayant servi de prête-nom, du propriétaire de l'entreprise ou de toute autre personne ayant eu recours à un prête-nom dans les 36 mois suivant l'entrée en force de la décision.

15) Le même jour, le PCTN a rendu deux autres décisions, l'une adressée à B_____, constatant que la F_____ avait été exploitée sous couvert d'un prête-nom et l'autre à M. H_____, constatant qu'il avait eu recours à un prête-nom pour l'exploitation de cet établissement. Des mesures seraient prononcées à leur encontre dès l'entrée en force de la décision.

16) Le 7 novembre 2022, M. A_____ a recouru auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre la décision précitée, concluant à son annulation, subsidiairement au renvoi de la cause au PCTN afin qu'il statue à nouveau. Il sollicitait préalablement la comparution personnelle des parties ainsi que l'audition de témoins.

Les mesures d'instruction sollicitées étaient nécessaires, dans la mesure où les rapports sur lesquels était fondée la décision attaquée comportaient des erreurs et où le dossier du PCTN était incomplet et erroné. Les représentants de la société avaient sollicité à plusieurs reprises de pouvoir s'entretenir directement avec le service et s'exprimer sur les faits reprochés, ce qui leur avait été systématiquement refusé.

L'intimé s'était basé sur des faits établis de manière lacunaire, en particulier sur le rapport établi suite au contrôle du 18 novembre 2021 qui contenait des erreurs. Il avait été exigé à tort de M. H_____ qu'il signe ses déclarations – lesquelles n'avaient pas été fidèlement retranscrites – à l'emplacement réservé au propriétaire et/ou l'exploitant, ce qu'il n'était pas. Par ailleurs, ce rapport attribuait au précité des fonctions et tâches qui étaient en réalité exercées par M. A_____, voire Mme C_____. Les pièces produites avec les observations de M. A_____ confirmaient que ce dernier était effectivement responsable des commandes, de la négociation des contrats à la livraison de la marchandise. Bien que le PCTN avait été invité à corriger les erreurs contenues dans le rapport, il n'y avait jamais donné suite. Lors du troisième contrôle le 2 juin 2022, M. H_____ avait souhaité contacter M. A_____ qui se trouvait à proximité et pouvait se rendre à la F_____ en quelques minutes pour démontrer sa disponibilité en cas de besoin, ce qu'avait refusé l'inspecteur du PCTN, de sorte que les preuves n'avaient pas été administrées correctement.

Tant le fondement que le résultat de la décision entreprise étaient arbitraires. Il était reproché à M. A_____ en tant qu'administrateur et président de la société, d'agir comme prête-nom notamment pour lui-même, ce qui ne correspondait pas à l'usage illégal d'un prête-nom. Il existait un lien de subordination entre M. H_____, employé de la société, et M. A_____ qui disposait d'un pouvoir décisionnel et auquel les tâches du premier étaient soumises pour approbation. Le rôle d'exploitant de M. A_____ était clair et compris tant du point de vue interne que de celui des tiers. Ses tâches correspondaient aux obligations légales et jurisprudentielles d'un exploitant. Il était usuel pour un exploitant d'assurer moins de présence que ses employés, ce d'autant plus lorsqu'il exploitait trois établissements, ce qui rendait difficile d'assurer une présence constante dans chacun. Dès lors qu'il n'était pas un employé, il n'y avait aucune raison qu'il figure sur leur planning. Le PCTN n'avait effectué que trois contrôles, ce qui ne suffisait pas pour affirmer que M. A_____ n'était jamais présent. De plus, sur les dix contrôles opérés par la police, M. H_____ n'avait été présent que lors de cinq d'entre eux, les six autres ayant été effectués en présence de M. A_____, le cas échéant d'autres employés. Enfin, alors que les horaires de présence de l'exploitant au sein de la F_____ étaient du mardi au samedi de 18h00 à 02h00, le PCTN avait procédé à deux de ses trois contrôles à 17h10, respectivement 17h20, soit bien avant l'arrivée de M. A_____ dont la présence n'était ni attendue ni requise et hors des heures dans lesquelles les risques de survenance de troubles à l'ordre public étaient accrus.

17) Le même jour et dans des termes similaires, B_____ et M. H_____ ont également recouru auprès de la chambre administrative contre les décisions dont ils faisaient l'objet. Leurs recours ont été enregistrés sous les numéros de cause A/3703/2022, respectivement A/3705/2022.

18) Le 12 décembre 2022, le PCTN a conclu au rejet du recours, sollicitant préalablement l'audition, en qualité de témoins, de l'inspectrice et des deux inspecteurs ayant procédé aux contrôles des 18 novembre 2021, 22 février 2022 et 3 juin 2022.

M. H_____, n'avait pas été engagé pour remplacer occasionnellement ou seconder M. A_____, titulaire d'autorisations pour l'exploitation de trois établissements, mais se rendait quotidiennement dans l'établissement, jouait un rôle prépondérant dans la gestion de celui-ci et en assumait personnellement l'exploitation, en binôme avec Mme C_____ qui s'occupait de la quasi-totalité des tâches administratives liées à la quinzaine d'employés. Le recourant n'avait pas fourni suffisamment d'éléments probants quant à une gestion personnelle et effective de la F_____ par M. A_____ ou permettant de remettre en cause le contenu des rapports établis suite aux nombreux contrôles opérés par la police et le PCTN. Ses explications étaient contredites par les constats réalisés à maintes reprises par plus d'une vingtaine de policiers ainsi que par trois inspecteurs du PCTN. Aucune pièce ne prouvait les heures de présence M. A_____, qui ne respectait pas les horaires annoncés au PCTN et dont le cahier des charges n'avait pas été produit alors qu'il était lié par un contrat de travail avec B_____. Le fait qu'il soit chargé des relations avec les autorités administratives et certains partenaires commerciaux, par le biais de sa position d'administrateur-président de la société, ou encore des commandes et de la négociation et conclusion de contrats ne suffisait pas à retenir une maîtrise effective et personnelle de la gestion de l'établissement. Il n'avait pas fourni d'éléments susceptibles d'étayer ses explications concernant, par exemple, les commandes de marchandises, des contrats, des factures, des paiements, des documents comptables ou d'inventaires signés par M. A_____, étant relevé que les attestations de tiers en relation avec la F_____ comportaient toutes la même erreur de date et le même corps de texte.

Le recourant avait ainsi contrevenu à l'art. 19 LRDBHD en mettant son diplôme de cafetier à disposition de M. H_____ pour la gestion de l'établissement.

Deux requêtes en changement d'exploitant, en la personne de Mme C_____, avaient été déposées le 13 octobre 2022 pour la F_____ et le G_____. Le PCTN avait toutefois procédé à la suspension de leur traitement jusqu'à droit connu dans les trois procédures pendantes devant la chambre administrative.

Des pièces relatives à des contrôles effectués par la police les 23 juin et 23 septembre 2022 étaient notamment produites (pièces 14 à 15).

19) Le 20 janvier 2023, le recourant a répliqué, concluant à l'irrecevabilité des pièces précitées ainsi que des allégués s'y référant.

Mme C_____ était titulaire du diplôme de cafetier, raison pour laquelle la requête en changement d'exploitant la désignait pour l'exploitation future de l'établissement. Cette requête était indépendante de la décision attaquée, le dossier y relatif étant en préparation depuis plusieurs mois. Le PCTN avait toutefois attendu le dépôt des recours de B_____ et MM. A_____ et H_____ pour suspendre la procédure y relative sans raison ni explication.

Le fait que le directeur de l'établissement était présent un nombre d'heures hebdomadaires trois fois plus élevé que ce qu'exigeait la loi au minimum pour un exploitant, qui n'était pas tenu d'assurer une présence de l'ouverture à la fermeture, prouvait que M. H_____ n'exploitait pas la F_____. Le cahier des charges de M. H_____ était exhaustif et ressortait de son contrat de travail. Les tâches qu'il assumait étaient typiques de celles d'un directeur de bar, tout comme celles de M. A_____ l'étaient pour un exploitant. Les pièces produites démontraient que ce dernier assurait une gestion personnelle et effective de l'établissement. Le fait que les attestations produites comportaient toutes la même erreur de date ne réduisait pas la force probante usuellement accordées aux attestations signées à la main. Il n'existait ainsi aucun indice portant à croire que M. A_____ servait de prête-nom à M. H_____.

20) Le 1er février 2023, la juge déléguée a invité les parties à se déterminer sur la question d'une éventuelle suspension des trois procédures en cours, compte tenu de la requête en changement d'exploitant pendante devant le PCTN.

21) Le 15 février 2023, le PCTN s'est opposé à la suspension des procédures A/3703/2022, A/3704/2022 et A/3705/2022. La requête en changement d'exploitant avait été déposée après la notification des décisions querellées, lesquelles n'étaient pas encore exécutoires. Aucune annonce de cessation d'exploitation de l'établissement par M. A_____ ni de requête en changement de propriétaire n'avait été déposée, étant relevé que Mme C_____ était également administratrice de B_____, disposant d'une signature collective à deux. Dans ces circonstances, le PCTN n'avait eu d'autre choix que de suspendre le traitement de la requête en changement d'exploitant, l'issue des procédures en cours étant déterminante pour la suite à donner à cette requête.

22) Le même jour, le recourant a indiqué ne pas s'opposer à la suspension des procédures.

23) Le 3 mars 2023, le recourant a conclu à ce qu'il soit ordonné au PCTN de statuer sur la requête en changement d'exploitant ainsi qu'à la suspension des procédures A/3703/2022, A/3704/2022 et A/3705/2022.

24) Sur quoi, les parties ont été informées que la cause était gardée à juger.

25) B_____ et MM. A_____ et H_____ ont chacun eu accès aux dossiers concernant les autres procédures dans le cadre de l'instruction de leurs recours respectifs.

## 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 invoquant le refus de l'intimé de le recevoir en entretien avec Mme C_____ et M. H_____, sollicite la comparution personnelle des parties et l'audition de témoins. L'intimé conclut également à l'audition de témoins.

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 de s'exprimer sur les éléments pertinents avant qu'une décision ne soit prise touchant sa situation juridique, d'avoir accès au dossier et de participer à l'administration des preuves essentielles ou à tout le moins de s'exprimer sur son résultat, lorsque cela est de nature à influer sur la décision à rendre (ATF 145 I 73 consid. 7.2.2.1 et les références citées). L'autorité peut cependant renoncer à procéder à des mesures d'instruction lorsque les preuves administrées lui ont permis de former sa conviction et que, procédant d'une manière non arbitraire à une appréciation anticipée des preuves qui lui sont encore proposées, elle a la certitude que ces dernières ne pourraient l'amener à modifier son opinion (ATF 145 I 167 consid. 4.1 et les références citées). En outre, il n'implique pas le droit d'être entendu oralement, ni celui d'obtenir l'audition de témoins (ATF 134 I 140 consid. 5.3 ; 130 II 425 consid. 2.1).

b. Le droit d'être entendu est une garantie de nature formelle dont la violation doit en principe entraîner l'annulation de la décision attaquée, indépendamment des chances du recourant sur le fond. Une réparation devant l'instance de recours est toutefois possible si celle-ci jouit du même pouvoir d'examen que l'autorité intimée. La réparation dépend cependant de la gravité et de l'étendue de l'atteinte portée au droit d'être entendu et doit rester l'exception. Elle peut se justifier même en présence d'un vice grave, lorsque le renvoi constituerait une vaine formalité et aboutirait à un allongement inutile de la procédure. Enfin, la possibilité de recourir doit être propre à effacer les conséquences de la violation. Autrement dit, la partie lésée doit avoir eu le loisir de faire valoir ses arguments en cours de procédure contentieuse aussi efficacement qu'elle aurait dû pouvoir le faire avant

le prononcé de la décision litigieuse (ATA/244/2020 du 3 mars 2020 consid. 7a et les références citées).

c. En l'espèce, le recourant a eu l'occasion de se déterminer à plusieurs reprises sur les faits qui lui sont reprochés, tant auprès de l'intimé que par-devant la chambre de céans. Il ne précise pas en quoi les mesures d'instruction qu'il sollicite iraient au-delà des allégations contenues dans ses écritures ou des pièces figurant au dossier, étant rappelé que le droit d'être entendu ne confère pas de droit à être entendu oralement, la procédure administrative étant en principe écrite (art. 18 LPA).

De même, l'intimé ne précise pas quels éléments serait susceptible d'apporter l'audition des témoins qu'il sollicite, étant relevé qu'il a également pu faire valoir son point de vue en produisant ses écritures et son dossier, ainsi qu'en se déterminant sur les écritures du recourant.

Dans ces circonstances et dès lors que le dossier en mains de la chambre de céans contient toutes les pièces lui permettant de trancher le litige en connaissance de cause, il n'y a pas lieu de procéder à d'autres actes d'enquête. Pour les mêmes motifs, il ne peut être déduit du refus de l'intimé de donner suite à la demande d'entretien du recourant une violation de son droit d'être entendu, étant rappelé que l'occasion de déposer des observations écrites lui a été donnée à de multiples reprises.

3) Le recourant sollicite la suspension de la présente procédure et conclut à ce qu'il soit ordonné à l'intimé de statuer sur sa requête en changement d'exploitant du 13 octobre 2022, tandis que l'intimé s'y oppose.

a. Lorsque le sort d'une procédure administrative dépend de la solution d'une question de nature civile, pénale ou administrative relevant de la compétence d'une autre autorité et faisant l'objet d'une procédure pendante devant ladite autorité, la suspension de la procédure administrative peut, le cas échéant, être prononcée jusqu'à droit connu sur ces questions (art. 14 al. 1 LPA). L'art. 14 LPA est une norme potestative et son texte clair ne prévoit pas la suspension systématique de la procédure chaque fois qu'une autorité civile, pénale ou administrative est parallèlement saisie (ATA/1493/2019 du 8 octobre 2019 consid. 3b et l'arrêt cité).

b. En l'espèce, la société propriétaire de l'établissement a déposé sa requête en changement d'exploitant après que la décision querellée lui a été notifiée. Bien que cette dernière, de nature constatatoire, ne soit pas encore exécutoire vu le recours interjeté, l'issue de la présente procédure n'apparaît pas dépendante de l'issue donnée à la requête précitée.

Il n'y a en conséquence pas lieu de prononcer la suspension de la présente procédure ni celle des deux procédures connexes, étant précisé qu'une suspension au sens de l'art. 78 LPA n'est pas envisageable en l'espèce, faute d'accord des parties en ce sens ou de réalisation de l'une des autres hypothèses de cette disposition.

Au surplus, la conclusion du recourant visant à ordonner à l'intimé de statuer sur sa requête en changement d'exploitant est exorbitante à l'objet du présent litige, de sorte qu'elle sera déclarée irrecevable.

4) Le recourant conclut à l'irrecevabilité des pièces 14 à 15 produites par le PCTN à l'appui de ses déterminations du 12 décembre 2022 ainsi que des allégués s'y référant.

a. L'objet du litige est principalement défini par l'objet du recours, les conclusions du recourant et, accessoirement, par les griefs ou motifs qu'il invoque. En d'autres termes, l'objet du litige correspond objectivement à l'objet de la décision attaquée, qui délimite son cadre matériel admissible (ATF 136 V 362 consid. 3.4 et 4.2 ; ATA/123/2019 du 5 février 2019 consid. 5).

b. En l'espèce, les pièces en cause concernent des contrôles effectués par la police les 23 juin et 23 septembre 2022, soit postérieurement à la période à laquelle se réfère la décision attaquée. Exorbitantes à l'objet du litige, ces pièces seront ainsi déclarées irrecevables et il ne sera pas tenu compte des allégués de faits qui s'y rapportent.

5) Le recourant se plaint de ce que l'intimé aurait établi de manière lacunaire les faits ayant conduit à la décision attaquée, laquelle serait infondée et entachée d'arbitraire.

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'autorisation 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 15 heures hebdomadaires au moins au sein de l'établissement concerné, lesquelles doivent inclure les heures d'exploitation durant lesquelles les risques de survenance de troubles à l'ordre public sont accrus (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 la jurisprudence, si l'obligation de gérer son établissement de façon personnelle et effective n'interdit pas à l'exploitant de s'absenter quelques heures par jour, voire quelques jours, par exemple pendant les périodes de vacances ou de service militaire, il n'en demeure pas moins qu'il lui est formellement interdit de servir de prête-nom (ATA/1330/2019 du 3 septembre 2019 et les références citées).

Une présence limitée à une heure par jour et à une activité de s'occuper des commandes du restaurant ne remplissent pas les critères légaux et jurisprudentiels d'une gestion personnelle et effective d'un établissement public (ATA/1330/2019 précité).

d. 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).

De jurisprudence constante, la chambre administrative accorde généralement valeur probante aux constatations figurant dans un rapport de police, établi par des agents assermentés (ATA/625/2021 du 15 juin 2021 consid. 3d ; ATA/333/2020 du 7 avril 2020 consid. 2d et les références citées), sauf si des éléments permettent de s'en écarter.

e. L'art. 64 LRDBHD prévoit les mesures en cas de violation de l'interdiction de prête-nom : le département prononce la suspension, pour une durée de trente-six mois, de la validité du diplôme dont le titulaire sert de prête-nom pour l'exploitation d'une entreprise (al. 1). Le département retire l'autorisation d'exploiter et ordonne la fermeture immédiate de l'entreprise, en application de l'art. 61 (al. 2). Le département ne peut entrer en matière sur une nouvelle demande d'autorisation de la personne ayant servi de prête-nom, du propriétaire de l'entreprise ou de toute autre personne qui a eu recours à un prête-nom pendant un délai de trente-six mois à compter du jour où la décision visée à l'al. 2 est entrée en force (al. 3).

D'autres mesures peuvent s'ajouter, à l'instar notamment d'une amende administrative (art. 65 LRDBHD).

f. Une décision est arbitraire au sens de l'art. 9 Cst. lorsqu'elle est manifestement insoutenable, qu'elle se trouve en contradiction claire avec la situation de fait, qu'elle viole gravement une norme ou un principe juridique indiscuté ou encore lorsqu'elle heurte de manière choquante le sentiment de la justice et de l'équité. L'arbitraire ne résulte pas du seul fait qu'une autre solution pourrait entrer en considération ou même qu'elle serait préférable. De plus, il ne suffit pas que les motifs de la décision attaquée soient insoutenables, encore faut-il que cette dernière soit arbitraire dans son résultat (ATF 144 I 170 consid. 7.3 et les arrêts cités).

6) En l'espèce, il ressort du dossier que l'établissement concerné a fait l'objet, sur une période de moins de quatre ans, d'une douzaine de contrôles opérés tant par la police que par des inspecteurs du PCTN. L'exploitant autorisé n'a été présent sur place que lors d'un seul de ces contrôles. Il était en particulier absent à l'occasion des trois passages du PCTN entre les 18 novembre 2021 et 3 juin 2022. L'absence de l'exploitant autorisé en raison de vacances ou lors de contrôles effectués hors de son horaire de présence, au demeurant toujours moins d'une heure avant l'heure annoncée, ou encore le fait qu'il pouvait se rendre rapidement sur place sur appel, s'ils sont admissibles, ne permettent pas de remettre en cause le constat selon lequel dans la grande majorité des cas, M. H_____ s'est présenté en l'absence de M. A_____ comme le responsable sur place en sa qualité de directeur et manager de l'établissement.

Lors des trois contrôles opérés par le PCTN, M. H_____ a répondu aux questions des inspecteurs et ses déclarations ont été protocolées. Il a notamment décrit le fonctionnement de la F_____, son rôle dans la gestion et l'organisation de l'établissement, les tâches qu'il assumait, respectivement celles qui étaient assumées par M. A_____ et Mme C_____. Ce n'est que lorsque B_____, M. A_____ et M. H_____, représentés par la même avocate, ont transmis leurs déterminations au PCTN suite aux rapports établis, que ces déclarations ont été remises en cause. Si les explications alors fournies par les précités entrent en

contradiction avec celles données par M. H_____ lors des contrôles, elles ne sont pas suffisamment étayées. Par ailleurs, de jurisprudence constante, en présence de déclarations contradictoires, la préférence doit en principe être accordée à celles que l'intéressé a données en premier lieu, alors qu'il en ignorait les conséquences juridiques, les explications nouvelles pouvant être, consciemment ou non, le produit de réflexions ultérieures (arrêt du Tribunal fédéral 9C_728/2013 du 16 janvier 2014 consid. 4.1.2 ; ATA/1325/2021 du 3 décembre 2021 consid. 6a et les références citées). L'autorité intimée était ainsi fondée à retenir les premières déclarations de M. H_____. Enfin, le fait que ce dernier aurait été conduit à signer ses déclarations à un emplacement réservé à l'exploitant ou au propriétaire de l'établissement ne s'avère pas pertinent, dans la mesure où l'intimé ne le lui reproche pas dans la décision querellée ni ne se fonde sur ce motif.

Compte tenu du dossier ainsi que des explications et pièces fournies par B_____, MM. A_____ et H_____, il peut être admis que M. A_____, administrateur de la société propriétaire, a contribué à la création de la Maison Blakii et est impliqué dans le développement cet établissement. Le précité se trouve au bénéfice d'autorisations pour l'exploitation de deux autres établissements, soit trois au total, ce qui a pour conséquence l'impossibilité de consacrer l'entier de son temps à la F_____. Cela ne lui est d'ailleurs pas reproché. Il ne ressort enfin pas qu'il exercerait une autre activité professionnelle.

Force est toutefois de constater que les autres conditions cumulatives de l'obligation de gérer l'entreprise de façon personnelle et effective au sens de l'art. 40 al. 3 RRDBHD ne sont pas réalisées. En effet, selon les constatations opérées tant par les agents de police que les inspecteurs du PCTN, qu'il n'y a pas lieu de remettre en cause en l'absence d'éléments contraire probants, il appert que M. A_____ n'assure pas une présence régulière au sein de la F_____ durant les horaires d'exploitation ni aux heures durant lesquelles il existe un risque accru de survenance de troubles à l'ordre public. Il apparaît également que M. H_____ gère de manière effective et dirige de fait l'établissement. Celui-ci est présent plus d'une quarantaine d'heures par semaine et ne travaille pas selon un horaire fixe. Il assure le fonctionnement opérationnel de l'établissement, étant notamment chargé de la logistique, de la relation avec la clientèle, de la gestion de l'équipe, de fixer les horaires de travail, de le répartir entre les employés, d'exercer une surveillance sur la qualité de leur travail, d'effectuer les commandes et réceptionner la marchandise, de fixer les prix, de procéder aux inventaires ou encore de contrôler la caisse. Par ailleurs, la quasi-totalité des tâches administratives liées à la gestion du personnel ainsi qu'à la bonne marche des affaires est assumée par Mme C_____.

Compte tenu de ce qui précède, c'est sur la base de faits établis de manière non critiquable, sans abuser de son pouvoir d'appréciation et sans verser dans l'arbitraire que le PCTN a retenu que la F_____ n'était pas gérée de façon

personnelle et effective par M. A_____ au sens de l'art. 22 LRDBHD. Au contraire, l'exploitation est concrètement assumée par M. H_____, lequel n'est pas au bénéfice d'une autorisation d'exploiter l'établissement au sens de l'art. 8 LRDBHD ni d'un diplôme attestant de son aptitude à exploiter et gérer une entreprise soumise à la loi au sens de l'art. 9 let. c LRDBHD. Le PCTN a ainsi constaté conformément au droit que les deux précités et B_____ se sont servis de M. A_____ comme prête-nom pour l'exploitation de l'établissement.

Mal fondé, le recours sera rejeté.

7) Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 1'000.- sera mis à la charge du recourant et aucune indemnité de procédure ne lui sera allouée (art. 87 LPA).

**PAR CES MOTIFS**

**LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE**

rejette, dans la mesure où il est recevable, le recours interjeté le 7 novembre 2022 par Monsieur A_____ contre la décision du service de police du commerce et de lutte contre le travail au noir du 6 octobre 2022 ;

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

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 Bettina Aciman, avocate du recourant, ainsi qu'au service de police du commerce et de lutte contre le travail au noir.

Siégeant : Mme Payot Zen-Ruffinen, présidente, Mmes Lauber et Michon Rieben, juges.

Au nom de la chambre administrative :

| la greffière : | la présidente siégeant : |
| --- | --- |
| C. Meyer | F. Payot Zen-Ruffinen |

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

| Genève, le | la greffière : |
| --- | --- |