

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/374/2017-EXPLOI

ATA/A/331/2018

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 10 avril 2018

2^{ème} section

dans la cause

Monsieur A_____

représenté par Me Eric Beaumont, avocat

contre

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

EN FAIT

- 1) Le 4 février 2013, 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 Monsieur A_____ (ci-après : M. A_____) à exploiter l'établissement à l'enseigne « B_____ », situé à la rue de _____ à Genève et dont C_____ (ci-après : C_____) est propriétaire.

Il s'occupe également de la gestion du restaurant « D_____ » et du bar « E_____ ».

- 2) Par contrat du 1^{er} février 2012, C_____ a conclu avec Monsieur F_____ un contrat de gérance, prévoyant que celui-ci exploitait l'établissement le « B_____ » sous son entière responsabilité et acceptait et assurait l'exploitation à ses risques et profits (art. 2). M. F_____ n'étant pas détenteur d'un certificat de capacité, il devait « contracter » M. A_____ pour « être au Bar, pendant 3 heures par jour ouvrable », en étant salarié (art. 3). M. F_____ était responsable de toute personne travaillant à l'intérieur de l'établissement (art. 9). L'administration de l'établissement était assurée sous la responsabilité exclusive du gérant (art. 14).

- 3) Le même jour, M. F_____ a, au nom de G_____ (ci-après : G_____), dont il est associé, engagé M. A_____ comme « directeur d'exploitation ». Le contrat prévoit que l'horaire de travail est « du lundi au samedi, selon les besoins de l'entreprise, environ 30 %, avec congé le dimanche ». Le salaire brut était de CHF 2'250.- par mois.

G_____ a été inscrite au registre du commerce le 23 août 2014. M. A_____ a bénéficié de la signature collective à deux jusqu'au 23 novembre 2015, puis à nouveau depuis le 4 mai 2016.

- 4) L'établissement a fait l'objet de quatre rapports de police de l'inspectorat du PCTN, établis les 18 octobre 2014, 5 mai, 21 septembre et 5 novembre 2015, relatifs à des contrôles effectués les 5 octobre 2014 à 17h10, 26 février à 13h00, 7 août à 21h30, 14 août à 16h00, 1^{er} septembre à 10h15, 3 septembre à 18h50, 4 septembre à 8h45 et 25 octobre 2015 à 21h00.

- 5) À l'exception du contrôle effectué le 5 octobre 2014, M. A_____ ne se trouvait pas dans l'établissement. Lors des contrôles des 5 octobre 2014 à 17h10 et 25 octobre 2015 à 21h20, les agents de police ont constaté sur place un très fort bruit de musique émanant d'un concert qui était organisé dans l'établissement, alors que celui-ci ne disposait pas d'une autorisation préalable pour animation musicale.

- 6) Il ressort des rapports précités, des pièces du dossier, du jugement prud'homal du 5 février 2015 concernant une ancienne employée du bar ainsi que

des auditions de témoins auxquelles la chambre de céans a procédé que M. F_____ n'était pas titulaire du diplôme de cafetier. Il engageait et rémunérait le personnel. Les fiches de paie – lorsqu'elles existaient – étaient préparées par M. F_____, qui choisissait seul les employés. Celui-ci disposait également seul de la signature sur le compte postal du bar. Lui-même, son associée ou son comptable procédaient au paiement des factures se rapportant au bar.

La comptabilité était assurée par la fiduciaire de G_____. C'était soit M. A_____ soit M. F_____ qui transmettait les pièces comptables à la fiduciaire. M. A_____ ne disposait pas de la signature sur le compte postal de G_____. Il se rendait régulièrement au bar. Il s'occupait des contacts avec l'administration cantonale, de la confection des cartes de menus, du classement des pièces en vue de les remettre au comptable. Il lui est arrivé de donner un coup de mains au service. M. A_____ a demandé à Monsieur H_____ de le remplacer pendant ses absences, dont la plus longue a duré trois semaines. Ce dernier n'a effectué aucune des activités précitées. Enfin, M. A_____ a déclaré à l'inspectrice du PCTN que M. F_____ commandait les marchandises et fixait les prix.

- 7) Par courrier du 29 janvier 2016, le PCTN a informé M. A_____ de l'ouverture d'une procédure administrative au motif qu'il avait servi de prête-nom et causé, au travers de son établissement, des inconvénients pour le voisinage liés au bruit et tenu une animation musicale sans autorisation. Il envisageait le prononcé d'une amende et d'une mesure administrative.
- 8) Dans le délai pour se déterminer à cet égard, M. A_____ a contesté les faits. C_____ avait cédé à M. F_____ la jouissance des locaux du bar. Ce dernier n'étant pas titulaire du certificat de capacité, G_____ avait engagé M. A_____ comme directeur d'exploitation. Il avait dû s'absenter courant 2015 en raison du décès de son père et avait alors désigné M. H_____ comme remplaçant. Depuis la mi-septembre 2015, il était cependant toujours à Genève. Si M. F_____ engageait et instruisait le personnel, il le faisait sur son instruction. Par ailleurs, il passait cinq à six heures par jours dans son bureau, qui se trouvait en face de l'établissement, où il effectuait des tâches administratives. Depuis son bureau, il surveillait aussi l'établissement au moyen des caméras de vidéosurveillance. Il gérait les clients difficiles et il lui arrivait de servir des clients et faire la vaisselle. Il percevait un salaire mensuel de CHF 2'250.-, conformément à son contrat de travail. Les voisins ne s'étaient jamais plaints du bruit, et il était possible que les incidents se soient produits alors que l'examen de sa demande d'autorisation était pendante.
- 9) Par décision du 22 décembre 2016, le PCTN a suspendu la validité du titre de formation requis de M. A_____ pour une durée de six mois et lui a infligé une amende de CHF 3'900.-.

- 10) Par acte expédié le 1^{er} février 2017 à la chambre administrative de la Cour de justice, M. A_____ a recouru contre cette décision, dont il a requis l'annulation. Il a repris les arguments exposés devant le PCTN. Les employés de l'établissement étaient lui-même, Madame I_____, M. F_____ et Madame J_____. Le recourant exploitait également deux autres établissements, le restaurant « D_____ » et le café bar « E_____ ». L'inspectrice du PCTN en charge de son dossier savait pertinemment qu'il avait dû s'absenter au Portugal en raison du décès de son père le 21 août 2014. Elle s'était acharnée contre lui dans ce dossier. Monsieur K_____, qui était présent lors du contrôle du 23 février 2016, avait constaté que l'inspectrice ne voulait pas reconnaître que l'exploitant du bar était le recourant.
- 11) Le PCTN a conclu au rejet du recours.
- 12) Les déclarations des témoins H_____, K_____ et F_____, entendus par la chambre de céans, ont été intégrées, dans la mesure utile à la solution du litige, dans l'état de faits susmentionné.
- 13) Dans leurs observations du 21 novembre 2017, les parties ont persisté dans leurs conclusions respectives.

Sur ce, la cause a été 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) La procédure administrative est régie par la maxime inquisitoire selon laquelle le juge établit les faits d'office (art. 19 LPA). Ce principe n'est cependant pas absolu, sa portée étant restreinte par le devoir des parties de collaborer à la constatation des faits (art. 22 LPA). Celui-ci comprend en particulier l'obligation des parties d'apporter, dans la mesure où cela peut être raisonnablement exigé d'elles, les preuves commandées par la nature du litige et des faits invoqués, faute de quoi elles risquent de devoir supporter les conséquences de l'absence de preuves (arrêts du Tribunal fédéral 8C_1034/2009 du 28 juillet 2010 consid. 4.2 ; 9C_926/2009 du 27 avril 2010 consid. 3.3.2; ATA/792/2012 du 20 novembre 2012 consid. 6a).
- 3) La loi sur la restauration, le débit de boissons, l'hébergement et le divertissement du 19 mars 2015 (LRDBHD - I 2 22) et le 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) étant entrés en vigueur après les faits ayant fondé l'amende administrative et la sanction querellées, il convient de déterminer quel droit doit s'appliquer au présent litige.

L'art. 65 al. 5 RRDBHD dispose que les faits constatés avant l'entrée en vigueur de la loi se poursuivent selon le nouveau droit, se fondant sur l'art. 69 LRDBHD autorisant le Conseil d'État à fixer l'entrée en vigueur de cette loi. Dans deux arrêts récents (ATA/412/2017 du 11 avril 2017 consid. 7 ; ATA/616/2017 du 30 mai 2017 consid. 6), la chambre administrative a retenu que cette disposition ne respectait pas le principe de non-rétroactivité des normes, trois des cinq conditions cumulatives d'une dérogation, à savoir la présence d'une base légale suffisamment claire, d'un intérêt public prépondérant et d'une limite temporelle, n'étant pas remplies.

En outre, tant le montant de l'amende (CHF 300.- à CHF 60'000.- selon l'art. 65 al. 1 LRDBHD contre CHF 100.- à CHF 60'000.-. selon l'art. 74 al. 1 aLRDBH) que la sanction potentielle en cas de violation de l'interdiction de prête-nom (suspension d'une durée de trente-six mois selon l'art. 63 LRDBHD contre suspension d'une durée de six à vingt-quatre mois selon l'art. 73 aLRDBH) font apparaître qu'en vertu du principe de la *lex mitior*, qui trouve application en matière de sanction (ATF 130 II 270 consid. 1 ; 104 Ib 87 consid. 2), l'application de l' aLRDBH est plus favorable en l'espèce.

Il convient donc d'examiner la décision querellée au regard de l'ancien droit.

- 4) a. En vertu de l'art. 21 al. 1 aLRDBH, l'exploitant était tenu de gérer son établissement de façon personnelle et effective. En cas d'absence de l'établissement, il devait désigner un remplaçant compétent et instruit de ses devoirs, qui assumait la responsabilité de l'exploitation (art. 21 al. 2 aLRDBH).

Une gestion effective consiste en la prise en charge des tâches administratives liées, d'une part, au personnel (engagements, salaires, horaires, remplacements, etc.) et, d'autre part, à la bonne marche de l'établissement (commande de marchandises, fixation des prix, composition des menus, contrôle de la caisse, inventaire, etc. ; ATA/542/2007 du 30 octobre 2007 ; ATA/489/2005 du 19 juillet 2005 et les références citées).

La loi permet à un exploitant d'être autorisé à exploiter jusqu'à trois établissements distincts. Le PCTN tient notamment compte, dans la délivrance d'autorisations multiples, de l'unicité de l'immeuble dans lequel sont situés les établissements (art. 31 al. 1 let. a RRDBH).

- b. L'art. 12 aLRDBH prévoyait qu'il était interdit au titulaire d'un certificat de capacité de servir de prête-nom pour l'exploitation d'un établissement soumis à

l'aLRDBH. Cette interdiction visait à prévenir l'exploitation d'établissements par des personnes qui ne répondraient pas à des conditions de capacité et d'honorabilité bien déterminées, avec tout ce que cela comportait comme risque pour le public.

c. De jurisprudence constante, la chambre de céans accorde généralement une pleine valeur probante aux constatations figurant dans un rapport de police, établi par des agents assermentés, sauf si des éléments permettent de s'en écarter (ATA/99/2014 du 18 février 2014 ; ATA/818/2013 du 17 décembre 2013 ; ATA/757/2011 du 13 décembre 2011).

- 5) En l'espèce, il ressort des déclarations des témoins entendus par la chambre de céans que le recourant se rendait régulièrement au « B_____ ». Il s'occupait des contacts avec l'administration cantonale et a occasionnellement donné un coup de main pour nettoyer la vaisselle.

Toutefois, les déclarations des employés à l'inspectrice du PCTN et le jugement rendu le 5 février 2015 par le Tribunal des prud'hommes concernant une employée du bar démontrent que c'est le gérant qui engageait et rémunérait les employés. Par ailleurs, lors de sept des huit contrôles effectués par le PCTN, le recourant ne se trouvait pas dans l'établissement. Il est, certes, ressorti des enquêtes qu'il avait dû, pour des raisons familiales, se rendre à plusieurs reprises au Portugal en 2015. Cela étant, selon les déclarations des témoins, le recourant, bien que se rendant régulièrement dans le bar, n'en assumait pas personnellement l'exploitation. En effet, c'était M. F_____ qui assurait, dans les faits, la gestion quotidienne du bar. C_____ lui avait d'ailleurs, par un contrat de gérance, expressément confié celle-ci. Ce contrat a remis à M. F_____ l'entière responsabilité de l'exploitation ; celui-ci en assumait également les risques et profits. Le contrat de gérance précisait expressément que le gérant était aussi responsable de toute personne travaillant à l'intérieur de l'établissement. Les obligations contractuelles du gérant incluaient, en outre, la responsabilité exclusive de l'administration de l'établissement.

Par ailleurs, la comptabilité était effectuée par G_____, dont l'associé gérant était M. F_____. Le recourant n'était, pendant la période de contrôle, pas gérant de celle-ci ; il ne disposait pas non plus de la signature individuelle pour cette société. En outre, il n'avait pas accès au compte postal de G_____. Les quelques pièces produites par le recourant au PCTN, à savoir des factures et des quittances, sont pour la plupart établies à l'attention du gérant ou d'une employée ou encore de G_____. Enfin, selon les déclarations du recourant à l'inspectrice – qu'aucun élément ne permet de mettre en doute – le gérant effectuait la commande de la marchandise et fixait les prix.

Dans ces circonstances, le contrat de travail signé entre G_____ et le recourant, prévoyant que ce dernier était le « directeur d'exploitation » du café

bar, ne trouve pas écho dans les faits. La seule présence du recourant de trois heures par jour dans le bar, comme il le soutient, ainsi que le fait qu'il se soit chargé des relations avec l'administration cantonale, voire de la confection des menus, ne suffisent pas pour retenir qu'il avait la maîtrise effective de la gestion du café bar.

En conséquence, en l'absence d'éléments probants quant à la gestion effective de l'établissement, tels que la production de commandes de marchandises, de contrats, de factures, de paiements, de documents comptables ou d'inventaire, etc. signés par le recourant et compte tenu des nombreux éléments indiquant qu'une autre personne était en charge de cette gestion et qu'elle n'agissait pas en remplacement occasionnel de l'exploitant, force est d'admettre que le recourant ne gérait pas personnellement et effectivement l'établissement au sens des exigences de la aLRDBH, même s'il lui arrivait d'être présent dans l'établissement.

La gestion effective était assumée par M. F_____. Or, ce dernier n'était pas titulaire d'un certificat de capacité. Il est ainsi également prouvé à satisfaction de droit qu'il a servi de prête-nom pour l'exploitation de l'établissement par un tiers, violant ainsi les art. 12 et 21 aLRDBH.

En tant qu'elle constate l'absence de gestion personnelle et effective ainsi que la violation de l'interdiction de servir de prête-nom, la décision du PCTN doit donc être confirmée dans son principe.

- 6) a. Conformément à l'art. 22 aLRDBH (art. 24 al. 2 LRDBHD), l'exploitant doit veiller au maintien de l'ordre dans son établissement et prendre toutes les mesures utiles à cette fin (al. 1). Il doit exploiter l'établissement de manière à ne pas engendrer d'inconvénients graves pour le voisinage (al. 2). Par ailleurs, sauf dans les cabarets-dancings, l'animation et la présentation de spectacles sont subordonnés à l'obtention préalable d'une autorisation du département (art. 62 al. 1 aLRDBH ; art. 36 LRDBHD).
- b. En l'espèce, les agents du PCTN ont constaté, les 5 et 25 octobre 2015, un excès de bruit lié à l'usage d'instruments de musique ou d'appareils servant à la reproduction de sons. Le recourant fait valoir qu'aucun voisin ne se serait plaint du bruit et que l'établissement disposait d'une double porte d'entrée. Or, ces éléments ne permettent pas de remettre en cause les constats de bruit excessif effectués par les agents. En effet, le constat d'un excès de bruit ne présuppose pas que des voisins se soient plaints. En outre, la présence alléguée d'une double porte d'entrée était insuffisante les deux soirs en question, pour atténuer le bruit de la musique. Par ailleurs, l'établissement n'était, ces deux soirs, pas au bénéfice d'une autorisation pour animation musicale.

La chambre administrative ne disposant d'aucun élément objectif lui permettant de s'écarter des constatations des rapports de police, elle accordera pleine valeur probante à celles-ci et retiendra que le recourant a commis les infractions précitées.

Partant, il convient également de constater le bien-fondé de la décision querellée en tant qu'elle retient les contraventions à l'art. 22 al. 2 aLRDBH.

- 7) Le département peut prononcer la suspension, pour une durée de six à vingt-quatre mois, de la validité du titre de formation requis dont le titulaire sert de prête-nom pour l'exploitation d'un établissement (art. 73 aLRDBH).

En l'espèce, la suspension a été prononcée pour une durée de six mois, soit le minimum légal. Elle est, en outre, conforme à la jurisprudence de la chambre de céans (ATA/685/2014 du 26 août 2014 ; ATA/182/2006 du 28 mars 2006 et les références citées), de sorte qu'elle sera confirmée.

- 8) a. Est passible d'une amende administrative allant de CHF 100.- à CHF 60'000.- tout contrevenant à la LRDBH, indépendamment du prononcé de l'une des sanction prévues aux art. 70 à 73 aLRDBH (art. 74 al. 1 aLRDBH).

L'autorité qui prononce une amende administrative ayant le caractère d'une sanction doit également faire application des règles contenues aux art. 47 ss du Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP - RS 311.0 ; principes applicables à la fixation de la peine ; par renvoi de l'art. 1 let. a de la loi pénale genevoise du 17 novembre 2006 - LPG - E 4 05 ; ATA/824/2015 du 11 août 2015 ; ATA/201/2010 du 23 mars 2010 consid. 4). Il est ainsi nécessaire que le contrevenant ait commis une faute, fût-ce sous la forme d'une simple négligence.

Par ailleurs, l'amende doit respecter le principe de la proportionnalité (art. 36 al. 3 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101). Il y a lieu de tenir compte de la culpabilité de l'auteur et de prendre en considération, notamment, les antécédents et la situation personnelle de ce dernier (art. 47 al. 1 CP). La culpabilité est déterminée par la gravité de la lésion ou de la mise en danger du bien juridique concerné, par le caractère répréhensible de l'acte, par les motivations et les buts de l'auteur et par la mesure dans laquelle celui-ci aurait pu éviter la mise en danger ou la lésion, compte tenu de sa situation personnelle et des circonstances extérieures (art. 47 al. 2 CP ; ATA/1457/2017 du 31 octobre 2017 consid. 7s ; ATA/824/2015 précité).

- b. Le PCTN jouit d'un large pouvoir d'appréciation pour fixer le montant. La juridiction de céans ne le censure qu'en cas d'excès (ATA/700/2012 du 16 octobre 2012 ; ATA/26/2011 du 18 janvier 2011).

Dans sa casuistique, la chambre de céans a considéré comme admissible une amende de CHF 3'000.- à l'encontre de la personne qui a servi de prête-nom (ATA/685/2014 précité ; ATA/776/2001 du 27 novembre 2001 ; ATA/260/2000 du 18 avril 2000 ; ATA/219/2000 du 4 avril 2000 ; ATA/105/2000 du 15 février 2000 ; ATA/104/1999 du 9 février 1999 ; ATA/716/1998 du 10 novembre 1998).

c. En l'espèce, le recourant a non seulement servi de prête-nom, mais a encore contrevenu à l'obligation d'exploiter l'établissement de manière à ne pas engendrer d'inconvénients graves pour le voisinage et d'obtenir une autorisation préalable pour animation musicale. Par ailleurs, il s'est vu rémunéré pour son activité de prête-nom.

Au vu de l'ensemble de ces éléments, notamment du concours d'infractions, le PCTN n'a pas abusé de son pouvoir en fixant l'amende à CHF 3'900.-.

Le second grief sera donc également rejeté et la décision confirmée.

- 9) Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 800.- sera mis à la charge du recourant, qui succombe (art. 87 al. 1 LPA), et aucune indemnité de procédure ne lui sera allouée (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 1^{er} février 2017 par Monsieur A_____ contre la décision du service de police du commerce et de lutte contre le travail au noir du 22 décembre 2016 ;

au fond :

le rejette ;

met à la charge de Monsieur A_____ un émolument de CHF 800.- ;

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 Eric Beaumont, avocat du recourant, ainsi qu'au service de police du commerce et de lutte contre le travail au noir.

Siégeant : Mme Junod, présidente, Mmes Krauskopf et Payot Zen-Ruffinen, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière-juriste :

D. Werffeli Bastianelli

la présidente siégeant :

Ch. Junod

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :