

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/387/2017-EXPLOI

ATA/671/2018

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 26 juin 2018

2^{ème} section

dans la cause

Monsieur A_____

représenté par Me Lorenzo Paruzzolo, 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 B_____ (ci-après : M. B_____) à exploiter l'établissement à l'enseigne « C_____ », situé à la rue D_____ à Genève, et dont E_____ SA (ci-après : E_____) est propriétaire.

Il s'occupe également de la gestion du restaurant « F_____ » et du bar « G_____ ».

- 2) Par contrat du 1^{er} février 2012, E_____ a conclu avec Monsieur A_____ un contrat de gérance, prévoyant que celui-ci exploitait l'établissement le « C_____ » sous son entière responsabilité et acceptait et assurait l'exploitation à ses risques et profits (art. 2). M. A_____ n'étant pas détenteur d'un certificat de capacité, il devait « contracter » M. B_____ pour « être au C_____ , pendant 3 heures par jour ouvrable », en étant salarié (art. 3). M. A_____ 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. A_____ a, au nom de C_____ Sàrl (ci-après : C_____), dont il est associé, engagé M. B_____ 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.

C_____ a été inscrite au registre du commerce le 23 août 2014. M. B_____ 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 plusieurs rapports de police de l'inspectorat du PCTN, établis notamment les 5 mai, 21 septembre et 5 novembre 2015, relatifs à des contrôles effectués les 26 février 2015 à 13h00, 7 août 2015 à 21h30, 14 août 2015 à 16h00, 1^{er} septembre 2015 à 10h15, 3 septembre 2015 à 18h50, 4 septembre 2015 à 8h45 et 25 octobre 2015 à 21h20.

- 5) Lors de ces contrôles, M. B_____ ne se trouvait pas dans l'établissement. Lors du contrôle du 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 qui avait actionné M. B_____, ainsi que des auditions de témoins auxquelles la chambre de céans a procédé – dans la présente cause ainsi que dans la cause A/374/2017 (concernant M. B_____), dont les procès-verbaux d'audition ont été produits par le PCTN – que M. A_____ 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. A_____, 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 C_____. C'était soit M. B_____ soit M. A_____ qui transmettait les pièces comptables à la fiduciaire. M. B_____ ne disposait pas de la signature sur le compte postal de C_____. Ayant trois établissements dans le même quartier, il « tournait » entre ceux-ci et son bureau mais se rendait régulièrement – selon lui tous les jours pendant un laps de temps se situant entre une et cinq heures, et parfois même le dimanche – au C_____, où il était généralement derrière le 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 était arrivé de donner un coup de main au service. M. B_____ avait demandé à Monsieur H_____ de le remplacer pendant ses absences, dont la plus longue avait duré trois ou quatre semaines. Ce dernier n'avait effectué aucune des activités précitées. M. B_____ avait déclaré à l'inspectrice du PCTN que M. A_____ 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 exploitait un établissement sans autorisation et avait en outre causé, au travers de ce dernier, des inconvénients pour le voisinage liés au bruit et tenu une animation musicale sans autorisation. Il envisageait le prononcé d'une amende administrative.

- 8) Il ne résulte pas du dossier que M. A_____ se soit déterminé dans le délai imparti.

En revanche, M. B_____ s'est adressé au PCTN les 8 et 22 février 2016. Pour l'animation musicale, des autorisations périodiques étaient demandées, qui avaient à l'époque été régulièrement délivrées. Il était possible que l'incident se fût produit alors qu'une demande était en cours mais que la réponse n'était pas encore arrivée.

Il était en possession de ses propres fiches de salaire. Il doutait que M. A_____ eût dit que le titulaire de l'autorisation ne passait qu'en cas de besoin, alors qu'il passait régulièrement au C_____.

L'année 2015 avait été difficile pour lui ; il avait été obligé de se rendre fréquemment au Portugal, mais avait toujours demandé à M. H_____, titulaire du diplôme de cafetier, de le remplacer dans ces occasions-là.

Par rapport à l'engagement du personnel, c'était effectivement M. A_____ qui s'occupait de la sélection du personnel et qui donnait les instructions de détail, mais il devait toujours demander l'accord de M. B_____ pour confirmer un engagement.

- 9) Par décision du 22 décembre 2016, le PCTN a infligé à M. A_____ une amende administrative de CHF 1'500.-, pour avoir exploité de fait l'établissement sans être au bénéfice d'une autorisation.
- 10) Par acte posté le 1^{er} février 2017, M. A_____ a interjeté recours auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre la décision précitée, concluant à son annulation ainsi qu'à l'octroi d'une indemnité de procédure.

C'était M. B_____ qui exploitait l'établissement de manière personnelle et effective, assumant les tâches administratives, le paiement des diverses factures ainsi que l'achat de marchandises, et qui s'occupait aussi de servir les clients selon les besoins de l'entreprise. Lui-même se chargeait uniquement de sélectionner les potentiels employés et de leur faire subir une période d'essai de trois ou quatre jours. Lors de ses absences, M. B_____ avait confié l'exploitation de l'établissement à M. H_____.

- 11) Le 21 mars 2017, le PCTN a conclu au rejet du recours.
- 12) Les déclarations des témoins H_____, I_____ et B_____, entendus par la chambre de céans le 20 septembre 2017, ont été intégrées, dans la mesure utile à la solution du litige, aux faits tels que décrits ci-dessus.
- 13) Dans leurs observations des 3 novembre et 8 décembre 2017, les parties ont persisté dans leurs conclusions respectives.
- 14) 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 LRDBHD du 28 octobre 2015 (RRDBHD - I 2 22.01) étant entrés en vigueur après les faits ayant fondé l'amende administrative, 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 (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 de l'ancienne loi sur la restauration, le débit de boisson et l'hébergement (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 aRRDBH).

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.

L'art. 4 al. 1 aLRDBH prévoyait par ailleurs que l'exploitation de tout établissement régi par elle était soumise à l'obtention préalable d'une autorisation d'exploiter délivrée par le département compétent. Pour obtenir cette autorisation, l'exploitant devait être titulaire, sous réserve de dispense, du titre de formation requis attestant de son aptitude à gérer un établissement soumis à l'aLRDBH (art. 5 al. 1 let. c aLRDBH), c'est-à-dire du certificat de cafetier-restaurateur.

Le département pouvait infliger une amende administrative de CHF 100.- à CHF 60'000.-, en cas d'infraction à la loi et à ses dispositions d'application, ainsi qu'aux conditions particulières des autorisations qu'elles prévoyaient (art. 74 al. 1 aLRDBH). Cette disposition était notamment applicable à celui qui, sans autorisation, exploitait au bénéfice d'un prête-nom (arrêt du Tribunal fédéral 2P.325/2005 du 6 mars 2006 consid. 4.2).

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/557/2018 du 5 juin 2018 consid. 5a ; ATA/502/2018 du 22 mai 2018 consid. 5 ; ATA/1367/2017 du 10 octobre 2017 consid. 7a).

5) En l'espèce, il ressort des déclarations des témoins entendus par la chambre de céans que M. B_____ se rendait régulièrement au « C_____ ». Il s'occupait des contacts avec l'administration, contrôlait le bar et les cuisines et s'entretenait avec la personne en charge du service.

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 recourant qui engageait et rémunérait les employés. Par ailleurs, lors de tous les contrôles effectués par le PCTN sauf un, M. B_____ 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, M. B_____, bien que se rendant régulièrement dans le bar, n'en assumait pas personnellement l'exploitation. En effet, c'était le recourant qui assurait, dans les faits, la gestion quotidienne du bar. E_____ lui a d'ailleurs, par un contrat de gérance, expressément confié celle-ci. Ce contrat a remis au recourant l'entière responsabilité de l'exploitation ; celui-ci en assumait également les risques et profits. Le contrat de gérance précise 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 C_____, dont l'associé gérant était le recourant. M. B_____ 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 C_____. Enfin, selon les déclarations de M. B_____ à l'inspectrice – qu'aucun élément ne permet de mettre en doute, même si le recourant cherche à en minimiser la portée – le gérant effectuait la commande de la marchandise et fixait les prix.

Dans ces circonstances, le contrat de travail signé entre C_____ et M. B_____, prévoyant que ce dernier était le « directeur d'exploitation » du café bar, ne trouve pas écho dans les faits. La seule présence de M. B_____ de trois heures par jour en moyenne 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'inventaires, 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 M. B_____ ne gérait pas personnellement et effectivement l'établissement au sens des exigences de l'aLRDBH, même s'il lui arrivait d'être présent dans l'établissement.

La gestion effective était assumée par le recourant. Or, ce dernier n'était pas titulaire d'un certificat de capacité. Il est ainsi également prouvé, à satisfaction de

droit, qu'il a exploité l'établissement sans autorisation (celle-ci supposant que l'exploitant soit au bénéfice du certificat de cafetier-restaurateur), violant ainsi les art. 4 et 74 aLRDBH.

En tant qu'elle constate l'exploitation du « C_____ » par le recourant sans autorisation, la décision du PCTN doit donc être confirmée dans son principe.

- 6) a. 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 ou d'abus (ATA/319/2018 du 10 avril 2018 consid. 11b ; ATA/293/2018 du 27 mars 2018 consid. 5b ; ATA/1504/2017 du 21 novembre 2017 consid. 4c).

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 du 26 août 2014 ; 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).

S'agissant d'exploitation sans autorisation, elle a réduit à CHF 500.- l'amende administrative infligée au tenancier d'une buvette associative installée dans le cadre des Fêtes de Genève, l'intéressé étant subjectivement fondé à croire que l'exploitation serait autorisée au même titre que l'année précédente (ATA/346/2015 du 14 avril 2015) ; elle a réduit à CHF 1'500.- l'amende infligée à un restaurateur ayant commencé à exploiter son établissement sans attendre d'être

au bénéfice d'une autorisation (ATA/209/2015 du 24 février 2015 consid. 7), mais a par ailleurs et surtout jugé à plusieurs reprises que la personne qui exploite un établissement sans autorisation et sans certificat de capacité sous le couvert d'un prête-nom fait, en règle générale, l'objet d'une amende administrative de CHF 1'500.- à CHF 2000.- (ATA/700/2012 du 16 octobre 2012 consid. 12 ; ATA/301/2010 du 4 mai 2010 consid. 4c et les arrêts cités).

c. En l'espèce, M. B_____ a servi de prête-nom, comme la chambre de céans l'a retenu dans l'ATA/331/2018 du 10 avril 2018, et le recourant a exploité l'établissement sans autorisation, ceci sur une assez longue période.

Au vu de l'ensemble de ces éléments, le PCTN n'a pas abusé de son pouvoir d'appréciation en fixant l'amende à CHF 1'500.-.

Le recours sera dès lors rejeté et la décision confirmée.

- 7) Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 500.- sera mis à la charge du recourant, qui succombe (art. 87 al. 1 LPA), et aucune indemnité de procédure ne 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 500.- ;

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 ;

communiqué le présent arrêt à Me Lorenzo Paruzzolo, avocat du recourant ainsi qu'au service de police du commerce et de lutte contre le travail au noir.

Siégeant : M. Verniory, président, Mmes Krauskopf et Payot Zen-Ruffinen, juges.

Au nom de la chambre administrative :

le greffier-juriste :

F. Scheffre

le président siégeant :

J.-M. Verniory

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :