

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/4340/2011-EXPLOI

ATA/152/2013

**COUR DE JUSTICE**

**Chambre administrative**

**Arrêt du 5 mars 2013**

**2<sup>ème</sup> section**

dans la cause

**D\_\_\_\_\_ S.A.**

contre

**SERVICE DU COMMERCE**

---

## EN FAIT

1. La commune de Troinex (ci-après : la commune) est propriétaire d'un bien-fonds sur lequel est érigé un bâtiment appelé « M\_\_\_\_\_ » à l'adresse \_\_\_\_\_, chemin G\_\_\_\_\_ dans le village de Troinex. Au rez-de-chaussée de ce bâtiment, se trouve une surface commerciale agencée en tea-room. Selon les plans figurant dans la procédure et datant du 19 avril 2004, une partie du rez-de-chaussée, représentant une surface de 54 m<sup>2</sup>, est aménagée en boulangerie, avec un comptoir, tandis qu'une autre partie du même espace, d'une surface de 51 m<sup>2</sup>, est aménagée en salle à consommer, meublée de chaises et de tables.
2. Par contrat du 29 juin 2004, la commune a conclu un contrat de gérance libre avec la société D\_\_\_\_\_ S.A. (ci-après : la société) ayant pour adresse \_\_\_\_\_, chemin L\_\_\_\_\_ au Petit-Lancy.

Le contrat portait sur l'exploitation du tea-room à l'enseigne « P\_\_\_\_\_ ». La société dirigeait l'exploitation dans son ensemble, contrôlait tous les services, engageait le personnel, donnait les ordres, passait les commandes à son nom, sans aucune responsabilité de la mairie. L'autorisation d'exploiter serait requise initialement au nom de Madame D\_\_\_\_\_, titulaire d'un certificat fédéral de capacité de cafetier, restaurateur et hôtelier (ci-après : certificat de cafetier), mais pourrait être transférée en cas de sous-location.

3. Le 9 février 2005, la société a engagé Madame E\_\_\_\_\_, née le \_\_\_\_\_ 1952, en qualité de serveuse-vendeuse. Celle-ci devait exercer son activité en partie dans l'un des établissements exploités par la société à l'Aéroport et d'autre part, dans différents autres établissements de celle-ci.
4. Le 4 juillet 2007, le contrat de travail de Mme E\_\_\_\_\_, qui était titulaire d'un certificat de cafetier délivré le 3 mai 1993, a été modifié. Elle était, dès le 1<sup>er</sup> avril 2007, officiellement nommée responsable de l'établissement « P\_\_\_\_\_ ». A ce titre, son certificat de cafetier serait officiellement présenté au service des autorisations et patentes, devenu depuis lors le service du commerce (ci-après : Scm), rattaché au département des affaires régionales, de l'économie et de la santé (ci-après : le département).
5. Par arrêté du 8 mai 2009, le Scm a délivré à Mme E\_\_\_\_\_, domiciliée à Genève, l'autorisation d'exploiter la buvette permanente accessoire à la boulangerie « P\_\_\_\_\_ », propriété de la commune de Troinex, située \_\_\_\_\_, chemin G\_\_\_\_\_ à Troinex, d'une surface d'exploitation de 51 m<sup>2</sup>, soit une salle au rez-de-chaussée de 51 m<sup>2</sup>. L'autorisation d'exploiter était accordée moyennant diverses réserves et conditions. En particulier, elle était valable pour les locaux indiqués ci-dessus et dans les limites des surfaces autorisées. Elle était strictement

personnelle et intransmissible. Une nouvelle autorisation devait être requise en cas de changement de catégorie, d'agrandissement ou de transformation de l'établissement, de changement d'exploitant ou de modification des conditions de l'autorisation antérieure.

L'exploitant devait gérer l'établissement de façon personnelle et effective. En cas d'absence, il devait désigner un remplaçant compétent et instruit de ses devoirs, qui assumait la responsabilité de l'exploitation. Le prête-nom était strictement interdit.

L'exploitant était tenu de respecter scrupuleusement l'ensemble des obligations prévues par la loi, notamment, à l'annonce des changements de propriétaire, le maintien des caractéristiques de l'établissement.

6. Le 3 novembre 2010, un inspecteur du Scm a dressé un rapport d'inspection à la suite d'un contrôle effectué le 30 septembre 2010 dans l'établissement. A l'occasion d'une visite, il avait constaté les infractions suivantes :

- le choix relatif aux trois boissons sans alcool n'était pas proposé à quantité égale (33 cl) et le jus de fruit manquait dans ce choix ;
- les noms de l'exploitant et du propriétaire du fonds de commerce n'étaient pas mentionnés sur la porte d'entrée ;
- le répondant sur place, Madame J\_\_\_\_\_, ne connaissait pas Mme E\_\_\_\_\_, exploitante en titre qu'elle n'avait jamais vue, alors que l'avenant au contrat de travail de Mme E\_\_\_\_\_ prévoyait un horaire de présence au sein de l'établissement ;
- la surface d'exploitation de la buvette était très nettement supérieure à celle affectée à la clientèle de la boulangerie (environ 25 % contre 75 % pour la buvette), si bien que le caractère accessoire de la buvette n'était pas avéré. Au vu de la disposition des lieux, l'établissement, selon la législation en vigueur, correspondait à la catégorie « A - café-restaurant ».

7. Le 5 juillet 2011, l'inspection du Scm a écrit à Mme E\_\_\_\_\_ à l'adresse de l'établissement. Un inspecteur avait effectué un contrôle ponctuel au sein de l'établissement et le Scm avait décidé de réévaluer le statut de buvette permanente accessoire qui lui avait été accordé. Pour ce faire, le Scm avait besoin d'un « bilan ventilé », indiquant les profits liés à l'activité de la buvette par rapport à ceux de l'activité commerciale. Un délai au 2 août 2011 était imparti pour transmettre ce document.

8. Le 21 juillet 2011, la société a répondu au Scm. Le point de vente en question lui appartenait. Elle était propriétaire d'une dizaine de magasins. Il

n'existait pas de bilan ventilé par point de vente de la société, mais un bilan comptable de celle-ci. Cela étant, elle pouvait communiquer une ventilation du chiffre d'affaires réalisé à Troinex, montrant que les boissons représentaient 30,48 % des ventes et la nourriture 69,52 %.

9. Le 31 août 2011, le Scm a répondu. Les documents transmis par la société dissociaient le chiffre d'affaires réalisé entre deux catégories de produits consommés (boissons et mets), en lieu et place d'une pièce comptable dissociant formellement les produits de l'activité commerciale de ceux de l'activité de consommation sur place (buvette). Or, pour l'application de l'art. 17 al. 1 let. h de la loi sur la restauration, le débit de boissons et l'hébergement du 17 décembre 1987 (LRDBH - RS I 2 21). Ces informations étaient indispensables afin de déterminer si la consommation sur place était bel et bien accessoire à l'activité commerciale. Il demeurait dans l'attente du document réclamé.
10. Le 19 septembre 2011, la société a écrit au Scm pour proposer un rendez-vous entre son directeur et le chef du secteur de l'inspectorat.
11. Par courriel du 20 septembre 2011, le chef de l'inspectorat du Scm a décliné ce rendez-vous. La procédure administrative devait se faire par écrit, sauf si la nature de l'affaire imposait un autre mode de faire. Sa demande du 31 août 2011 visait la production d'une pièce comptable. Il ne voyait pas la nécessité d'un entretien. Il impartissait un délai au 3 octobre 2011 à la société pour s'exécuter.
12. Le 26 septembre 2011, la société a conclu avec Monsieur O\_\_\_\_\_, domicilié en France, un contrat de sous-location ayant pour objet une surface commerciale d'environ 185 m<sup>2</sup> (sic) sise au \_\_\_\_\_, chemin G\_\_\_\_\_ à Troinex, à destination de l'exploitation d'une franchise sous la marque « P\_\_\_\_\_ » pour le concept d'une boulangerie-pâtisserie-sandwicherie-chocolaterie, à l'exclusion de toute autre destination. Le sous-locataire devait respecter toutes les clauses figurant dans le contrat de gérance libre, dont une copie était annexée audit contrat.
13. Parallèlement, la société a conclu avec M. O\_\_\_\_\_ un contrat de partenariat visant à développer la commercialisation de la marque suisse « P\_\_\_\_\_ » délivrée le 11 février 2003, recouvrant un concept caractérisé par un procédé original de fabrication de produits de boulangerie, de viennoiserie, de pâtisserie, de snack et de produits à l'emporter, et de spécialités en chocolat et autres produits de fête, un agencement spécifique de magasins, des services tels que formation, stage de perfectionnement, appui publicitaire, technique et commercial, et impliquant la défense de la marque. M. O\_\_\_\_\_ s'engageait à développer son activité commerciale sous sa seule responsabilité et ce, avec l'objectif constant de réaliser le meilleur chiffre d'affaires possible et de contribuer au bon renom de la marque et du concept « P\_\_\_\_\_ ».

14. Le 16 novembre 2011, le Scm a écrit à Mme E\_\_\_\_\_ à l'adresse de l'établissement. A la suite de plusieurs visites des inspecteurs du Scm dans l'établissement, soit les 30 septembre 2010, 17 juin 2011 et 5 juillet 2011, et selon un rapport circonstancié, la surface d'exploitation de la buvette était très nettement supérieure à celle affectée à la clientèle de la boulangerie. Suite à ce constat, il avait décidé de réévaluer le statut de buvette accessoire de l'établissement. Pour ce faire, il avait demandé la production d'un document permettant de distinguer, dans le chiffre d'affaires, quel était le produit de l'activité commerciale et celui de l'activité de consommation sur place, soit celui de la buvette permanente accessoire.

A ce jour, il n'avait pas reçu la documentation demandée. Dès lors, il était avéré, sur la base du constat établi par les inspecteurs du Scm et du fait de la non production de la pièce comptable demandée le 5 juillet 2011, que l'activité de restauration n'était plus accessoire à l'activité commerciale principale, soit à la vente à l'emporter de produits de boulangerie.

Il « décidait » donc que Mme E\_\_\_\_\_ avait effectué un changement d'affectation de la catégorie de buvette permanente accessoire en catégorie de café-restaurant, et ceci sans autorisation.

Il se réservait le droit de prendre les sanctions administratives qui s'imposaient. Il demandait à Mme E\_\_\_\_\_ de se mettre en conformité avec la loi, en déposant en bonne et due forme une demande de changement de catégorie.

Un délai au 16 décembre 2011 lui était imparti pour satisfaire à toutes les conditions légales et réglementaires et produire une liste des pièces, qu'il énonçait. L'exploitant, titulaire du certificat de cafetier, devait gérer l'établissement de façon personnelle et effective, et non servir de prête-nom. De fait, il exigeait dans la pratique que le propriétaire du fonds de commerce et/ou le gérant indépendant qui exploitait personnellement l'établissement soient eux-mêmes titulaires du certificat de cafetier ou qu'ils s'associent avec un tiers titulaire d'un tel certificat, dans le cadre d'une société en nom collectif, d'une société à responsabilité limitée ou d'une société anonyme.

Sans la production, dans le délai imparti, des pièces dont il avait donné la liste, il ordonnerait la cessation de l'exploitation dans les quarante-huit heures.

Cette décision, remise en mains propres le 17 novembre à M. O\_\_\_\_\_, qui l'a contresignée, pouvait faire l'objet d'un recours auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) dans un délai de trente jours dès sa notification.

15. Le 29 novembre 2011, la société a écrit au Scm. Des modifications organisationnelles de sa structure interne avaient causé des retards pour délivrer

les pièces demandées. Elle transmettait une copie de la ventilation du chiffre d'affaires pour le mois d'octobre 2011 du magasin. Les bandes de contrôle étaient à disposition. Selon ce document, l'activité principale de la société restait la commercialisation d'articles de boulangerie-pâtisserie, qu'elle produisait (54 % à l'emporter et 45,03 % à consommer sur place). L'activité « Tea-room » restait accessoire. Si la surface affectée à la clientèle de la boulangerie était proportionnellement de 25 % contre 75 % pour la buvette, elle était la même qu'en 2009. Madame O\_\_\_\_\_ U\_\_\_\_\_, épouse de M. O\_\_\_\_\_, s'était inscrite au cours de cafetier, ce qui lui permettrait de demander une autorisation d'exploitation. La société requerrait dès lors une autorisation provisoire d'exploiter permettant aux époux O\_\_\_\_\_ d'exercer leur profession.

16. Le 8 décembre 2011, le directeur du Scm a répondu à la société. Il s'étonnait de recevoir une ventilation du chiffre d'affaires alors que la société avait prétendu jusque-là ne pas tenir de comptabilité par point de vente. Ce document ne répondait pas à son attente car il ne portait que sur le mois d'octobre 2011. Il n'était pas possible d'accorder une autorisation provisoire d'exploiter l'établissement. Cela n'était envisageable qu'en cas de décès du titulaire ou d'empêchement durable de Mme E\_\_\_\_\_. Ses services allaient prendre contact avec celle-ci pour établir son rôle au sein de l'établissement car elle ne l'avait pas informé qu'elle avait cessé l'exploitation.
17. Par acte posté le 15 décembre 2011, la société a interjeté recours auprès de la chambre administrative contre la décision du Scm du 16 novembre 2011 précitée. Celle-ci, qui modifiait l'affectation de l'établissement, était subjective et arbitraire. Elle se fondait sur une demande de transmission d'un bilan ventilé. Or, la nécessité d'établir un tel bilan ne figurait pas à l'art. 17 al. 1 let. h LRDBH. La société devait tenir une comptabilité au sens de l'art. 957 de la loi fédérale complétant le Code civil suisse du 30 mars 1911 (Livre cinquième : Droit des obligations - CO - RS 220). Le magasin faisait partie d'un ensemble et ne faisait pas l'objet d'une comptabilité individualisée. Ses comptes étaient englobés dans la comptabilité générale de la société. Cette dernière avait accepté de la transmettre au département, nonobstant la ventilation mensuelle du chiffre d'affaires ainsi que les bandes de contrôle, comme preuve de sa bonne volonté. Toutefois, le Scm avait refusé tout dialogue en vue de trouver une solution constructive.
18. Le Scm a répondu le 9 février 2012 au recours, concluant à son rejet. L'autorisation qu'il avait délivrée le 8 mai 2009 portait sur une surface d'exploitation de 51 m<sup>2</sup>, en réalité de 54 m<sup>2</sup> si l'on décomptait les comptoirs. Or, un contrôle effectué le 30 septembre 2010 avait mis en évidence que la surface d'exploitation de la buvette était nettement supérieure à celle affectée à la clientèle de la boulangerie. C'était la raison de son intervention. N'ayant pas obtenu les chiffres comptables demandés il avait, par décision du 16 novembre 2011, intimé à l'exploitant un délai pour régulariser la situation de son

établissement dont l'exploitation ne correspondait plus à l'autorisation accordée. Le fait que la surface réservée à l'exploitation de la buvette soit supérieure à celle de la boulangerie ne signifiait pas en soi que les conditions d'exploitation de l'établissement n'étaient plus réunies mais devait conduire le Scm à réexaminer le caractère accessoire de la buvette sur la base d'autres critères. N'ayant pu obtenir les données comptables demandées, il n'avait eu d'autre choix que de trancher la question sur le seul critère de la surface d'exploitation. Or, sur cette base, le caractère accessoire de la buvette n'était plus établi puisque celle-ci représentait une part prépondérante de la surface utile de l'établissement.

19. Le juge délégué a procédé à l'audition des parties le 14 mai 2012 lors d'une audience de comparution personnelle.

a. Selon la représentante du Scm, la décision avait pour destinataire Mme E\_\_\_\_\_ en tant qu'exploitante de l'établissement, mais elle visait également la recourante, soit la société qui, à ses yeux, était le propriétaire de celui-ci. L'établissement « P\_\_\_\_\_ » n'était plus une buvette mais un café-restaurant du fait de l'importance de la salle destinée aux consommateurs, qui dépassait la surface de la boulangerie. Suivant le plan annexé à l'autorisation d'exploiter, la surface dévolue à la boulangerie était de 54 m<sup>2</sup>, tandis que celle consacrée à l'établissement public était de 51 m<sup>2</sup>. Selon le rapport dressé par l'inspecteur, il y avait eu une modification de ces proportions. 75 % de la surface totale était dévolue à la buvette, soit la majeure partie, ce qui entraînait une modification de la qualification de l'établissement public. Il s'agissait de contraindre l'exploitante à entreprendre des démarches pour se faire délivrer une autorisation d'exploiter un café-restaurant si elle désirait maintenir ce rapport. Avant d'entreprendre ces démarches, le Scm avait cherché à obtenir des chiffres comptables permettant d'établir, par une ventilation du chiffre d'affaires, si la buvette était toujours accessoire au commerce. Elle n'avait pu recevoir des données précises lui donnant la possibilité d'effectuer ce contrôle.

b. La société était représentée par Messieurs D\_\_\_\_\_, directeur général, et G\_\_\_\_\_, directeur des ressources humaines.

Selon M. D\_\_\_\_\_, la société était propriétaire du fonds de commerce de la boulangerie-bar-buvette et titulaire du bail conclu avec la commune de Troinex, depuis 1998. La société avait pris en charge l'exploitation de ce commerce à son ouverture. L'établissement avait été franchisé durant quatre ans environ. Ensuite de cela, la société avait repris elle-même l'exploitation. Mme E\_\_\_\_\_ était titulaire de l'autorisation d'exploiter. C'était elle qui exploitait le magasin pour le compte de la société en tant qu'employée. Elle l'avait fait jusqu'à la reprise de l'établissement en novembre 2011 par M. O\_\_\_\_\_ et son épouse, qui étaient franchisés par la société. Mme E\_\_\_\_\_ était restée employée de celle-ci. Elle n'exploitait cependant plus l'établissement, même si elle y venait dix à quinze heures par semaine. Elle avait la charge de suivre l'activité de plusieurs magasins

de la société et partageait donc son temps de travail entre ceux-ci. L'épouse de M. O\_\_\_\_\_ effectuait le cours de cafetier et devait passer les examens. Dès qu'elle aurait obtenu le certificat de cafetier, Mme E\_\_\_\_\_ se retirerait complètement.

M. D\_\_\_\_\_ a contesté les constats sur la base desquels se fondait la décision attaquée. La boulangerie n'avait pas changé d'agencement. Ses plans actuels étaient strictement similaires à ceux annexés à l'autorisation. La surface dévolue à la buvette n'était pas plus grande que celle de la boulangerie. Le document demandé par le Scm, soit un bilan ventilé, était un document qui n'existait pas en comptabilité. La société avait cependant donné suite à ses requêtes en transmettant une ventilation du chiffre d'affaires réalisé, qui permettait de constater que celui-ci se répartissait à raison de 69,52 % pour la boulangerie contre 30,48 % pour la buvette. En outre, la société avait également transmis au Scm en novembre 2011 une ventilation plus détaillée du chiffre d'affaires réalisé au mois d'octobre 2011, en fonction des différentes catégories de produits vendus, qui confirmait que l'activité de la buvette était accessoire à celle de la boulangerie. Il déposait un dossier des photos des lieux, ainsi qu'un rapport analytique du chiffre d'affaires réalisé dans l'établissement couvrant la période comptable du 1<sup>er</sup> janvier au 31 octobre 2011 et qui confirmait que le chiffre d'affaires généré par la buvette était inférieur à celui de la boulangerie. Ce document reconstituait le compte d'exploitation du commerce durant la période considérée, avec les détails des caisses par jour. Il y avait deux caisses, l'une pour le tea-room et l'autre pour la boulangerie, enregistrant les ventes avec des taux de TVA différents, soit 2,5 % pour les produits de boulangerie et 8 % pour ceux de la buvette. Le total de chacune de ces caisses permettait d'illustrer la ventilation des résultats quotidiens. Une bonne partie du chiffre d'affaires du tea-room provenait de la vente d'articles de boulangerie. Il n'y avait pas de plats du jour servis dans la buvette. Le seul plat qui était proposé était un menu combinant un article de boulangerie ou une salade avec une boisson et un dessert. Il s'agissait de petite restauration selon la LRDBH.

Selon la représentante du Scm, pour la détermination de la proportion de la surface dévolue à l'alimentaire par rapport à la buvette, n'était pas prise en considération la surface des comptoirs, des toilettes, ainsi que différentes autres surfaces indiquées par la loi. Le Scm avait demandé la production de documents permettant d'effectuer un contrôle sur l'exercice 2010. Il n'avait reçu ces informations que pour le mois d'octobre 2011. Cela était insuffisant.

c. Selon le relevé du chiffre d'affaires produit lors de l'audience par la société, les ventes de produits de boulangerie s'étaient élevées, du 1<sup>er</sup> janvier au 31 octobre 2011, à CHF 218'206.- hors TVA et celles de la buvette à CHF 169'953.- hors TVA.

20. Le 29 juin 2012, le Scm a persisté dans sa décision. Si la LRDBH n'indiquait pas sur quels critères il convenait d'apprécier le caractère accessoire d'une buvette, la surface d'exploitation de celle-ci, par rapport à la surface affectée à la clientèle du commerce, ainsi que la part que représentait le chiffre d'affaires de la buvette dans la comptabilité de la boulangerie, constituaient des indices essentiels. En l'espèce, la surface d'exploitation de la buvette était nettement supérieure à celle affectée à la clientèle de la boulangerie. Le fait qu'elle représente une part prépondérante de la surface utile de l'établissement et une part très importante du chiffre d'affaires réalisé impliquait qu'elle rentrait dans la catégorie générale des cafés-restaurants au sens de l'art. 17 al. 1 let. a LRDBH. Dès lors, il se justifiait de demander à l'exploitant de régulariser la situation.
21. Le 25 juillet 2012, la société a persisté dans les termes et conclusions de son recours. Depuis l'autorisation d'exploiter octroyée par le Scm en janvier 2009, rien n'avait été modifié dans l'exploitation du commerce. Aucun motif ne justifiait la modification de la catégorie de l'établissement. C'était d'autant plus vrai que la boulangerie ne servait pas de restauration particulière, à l'instar d'un restaurant.

Elle a transmis divers documents contractuels en rapport avec l'exploitation du tea-room, soit le contrat de gérance libre conclu avec la commune, le contrat de travail et son avenant conclus avec Mme E\_\_\_\_\_, ainsi que le contrat de sous-location et celui de partenariat passés avec M. O\_\_\_\_\_.

Elle a versé également à la procédure un courrier du 30 mai 2012 émanant de son réviseur, la société K\_\_\_\_\_. Selon celui-ci, le chiffre d'affaires hors taxes pour la période allant du 1<sup>er</sup> janvier 2010 au 31 décembre 2010 figurant dans la comptabilité du magasin « P\_\_\_\_\_ » s'était élevé à CHF 480'032.-, dont CHF 200'031.- soumis à un taux de TVA de 7,6 % et CHF 280'001.- soumis à un taux de 2,4 %. Pour la période allant du 1<sup>er</sup> janvier au 31 octobre 2011, il avait été de CHF 390'082.-, dont respectivement CHF 169'971.- soumis à un taux de TVA de 7,6 % et CHF 220'111.- soumis à un taux de 2,4 %. Pour la période allant du 1<sup>er</sup> novembre au 31 décembre 2011, le chiffre d'affaires avait été de CHF 69'872.-, dont CHF 29'830.- soumis à un taux de TVA de 8 % et CHF 40'042.- soumis à un taux de 2,5 %.

Sur quoi, la cause a été gardée à juger.

## EN DROIT

1. Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable sous cet angle (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 décision querellée a formellement été adressée à la titulaire de l'autorisation d'exploiter le tea-room délivrée en 2009. Or, le recours a formellement été interjeté par la société propriétaire du fonds de commerce. Se pose donc la qualité pour recourir de cette dernière.

En l'espèce, celle-ci sera admise dans la mesure où, selon l'art. 19 al. 3 LRDBH, lorsque le propriétaire du fonds de commerce n'est pas l'exploitant, le premier doit être avisé des injonctions de mise en conformité qu'il adresse à ce dernier dès lors qu'elles lui sont opposables en vertu de l'art. 19 al. 2 LRDBH. L'autorité intimée a implicitement admis qu'elle avait omis de le faire lorsqu'elle a indiqué lors de l'audience de comparution personnelle du 14 mai 2012 que sa décision visait également la recourante. La qualité pour recourir de cette dernière sera donc reconnue en vertu de l'art. 60 al. 1 let. b LPA.

3. Le recours a pour objet la décision constatant le changement de catégorie de l'établissement public dont la recourante est propriétaire et l'ordre de mise en conformité qui en découle, à l'exclusion du contentieux relatif à l'identité de l'exploitant qui, à lire le courrier de l'intimé du 8 décembre 2011, est instruit séparément.
4. Selon l'art. 61 LPA, la chambre administrative est habilitée à revoir une décision pour violation du droit, y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation, et pour constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents (art. 61 al. 1 let. a et b LPA), mais pas sous l'angle de l'opportunité (art. 61 al. 2 LPA).
5. L'exploitant à titre onéreux d'un établissement voué à la restauration et au débit de boissons à consommer sur place est soumis à autorisation (art. 1 let. c et 4 LRDBH).

Sont notamment soumis à cette exigence les cafés-restaurants (art. 16 al. 1 let. a LRDBH), soit les établissements à caractère public où sont servis à toute personne des mets et des boissons, et qui n'entrent pas dans la définition d'une autre catégorie d'établissement voué à la restauration et au débit de boissons (art. 17 al. 1 LRDBH). Est considéré comme assurant un service de restauration tout établissement qui dispose d'une cuisine et qui offre un choix de mets cuisinés sur place (art. 28 al. 1 du règlement d'exécution de la loi sur la restauration, le débit de boissons et l'hébergement du 31 août 1988 - RRDBH - I 2 21.01).

Parmi les catégories d'établissements voués à la restauration et au débit de boissons à consommer sur place figurent les buvettes permanentes, soit les débits de boissons exploités de façon durable ou saisonnière, accessoires, soit à des

installations destinées aux loisirs, aux activités culturelles, aux divertissements, aux sports, à l'étude, aux commerces, ou à des fins analogues, soit encore à des établissements socioculturel et artistique (art. 17 let. h LRDBH), dans lesquels il peut être assuré un service de petite restauration. Est considérée comme assurant un service de petite restauration toute buvette permanente qui offre des mets simples, notamment des omelettes, soupes, salades, croque-monsieur, ainsi que des mets prêts à cuire (à l'exclusion des plats du jour), dont la préparation n'exige de la connaissance professionnelle et des installations de cuisine élémentaires (art. 28a RRDBH).

6. Selon l'art. 16 al. 2 LRDBH, la décision relative à l'appartenance de l'établissement à une catégorie d'établissement déterminé est du ressort du Scom.
7. L'autorisation d'exploiter doit être requise lors de sa création, changement de catégorie, agrandissement et transformation d'établissement, changement d'exploitant ou de propriétaire de l'établissement, ou modification des conditions de l'autorisation antérieure (art. 4 al. 2 LRDBH).
8. L'exploitant a l'obligation de gérer l'établissement de façon personnelle et effective (art. 21 al. 1 LRDBH). S'il est absent de l'établissement, il doit désigner un remplaçant compétent et instruit de ses devoirs qui assume la responsabilité de l'exploitation à sa place (art. 21 al. 2 LRDBH). Il doit maintenir l'aménagement, les installations et les autres caractéristiques de l'établissement qui sont propres à la catégorie à laquelle celui-ci appartient (art. 35 LRDBH).
9. En cas de situation non conforme au droit, le département, soit pour lui le Scom (art. 1 al. 2 RRDBH), peut intimer l'ordre de cesser immédiatement l'exploitation de l'établissement concerné. Lorsque l'établissement n'est pas exploité de manière conforme à l'autorisation d'exploiter, le Scom doit accorder un délai pour rétablir une situation conforme au droit. C'est seulement si ce délai n'est pas respecté par l'exploitant qu'il procède à la fermeture de l'établissement (art. 68 al. 1 LRDBH).
10. La procédure administrative est régie par la maxime inquisitoire selon laquelle l'autorité établit les faits d'office, sans être limitée par les allégués et offres de preuves des parties (art. 19 et 76 LPA). Pour fonder sa décision, elle doit ainsi réunir les renseignements et procéder aux enquêtes nécessaires (art. 20 al. 1 LPA), soit ordonner les mesures d'instruction aptes à établir les faits pertinents pour l'issue de la cause. A cet effet, elle peut recourir aux moyens de preuve suivants : documents, interrogatoires et renseignements des parties, témoignages et renseignements de tiers, examen par l'autorité ou expertise (art. 20 al. 2 LPA).

Le principe de l'établissement des faits d'office n'est toutefois pas absolu. Sa portée est 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 les 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/625/2012 du 18 septembre 2012 ; ATA/797/2010 du 16 novembre 2010 ; ATA/649/2010 du 21 septembre 2010 et les références citées). L'autorité peut notamment inviter les parties à la renseigner, en produisant les pièces en leur possession, ou à se prononcer sur les faits constatés ou allégués et leur fixer un délai à cet effet (art. 24 al. 1 LPA).

11. La décision attaquée est fondée sur le constat relatif aux surfaces d'exploitation contenues dans le rapport du 3 novembre 2010, en raison de l'absence de production par la recourante d'un bilan ventilé indiquant « les profits » liés à l'activité de la buvette par rapport à celle de la boulangerie, soit en raison de la non production d'une preuve requise. La façon dont la procédure s'est déroulée ne permet cependant pas de retenir un défaut de collaboration de la recourante sur ce point.

L'arrêté du 8 mai 2009 valant autorisation d'exploiter la buvette permanente accessoire à la boulangerie ne contenait pas d'obligation d'établir une comptabilité distincte entre les deux commerces. Il n'était dès lors pas interdit à la recourante qui les exploitait tous deux à cette époque, de tenir une comptabilité commune pour les deux activités. Certes le Scm, dans le cadre de son activité de contrôle, était légitimé à solliciter des renseignements complémentaires pour vérifier si les doutes générés par les rapports de ses inspecteurs se vérifiaient. Il devait cependant admettre, sur la base des explications apportées par la recourante, que la fourniture de ceux-ci était susceptible de générer un travail comptable particulier pouvant prendre du temps. En outre, la demande contenue dans son courrier du 5 juillet 2011 de produire un bilan ventilé indiquant les profits pouvait à juste titre générer des interrogations auprès de la recourante, dans la mesure où c'est par l'examen du compte de profits et pertes, et non pas par celui du bilan de l'entreprise, que les données utiles pour déterminer les différentes sources de profits pouvaient être mises en évidence, soit le chiffre d'affaires et les profits générés par les différentes activités. Sur ce point, la recourante, même si elle n'a pas fourni la documentation demandée, a répondu en exposant sa situation et en fournissant les données dont elle disposait. Le Scm pouvait réitérer sa demande comme il l'a fait le 31 août 2011. Toutefois, il ne pouvait refuser d'entrer en matière sur la demande de clarification contenue dans le courriel de celle-ci du 19 septembre 2011.

Partant, sa décision du 19 novembre 2011 décrétant que la buvette exploitée par la recourante était devenue un café-restaurant était précipitée. Elle se fondait sur une constatation incomplète des faits qui auraient pu être éclaircis moyennant

une poursuite de l'instruction au travers d'un dialogue qu'elle a refusé d'engager sur des aspects techniques de la preuve comptable à apporter.

Au demeurant, le constat contenu dans le rapport d'inspection du 30 novembre 2010 d'une surface dévolue à la buvette plus grande que celle dévolue à la boulangerie n'est pas confirmé par les pièces du dossier. Les seuls plans versés à la procédure mettent en évidence une surface commerciale de 51 m<sup>2</sup> dévolus à la buvette et de 54 m<sup>2</sup> à la boulangerie. Toutefois, les deux surfaces sont les deux parties d'une même zone. Même si la recourante semble admettre dans son courrier du 29 novembre 2011 que la boulangerie n'utiliserait l'espace loué qu'à raison de 25 % de la surface totale, elle affirme qu'aucune modification n'est intervenue dans l'agencement du tea-room depuis l'arrêté de 2009 autorisant l'exploitation de la buvette. Le Scm ne pouvait sans arbitraire se fonder sur ce seul rapport pour décréter qu'il y avait eu changement de catégorie de l'établissement public.

La décision du Scm du 16 novembre 2011, fondée sur un état de faits incomplet et retenant à tort un défaut de collaboration de l'administré doit être annulée. La cause sera renvoyée au Scm pour instruction complémentaire, laquelle tiendra compte des nouveaux éléments produits par la recourante devant la chambre de céans, notamment des données comptables confirmées par le réviseur, transmises avec les observations finales. Cette question devra être traitée dans un souci de coordination requis par l'art. 12A LPA avec celle relative à l'exploitation que le Scm n'a pas intégrée au présent contentieux.

12. Le recours sera admis. Aucun émolument ne sera mis à la charge du Scm. Aucune indemnité de procédure ne sera allouée à la recourante, qui n'a allégué aucun frais particulier (art. 87 LPA).

\* \* \* \* \*

**PAR CES MOTIFS**  
**LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE**

**à la forme :**

déclare recevable le recours interjeté le 15 décembre 2011 par D\_\_\_\_\_ S.A. contre la décision du service du commerce du 16 novembre 2011 ;

**au fond :**

l'admet ;

annule la décision du service du commerce du 16 novembre 2011 ;

retourne la cause au service du commerce pour instruction et nouvelle décision au sens des considérants ;

dit qu'il n'est pas perçu d'émolument ni alloué 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 D\_\_\_\_\_ S.A., ainsi qu'au service du commerce.

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

Au nom de la chambre administrative :

La greffière-juriste :

S. Hüsler Enz

la présidente siégeant :

E. Hurni

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :