RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/4369/2020-EXPLOI **ATA/556/2021**

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 25 mai 2021

2ème section

dans la cause

Madame A_____

contre

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

EN FAIT

1) Le 7 mars 2019, le service de police du commerce et de lutte contre le travail au noir (ci-après : PCTN) a autorisé Madame A_____ à exploiter l'établissement « B_____» (ci-après : « B_____») sis à la rue C_____ à Genève, dont D_____ SA est propriétaire. Le 31 juillet 2019, elle a été autorisée à exploiter l'établissement « E_____ » (ci-après : « E_____ »), sis au _____, rue C_____ et dont D_____ SA est également propriétaire.

Le certificat de cafetier de Monsieur F_____, qui a été administrateur de D_____ SA, a été suspendu du 22 juin au 31 décembre 2018.

2) Selon le rapport du secteur inspectorat du PCTN du 5 août 2020, le 8 juillet 2020 à 14h00, Mme A_____ ne se trouvait pas dans le « E_____ ». Elle avait, par la suite, déclaré qu'elle y était serveuse, que ses tâches se limitaient au service des boissons, au contrôle des frigos et de la présence des employés, dont elle ne connaissait pas les noms de famille ni la rémunération. Selon elle, c'était Monsieur F_____ qui gérait l'établissement ; il engageait, rémunérait et fixait les horaires des employés, effectuait les commandes, réceptionnait les marchandises, fixait les prix, contrôlait la caisse et faisait les inventaires. Elle ne s'occupait ni de la fermeture ni de l'ouverture du bistro. Elle travaillait essentiellement au « B_____».

Elle avait déclaré que M. F_____ lui versait CHF 1'600.- par mois pour « la patente » et qu'elle n'avait pas de contrat de travail. Depuis début 2020, elle n'avait perçu aucun salaire.

3) Selon le rapport du secteur inspectorat du PCTN du 5 août 2020, le même jour à 10h00, Mme A_____ avait déclaré être serveuse au « B_____», s'occuper du service des boissons, du contrôle des frigos et de la présence des employés, dont elle ignorait le nom de famille. M. F_____ les engageait, les rémunérait et déterminait leurs horaires. Une autre employée, s'occupait de la cuisine ; elle l'aidait pour les commandes. Elle percevait un montant mensuel de CHF 1'600.- pour la « patente » et n'avait pas de contrat de travail.

Il ressortait toutefois de la requête d'autorisation qu'elle avait conclu un contrat de travail le 1er août 2018 avec D_____ SA portant sur le « B_____», prévoyant une rémunération mensuelle de CHF 2'923.-.

4) Par décision du 25 novembre 2020, le PCTN a constaté que Mme A_____ avait servi de « prête-nom » pour l'exploitation du « B_____ » et du « E_____ ». Dès l'entrée en force de la décision, la validité de son diplôme serait suspendue pour une durée de 36 mois, les autorisations d'exploiter les deux

établissements retirées, leur fermeture immédiate serait ordonnée et une amende administrative prononcée.

5) Par acte expédié le 28 décembre 2020 à la chambre administrative de la Cour de justice, Mme A_____ a contesté cette décision. Elle avait effectué son travail de gérante le mieux possible. M. F_____ était resté très présent. Elle avait néanmoins exécuté certaines tâches avec succès, telles le contrôle des horaires d'ouverture et de fermeture, les courses, le contrôle des prix, des températures, de la propreté des établissements et le respect des lois. Lors des entretiens avec le PCTN, elle avait été mise sous pression et la plupart des accusations ne correspondaient pas à ses réponses. Elle avait accepté la réduction de son traitement, car M. F_____ avait une mauvaise situation financière.

Elle n'avait peut-être pas fait correctement son travail d'exploitante et demandait, dans ce cas, de réduire la suspension de son diplôme à douze mois, à défaut elle se retrouverait dans une situation financière très compliquée.

6) Le PCTN a conclu au rejet du recours.

Les tâches effectuées par la recourante ne suffisaient pas pour retenir qu'elle gérait personnellement les deux établissements. En outre, elle reconnaissait elle-même que M. F_____ ne lui laissait pas la possibilité de s'occuper de la comptabilité et du personnel.

7) Dans sa réplique, la recourante a indiqué que M. F_____ lui avait fait savoir qu'il serait à nouveau exploitant dès janvier 2020 et qu'elle ne serait alors que serveuse. Son salaire avait alors été changé, comme cela ressortait des fiches de salaire qu'elle produisait. Elle était ainsi partie de l'idée que M. F_____ avait fait le nécessaire auprès du PCTN pour reprendre l'exploitation du « E_____ ». Elle avait continué à exploiter le « B_____», ce qui avait cependant été rendu difficile par l'attitude de M. F_____, qui « voulait tout gérer lui-même ».

8) Lors de l'audience de comparution personnelle des parties, qui s'est tenue le 19 avril 2021 devant la chambre de céans, Mme A_____ a déclaré qu'il était clair pour elle qu'à partir du 1er janvier 2020, M. F_____ reprenait l'exploitation du « E_____ », sa suspension d'exploitant ayant pris fin.

Après sa prise de fonction le 1er mai 2018 d'exploitante du « E_____ », M. F_____ continuait à faire l'ouverture et la fermeture, parfois en collaboration avec une employée. M. F_____ ayant été l'exploitant avant son arrivée, il avait continué à établir les fiches de salaire avec son comptable et sa fiduciaire. Elle avait été un peu naïve en le laissant continuer à faire comme avant. Elle contrôlait la température du frigo, la présence du personnel ainsi que le nettoyage. M. F_____ le faisait également. Ils faisaient ensemble la commande de la marchandise et des boissons ; c'est surtout lui qui connaissait ce qui se vendait le

mieux. M. F_____ s'occupait des factures qui se rapportaient à l'établissement. Ils fixaient ensemble le prix des boissons. L'épouse de M. F_____ était souvent présente.

M. F_____ l'avait payée CHF 2'923.- brut pour l'exploitation des deux établissements. Par la suite, elle avait reçu CHF 1'600.- par mois se rapportant au « B_____». Dans son esprit, M. F_____ avait récupéré son autorisation d'exploitant. Elle avait néanmoins continué à contrôler le frigo du « E_____ », mais n'était pas payée pour cette activité. M. F_____ l'avait informée de sa reprise de l'exploitation du « E_____ » en janvier 2020.

Elle avait décidé des horaires d'ouverture du « B_____» à partir du 1er août 2018. Elle faisait l'ouverture et une employée faisait la fermeture. M. F_____ avait engagé les employés et les extras. D_____ SA établissait les fiches de salaire et versait le salaire. Les deux établissements étaient très petits. Il suffisait d'avoir une employée pour les deux. La commande des boissons se faisait conjointement avec une employée, M. F_____ et elle. Elle recevait les factures et les transmettait à M. F_____ qui les payait, car il détenait le fonds de commerce. Elle n'avait pas modifié les prix des boissons quand elle était arrivée. Elle était payée CHF 1'600.- par mois et avait les clés de l'établissement. Ce salaire la rétribuait de la gérance. Elle consacrait environ 20 heures par semaine au « B_____».

En parallèle, elle travaillait environ 3 heures par jour pendant trois jours de la semaine comme serveuse dans un autre pub.

M. F_____ s'était occupé de la demande de mise en conformité du PCTN du 9 juillet 2020 concernant le « E_____ ». Hormis la question de l'exploitant, il avait à son sens donné suite à toutes les demandes de mise en conformité. M. F_____ était au courant de tout ce qui se passait dans les deux établissements. Pour elle, c'était normal puisqu'il était le propriétaire du fonds de commerce. Comme M. F_____ gérait correctement les deux établissements, elle n'avait pas estimé nécessaire d'intervenir pour modifier sa manière de faire. Ses contacts avec Mme F_____ étaient cordiaux. Elle n'avait plus de contacts avec M. F_____ qui était hospitalisé depuis presque un an.

Elle avait démissionné auprès de D_____ SA pour le 30 novembre 2020 et s'était inscrite au chômage.

À l'issue de l'audience, les parties ont été informées que la cause était 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) Il convient d'examiner si c'est à juste titre que l'autorité intimée a retenu que la recourante a servi de prête-nom pour l'exploitation des « B_____» et « E_____ ».

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 al. 1 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'exploitation 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 quinze 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).

3) En l'espèce, la situation présente la particularité que M. E_____, détenteur de l'autorisation d'exploiter les deux établissements contrôlés, a vu cette autorisation suspendue du 22 juin au 31 décembre 2018. C'est cette suspension qui a conduit à l'engagement de la recourante en qualité d'exploitante.

Celle-ci a repris l'exploitation du « E_____ » le 1er mai 2018 et celle du « B_____» le 1er août 2018. Il ressort du dossier que les deux établissements, tous deux de petite taille, étaient au moment de cette reprise déjà exploités,

comptaient un petit nombre d'employés et ne présentaient pas de nécessité de subir un changement dans la manière dont ils étaient exploités. Il n'est, en effet, pas allégué que des employés auraient dû être licenciés ou engagés, que la carte, les boissons proposées, leur prix ou d'autres points dans la gestion des deux bars auraient dû être modifiés. Selon les éléments recueillis par les inspecteurs du PCTN, la recourante assurait une présence régulière auprès des deux établissements. Depuis janvier 2020, elle travaillait essentiellement au « B_____», M. F_____ lui ayant indiqué qu'il avait repris l'exploitation du « E_____ » depuis lors.

L'on comprend des déclarations de la recourante tant aux inspecteurs du PCTN que devant la chambre de céans que M. F_____ était resté très présent dans les deux établissements après sa reprise de l'exploitation des deux établissements, respectivement les 1er ami et 1er août 2018. Certaines tâches étaient assumées par elle, d'autres par M. F_____. Ce dernier, directeur de D_____ SA , continuait à se charger du paiement des salaires et des factures, alors qu'elle-même contrôlait la présence des employés, le frigo et faisait les fonds de caisse du « B_____». Les horaires d'ouverture et de fermeture du « B_____» étaient fixés par elle et ceux du « E_____ » par l'une ou l'autre employée de cet établissement. Les commandes étaient effectuées tantôt par elle, tantôt par une autre employée, voire encore par M. F_____ et elle ensemble. Ils fixaient également ensemble les prix.

Dans ces circonstances, il ne peut être retenu que la recourante aurait servi de prête-nom. Son implication concrète et personnelle dans l'exploitation jusqu'à fin 2019 des deux établissements, puis par la suite du « B_____», ne permet pas de retenir qu'elle ne gérait pas de manière personnelle et effective au sens de l'art. 40 RRDBHD les deux établissements.

À compter du 1er janvier 2020, la recourante, à qui M. F_____ avait indiqué qu'il disposait à nouveau de l'autorisation d'exploiter le « E_____ », s'est retirée de la gestion de cet établissement. Il lui aurait, certes, incombé de s'assurer de la véracité des dires de M. F_____. Cela étant, la période de suspension de l'autorisation d'exploiter de M. F_____ étant, le 1er janvier 2020, échue depuis douze mois, la recourante n'avait pas de raison de douter des dires de M. F_____. Par ailleurs, la modification dans l'exploitation du « E_____ » est survenue au moment où M. F_____ est tombé gravement malade. À mi-mars 2020, la fermeture des établissements publics en raison de la pandémie de coronavirus a été prononcée. Ainsi, si certes la recourante n'a plus assumé l'exploitation du « E_____ » à compter du 1er janvier 2020, il ne peut être considéré qu'elle aurait servi de prête-nom à M. F_____. Celui-ci n'était en effet tant en raison de son état de santé que de la fermeture temporaire de l'établissement pas en mesure d'exploiter le « E_____ ». A fortiori, il n'a pas pu se servir de l'autorisation délivrée à la précitée pour exploiter cet établissement.

Au vu de ce qui précède, le constat selon lequel la recourante aurait servi de prête-nom pour l'exploitaton du « B_____» et du « E_____ » est mal fondé. Le recours sera, par conséquent, admis et la décision querellée annulée.

4) Vu l'issue du litige, il ne sera pas perçu d'émolument (art. 87 al.1 LPA). Il n'y a pas lieu à l'allocation d'une indemnité de procédure, la recourante comparant en personne (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 28 décembre 2020 par Madame A_____ contre la décision du service de police du commerce et de lutte contre le travail au noir du 25 novembre 2020 ;

au fond :

l'admet ;

annule la décision précitée ;

dit qu'il n'est pas perçu d'émolument ni 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 Madame A_____ ainsi qu'au service de police du commerce et de lutte contre le travail au noir.

Siégeant : M. Mascotto, président, Mme Krauskopf, M. Verniory, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière-juriste :	le président siégeant :
D. Werffeli Bastianelli	C. Mascotto

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le	la greffière :