

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/685/2015-EXPLOI

ATA/91/2016

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 2 février 2016

2^{ème} section

dans la cause

Monsieur A_____

représenté par Me Laurent Nephtali, avocat

contre

SERVICE DU COMMERCE

EN FAIT

- 1) Monsieur A_____, né le _____ 1949, domicilié au _____, rue B_____, est titulaire de deux autorisations d'exploiter deux cafés-restaurants sous les enseignes Le C_____ et Le D_____ situés respectivement au _____, rue B_____, et _____, boulevard E_____.

Madame F_____ et sa sœur, Madame G_____, nées respectivement le _____ 1981 à H_____ et le _____ 1979 à I_____, au Sénégal, pays dont elles sont originaires, habitent à Genève au bénéfice d'autorisations d'établissement.

- 2) Le 22 septembre 2005, M. A_____ a fait inscrire au registre du commerce (ci-après : RC) une raison individuelle « A_____ » ayant son siège _____, rue B_____, et pour but l'exploitation de son restaurant Le C_____.

- 3) Le 25 octobre 2008, le restaurant La J_____ – établissement sis à la rue K_____, et fermé depuis –, représenté par M. A_____, a signé avec Mme F_____ un contrat de travail d'une durée indéterminée avec effet au 1^{er} décembre 2008.

L'intéressée était engagée en qualité de directrice responsable de l'établissement.

- 4) Le 8 avril 2010, M. A_____ a fait, comme associé gérant à signature individuelle, inscrire au RC la société à responsabilité limitée « L_____ Sàrl » ayant son siège au _____, boulevard E_____, et dont le but est l'exploitation d'établissements publics, tels les bars, cafés, restaurants et hôtels.

- 5) Le 3 février 2014, M. A_____ et Mme F_____ ont fait inscrire au RC, comme associés disposant chacun d'une signature individuelle, une société en nom collectif ayant pour raison sociale « A_____ & F_____, Le D_____ » et son siège au _____, boulevard E_____. Le but de la société est l'exploitation du café-restaurant Le D_____.

- 6) Le 11 avril 2014, Mme F_____ a, comme titulaire ayant un droit de signature individuelle, fait inscrire au RC une entreprise individuelle sous la raison sociale « Le M_____ - F_____ » ayant son siège _____, rue N_____, et pour but l'exploitation du café-restaurant Le M_____.

- 7) Le 14 mai 2014, M. A_____ a requis du service du commerce (ci-après : Scm) du département de la sécurité et de l'économie (ci-après : DSE) l'autorisation d'exploiter le café-restaurant Le M_____, propriété de sa société L_____ Sàrl, une société à responsabilité limitée inscrite au RC le 8 avril 2010.

Il devait restituer les locaux de La J_____ en juin 2014 et souhaitait reprendre un nouvel établissement et le confier à Mme F_____ ou le lui remettre par la suite, après l'autorisation du Scm. Les deux s'étaient adressés à une agence locale qui leur avait proposé un bar fréquenté par une clientèle africaine.

- 8) Par décision du 30 juin 2014, le Scm a accordé l'autorisation sollicitée.

Cette autorisation était personnelle et intransmissible. Une nouvelle requête devait être déposée notamment en cas de changement de l'exploitant ou de modification de ses conditions. M. A_____ avait notamment l'obligation de la gestion personnelle et effective du M_____ et l'interdiction de prête-nom. Il devait aussi y assurer le maintien de l'ordre, le contrôle du personnel et le droit d'accès de l'autorité. Il devait enfin inscrire les noms de l'exploitant et l'enseigne sur le restaurant.

- 9) Le 14 juillet 2014, le Scm a informé Mme F_____ que la commission d'examen du certificat de capacité de cafetier, restaurateur et hôtelier (ci-après : le certificat de capacité) avait validé sa réussite aux examens de la session qui s'était déroulée les 20 et 21 mai 2014.

L'intéressée était invitée à venir retirer son certificat de capacité dès le 18 août 2014.

- 10) Le 5 septembre 2014, la police a, suite à un contrôle effectué la veille à 17h30 au M_____, dressé un rapport dénonçant le remplacement de l'exploitant par une personne non compétente et non instruite des devoirs de la fonction qui lui était confiée et l'obstruction de la gérante à un libre accès à toutes les parties et dépendances de l'établissement par l'autorité compétente.

Elle s'était rendue de manière inopinée devant Le M_____ et avait remarqué à l'intérieur de l'établissement des individus qui avaient un comportement suspect. Mme F_____, qui avait déclaré être la responsable du restaurant, s'était d'abord opposée au contrôle d'identité de deux d'entre eux en faisant barrage de son corps, en gesticulant et en criant. Face à la détermination des agents, elle avait ensuite obtempéré. Les individus contrôlés avaient sur eux de la cocaïne et de la marijuana.

- 11) Le 10 décembre 2014, la police a, suite à un contrôle effectué le même jour à 14h08 au M_____, dressé un autre rapport dénonçant le remplacement de l'exploitant par une personne non compétente et non instruite des devoirs de la fonction qui lui était confiée, l'absence de registre du personnel, de nom du propriétaire et/ou de l'exploitant sur la porte d'entrée de l'établissement.

Elle avait procédé à ce contrôle suite à plusieurs doléances des habitants du quartier. Elle avait trouvé trois individus assis à une table au fond de la salle, sous laquelle elle avait découvert un sachet contenant trente-six boulettes de cocaïne

d'un poids total de 40,5 gr, conditionnées pour la vente. Elle avait également découvert dans le sac à dos d'un des trois individus trois autres boulettes de cocaïne pesant au total 2,4 gr. Elle avait en outre trouvé dans une poubelle sous le bar de la serveuse des « doigts » de cocaïne vides utilisés pour transporter la drogue et plusieurs sachets cellophane vides destinés à emballer la drogue en petites boulettes.

La fouille des locaux avait permis de découvrir trois sachets d'un poids total de 6,5 gr de marijuana dissimulés dans le faux-plafond des toilettes de l'établissement. Un trou dissimulé par des plaques métalliques permettait de passer la main dans le plâtre du plafond.

Mme G_____ s'était annoncée comme la responsable sur place. Elle n'avait rien vu concernant la présence de vendeurs de drogue dans son commerce. Interrogée au sujet des devoirs d'un exploitant d'un établissement public, elle n'était pas au courant de ses obligations.

Appelé sur place, M. A_____ avait indiqué ne pas détenir un registre du personnel. Il n'était pas au courant du trafic de drogue dans son établissement. Il restait une heure environ tous les jours au M_____. Son activité se limitait à effectuer des courses. Il n'avait pas formé Mme G_____ à la gestion d'un établissement public. Celle-ci exerçait son activité temporairement. Elle possédait néanmoins les clefs du restaurant. Le nom du propriétaire et celui de l'exploitant ne figuraient pas sur la porte d'entrée.

D'après les constatations de la police, l'établissement était dans un état d'hygiène déplorable. Un inspecteur du service de la consommation et des affaires vétérinaires, dépêché sur place, avait ouvert une procédure pour ce motif. Un officier de police de service, avisé des faits, avait ordonné la fermeture immédiate de l'établissement en y apposant des scellés, pour une durée de quatre jours.

12) Le 11 décembre 2014, le Scm a informé M. A_____ de son intention de prononcer pour une durée d'un mois la fermeture du restaurant et lui a, compte tenu de l'urgence de la situation et de la gravité des faits dénoncés par la police, imparti un délai d'un jour, prolongé de trois jours suite à un entretien téléphonique avec l'intéressé, pour formuler ses observations soit oralement, soit par télécopie ou courriel.

13) Par courriel du 14 décembre 2014, M. A_____ s'est opposé à la fermeture du M_____ et a requis sa réouverture dans les meilleurs délais.

Il ne connaissait pas les trois individus arrêtés dans son restaurant. Ces derniers n'avaient du reste aucun lien avec son établissement ou avec les personnes y travaillant. Il ne s'était rendu compte de rien au sujet du trafic des stupéfiants et n'avait jamais trempé dans des affaires de drogue. Il avait repris Le

M_____ dans le but de le remettre à sa collaboratrice, Mme F_____, qui ne disposait pas alors d'un certificat de capacité. Il travaillait régulièrement auprès de ses deux restaurants Le C_____. Il n'avait pas réalisé l'ampleur de la tâche au M_____.

Il avait refait à neuf Le M_____, qui se trouvait auparavant dans des conditions déplorables. Il avait procédé à des travaux d'aménagement en mettant en place notamment des étagères et des meubles de rangement pour parer à l'exiguïté du restaurant et de la cuisine. Il envisageait de changer de type de restauration afin d'éviter les risques d'une clientèle indésirable.

Il envisageait également de requérir pour Mme F_____ la gérance du M_____, celle-ci ayant passé avec succès le certificat de capacité. Cette dernière travaillait avec sa sœur G_____ en cuisine. Elle avait emporté les factures à payer et le livre du personnel. Il avait fait figurer sur la porte de l'établissement l'inscription de sa société L_____ Sàrl et apposer le nom de Mme F_____ en prévision de l'exploitation du restaurant par celle-ci.

- 14) Par décision du 15 décembre 2014, déclarée exécutoire nonobstant recours et assortie de la menace des peines prévues à l'art. 292 du code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP - RS 311.0), le Scm a ordonné la fermeture du M_____ avec effet immédiat durant un mois, du 15 décembre 2014 au 15 janvier 2015, a invité les autorités compétentes à procéder à cette fermeture avec effet immédiat et a réservé le prononcé d'éventuelles sanctions administratives.

Le M_____ constituait une menace sérieuse et grave pour l'ordre public en raison des faits dénoncés par la police dans son rapport du 10 décembre 2014.

- 15) Le 18 décembre 2014, M. A_____ a sollicité la reconsidération de cette décision et la réouverture immédiate de son établissement, en contestant la version des faits retenue par le Scm.

Il avait veillé au maintien de l'ordre dans son établissement et n'avait toléré aucun désordre ou trouble. Le M_____ n'était pas un repaire de gens provenant d'un milieu douteux ou favorisant la débauche. Sa clientèle provenait des organisations internationales se trouvant dans les environs de son restaurant. Le trafic de drogue proche de son établissement était préexistant à ce dernier. Aucun avertissement ne lui avait été donné auparavant. Il était propriétaire de plusieurs établissements à Genève jouissant d'une bonne réputation.

Pour le surplus, il a repris le contenu de son courriel du 14 décembre 2014.

- 16) Par décision du 2 janvier 2015, le Scm a déclaré irrecevable la demande de reconsidération et a, en tant que de besoin, maintenu sa précédente décision du 15 décembre 2014.

Les faits invoqués par l'intéressé, notamment son absence de responsabilité au sujet de la présence de la drogue et des trafiquants dans son établissement, la contestation des faits figurant dans le rapport de police du 10 décembre 2014, ne constituaient pas des motifs de reconsidération.

Ni cette décision ni celle du 15 décembre 2014 n'ont fait l'objet d'un recours.

- 17) Le 8 janvier 2015, le Scm a informé M. A_____ de son intention de lui infliger une amende administrative, de prononcer la suspension de son certificat de capacité et le retrait de son autorisation d'exploiter Le M_____ sur la base des faits dénoncés dans les rapports de police des 5 septembre et 10 décembre 2014 et lui a imparti un délai pour formuler ses observations par écrit.

Le même jour le Scm a également informé Mme F_____ de son intention de lui infliger une amende administrative pour avoir exploité Le M_____ sans avoir obtenu au préalable l'autorisation y afférente.

- 18) Le 21 janvier 2015, M. A_____ s'est opposé aux mesures envisagées.

Mme F_____ était depuis de nombreuses années son employée. Il l'avait engagée dès le 1^{er} décembre 2008 comme directrice responsable de l'établissement La J_____. Son contrat avait été reconduit d'un commun accord dans le cadre de son travail au M_____. Il avait acquis cet établissement dans le but de le lui remettre après l'obtention de son certificat de capacité et l'autorisation d'exploiter octroyée par le Scm. Le nom de Mme F_____ figurait dans la vitrine de l'établissement comme exploitante. Cette dernière envisageait d'effectuer rapidement les démarches en vue d'obtenir l'autorisation de l'exploiter.

Il n'avait pas agi comme prête-nom, mais avait voulu aider sa collaboratrice à travailler à titre indépendant. Il restait trois heures par jour au M_____. Il était présent à 10h00 pour procéder à la mise en place, à 15h00 pour établir la liste des courses du lendemain et à 23h00 pour le deuxième service. Mme F_____ avait emporté par erreur les factures de l'établissement et le registre du personnel dans l'intention de les lui remettre.

Lui-même avait pris conscience des problèmes de stupéfiants liés à son établissement et avait prévu des mesures d'assainissement pour y mettre fin, notamment l'installation de caméras de surveillance ou le refus de servir des clients paraissant douteux voire leur interdiction d'accéder à son établissement, le cas échéant, de faire appel à la police.

- 19) Par décision du 29 janvier 2015, le Scm a retiré à M. A_____ l'autorisation d'exploiter Le M_____, lui a infligé une amende administrative de

CHF 3'500.- et l'a averti qu'en cas de nouvelle infraction son certificat de capacité serait suspendu pour une durée de six mois au moins.

L'intéressé était absent de l'établissement lors des contrôles effectués par la police les 4 septembre et 10 décembre 2014. Il était en charge de deux autres restaurants où il travaillait quotidiennement. Il restait au M_____ une heure par jour et son activité pour cet établissement se limitait à effectuer des courses.

Il n'exploitait pas Le M_____ de manière personnelle et effective. Les faits constatés par la police étaient constitutifs d'un prête-nom, l'exploitation de l'établissement ayant été confiée en toute connaissance de cause à une personne qui était dépourvue d'une autorisation d'exploiter. Mme F_____ exploitait le restaurant sous le couvert de son nom. Elle avait constitué une entreprise individuelle depuis avril 2014 dans cette perspective. L'annonce de démarches rapides permettant à celle-ci d'obtenir l'autorisation d'exploiter Le M_____ était un indice d'avoir servi de prête-nom en faveur de l'intéressée depuis l'ouverture du restaurant.

Le trafic de drogues dans l'établissement durant plusieurs mois était pris en considération dans le cadre de l'amende administrative infligée.

- 20) Le même jour, soit le 29 janvier 2015, le Scm a imparti à M. A_____ un délai expirant au 2 mars 2015 pour requérir une autorisation d'exploiter Le M_____ en faveur d'un autre exploitant.

Suite à la décision de retrait de l'autorisation d'exploiter, il était invité, en sa qualité de propriétaire de l'établissement, à désigner une autre personne dans la perspective de la poursuite de l'exploitation du M_____.

- 21) Par décision du 2 février 2015, le Scm a infligé à Mme F_____ une amende administrative de CHF 1'500.-.
- 22) Le 13 février 2015, M. A_____ a adressé au Scm une requête tendant à obtenir l'autorisation d'exploiter Le M_____ en faveur d'une tierce personne.
- 23) Le 18 février 2015, la police municipale de la ville de Genève a dressé un procès-verbal dénonçant le dépassement de l'heure de fermeture du M_____ suite à un contrôle effectué le 15 février 2015 à 02h15.

Mme F_____, répondante sur place et désignée dans le rapport comme exploitante, recevait le jour du contrôle dix clients et venait de les servir après l'heure de fermeture de l'établissement fixée à 02h00 par le DSE.

- 24) Le 23 février 2015, la raison individuelle « Le M_____ F_____ » a été radiée du RC par suite de cessation de l'exploitation.

- 25) Par acte déposé le 2 mars 2015, M. A_____ a recouru contre la décision du Scm du 29 janvier 2015 lui infligeant des sanctions administratives auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative), en concluant à son annulation et à ce que la réparation du dommage subi soit réservée. La procédure a été enregistrée sous le n° A/685/2015.

Il était titulaire d'une autorisation d'exploiter Le M_____. Il prenait en charge l'ensemble des tâches administratives de l'établissement par l'intermédiaire de sa société L_____Sàrl, propriétaire de ce dernier. Il en assurait la gestion personnelle et effective. Il n'avait pas servi de prête-nom à Mme F_____. Même si une phase de transition s'était amorcée dans ses rapports avec celle-ci, il demeurait cependant son employeur. Mme F_____ n'avait certes pas demandé immédiatement l'autorisation d'exploiter Le M_____ après l'obtention de son certificat de capacité et certaines démarches, comme l'inscription de son nom sur la vitrine de l'établissement, avaient été précipitées. Toutefois, le restaurant avait été toujours exploité par ses soins au travers de sa société L_____Sàrl. Mme F_____ n'avait aucune intention d'éluder les exigences légales d'exploitation d'un établissement public en recourant à un prête-nom.

Il avait toujours veillé au maintien de l'ordre dans son établissement. Il n'avait pas accepté de trafic de drogues ou d'actes préparatoires à la vente des stupéfiants dans celui-ci.

Le retrait de l'autorisation d'exploiter Le M_____était disproportionné, aucune infraction ne pouvant lui être reprochée. L'amende infligée ne respectait pas non plus le principe de la proportionnalité, le seul reproche pouvant lui être adressé étant celui d'avoir apposé de manière anticipée le nom de Mme F_____ sur la porte de son établissement.

Mme F_____ a également recouru auprès de la chambre administrative par acte du 5 mars 2015 à l'encontre de la décision prononcée par le Scm le 2 février 2015. Le recours a été enregistré sous le n° de procédure A/768/2015.

- 26) Par décision du 18 mars 2015, le Scm a infligé une amende de CHF 300.- à M. A_____ suite au rapport de dénonciation de la police municipale du 18 février 2015.

- 27) Le 19 mars 2015, le Scm a requis des compléments d'informations au sujet de la requête de M. A_____ du 13 février 2015.

Celle-ci entrainait en conflit avec le recours interjeté le 2 mars 2015 auprès de la chambre de céans contre la décision du 29 janvier 2015. L'intéressé était invité

à indiquer s'il maintenait sa requête ou s'il renonçait à son autorisation d'exploiter voire si son recours ne visait pas le retrait de cette autorisation.

28) Le 30 mars 2015, M. A_____ a maintenu sa requête du 13 février 2015 et son recours contre la décision du 29 janvier 2015.

29) Par décision du 2 avril 2015, le Scm a refusé d'entrer en matière sur la requête du 13 février 2015.

Il ne pouvait pas délivrer deux autorisations d'exploiter pour un même établissement.

30) Le 7 mai 2015, le Scm a, dans le cadre du recours dirigé contre sa décision du 29 janvier 2015 préalablement conclu à ce qu'ordre soit donné à M. A_____ de produire le contrat de travail conclu avec Mme F_____ concernant l'établissement Le M_____ et à la jonction des causes A/685/2015 et A/768/2015. Il a aussi sur le fond conclu au rejet du recours et à la confirmation de sa décision en cause.

Les pièces produites par M. A_____ à l'appui de ses allégations n'étaient pas pertinentes, dans la mesure où elles ne permettaient pas de démontrer l'exploitation personnelle et effective du M_____ par celui-ci. Ce dernier ne gérait pas les horaires des employés du restaurant, leur engagement et le paiement de leur salaire, la commande de marchandises, la composition du menu, la fixation des prix des plats ou le contrôle de la caisse. Il n'avait produit aucun contrat de travail concernant l'engagement de Mme F_____ en qualité de directrice du M_____. Aucune démarche n'avait été entreprise pour obtenir son autorisation d'exploiter l'établissement après l'obtention de son certificat de capacité.

La décision prononcée était proportionnée. Le certificat de capacité de M. A_____ n'avait pas été suspendu. L'amende infligée était proportionnée également.

Pour le surplus, le Scm a repris les arguments figurant dans sa décision attaquée.

31) Le 11 juin 2015, M. A_____ a persisté dans les termes et les conclusions de son recours.

Le contrat de travail de Mme F_____ avec L_____ Sàrl revêtait une forme orale. Les faits postérieurs à la décision querellée invoqués par le Scm devaient être écartés de la procédure.

Pour le surplus, il a repris ses arguments antérieurs.

32) 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) a. Le recourant a requis son audition et celle de Mme F_____. L'autorité intimée a, quant à elle, demandé la production du contrat de travail de cette dernière auprès du M_____.
- b. Tel que garanti par les art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101) et 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (CEDH - RS 0.101), qui n'a pas de portée différente dans ce contexte, le droit d'être entendu comprend notamment le droit pour le justiciable de s'expliquer avant qu'une décision ne soit prise à son détriment, celui de fournir des preuves quant aux faits de nature à influencer sur le sort de la décision (arrêt du Tribunal fédéral 2C_1062/2015 du 21 décembre 2015 consid. 3.1), celui d'avoir accès au dossier, celui d'obtenir qu'il soit donné suite à ses offres de preuves pertinentes, celui de participer à l'administration des preuves, d'en prendre connaissance et de se déterminer à leur propos (ATF 140 I 60 consid. 3.3 p. 64 ; arrêt du Tribunal fédéral 8C_702/2014 du 16 octobre 2015 consid. 4.2 ; ATA/1296/2015 du 8 décembre 2015). Il ne comprend pas le droit d'être entendu oralement ni celui d'obtenir l'audition de témoins (ATF 130 II 425 consid. 2.1 p. 428 ; ATA/311/2015 du 31 mars 2015).

Le droit de faire administrer des preuves n'empêche pas le juge de renoncer à l'administration de certaines preuves offertes et de procéder à une appréciation anticipée de ces dernières, en particulier s'il acquiert la certitude que celles-ci ne l'amèneront pas à modifier son opinion (arrêts du Tribunal fédéral 2C_235/2015 du 29 juillet 2015 consid. 5 ; 2C_1073/2014 du 28 juillet 2015 consid. 3.1) ou si le fait à établir résulte déjà des constatations ressortant du dossier (ATF 136 I 229 consid. 5.2 p. 236 ; ATA/1296/2015 précité).

- c. L'audition de témoins est ordonnée lorsque les faits pertinents ne peuvent être éclaircis autrement (art. 28 al. 1 LPA).
- d. En l'espèce, les parties ont eu l'occasion de s'exprimer par écrit durant la procédure, d'exposer leur point de vue et de produire les pièces qu'elles jugeaient utiles à l'appui de leurs allégués. La chambre de céans dispose d'un dossier complet et les pièces qui y figurent suffisent pour trancher tous les éléments de fait pertinents. Elle renoncera par conséquent, par une appréciation anticipée des preuves, aux auditions sollicitées et à la production du contrat de travail requis.

3) a. L'autorité intimée a demandé la jonction de la présente cause à celle A/768/2015 visant Mme F_____.

b. À teneur de l'art. 70 al. 1 LPA, l'autorité peut, d'office ou sur requête, joindre en une même procédure des affaires qui se rapportent à une situation identique ou à une cause juridique commune.

Selon la jurisprudence de la chambre de céans, il n'y a pas lieu de procéder à une jonction de causes lorsque des procédures portant sur des décisions rendues par la même autorité et prises en vertu des dispositions de la même loi, visent un complexe de faits différent ou ne concernent pas les mêmes parties (ATA/961/2014 du 2 décembre 2014 ; ATA/702/2014 du 2 septembre 2014).

c. En l'espèce, les complexes de faits sur lesquels reposent les procédures A/685/2015 et A/768/2015 sont certes fondés pour l'essentiel sur les rapports de police des 5 septembre et 10 décembre 2014. Toutefois, les infractions retenues par le Scm contre les parties sont différentes. Les parties ne sont pas non plus les mêmes, puisque la cause A/685/2015 oppose M. A_____ au Scm, alors que la cause A/768/2015 oppose Mme F_____ au Scm. Les deux causes, bien que faisant l'objet de deux décisions de la même autorité, en l'occurrence le Scm, et fondées en partie sur les mêmes dispositions légales, ne présentent pas la connexité requise à leur jonction. Il n'y a dès lors pas lieu de faire droit à la requête de l'autorité intimée.

4) a. La loi sur la restauration, le débit de boissons et l'hébergement du 17 décembre 1987 (aLRDBH - I 2 21) et son règlement d'exécution du 31 août 1988 (aRRDBH - I 2 21.01) ont été abrogés respectivement par la loi sur la restauration, le débit de boissons, l'hébergement et le divertissement du 19 mars 2015 (LRDBHD - I 2 22) et son règlement d'exécution du 28 octobre 2015 (RRDBHD - I 2 22.01), entrés en vigueur le 1^{er} janvier 2016. 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. Cette disposition ne contient cependant aucune indication relative à l'application du nouveau droit dans le cadre des procédures de recours.

b. En principe, le nouveau droit s'applique à toutes les situations qui interviennent depuis son entrée en vigueur. Les procédures administratives contentieuses et non contentieuses se prolongeant sur une certaine durée, il se peut qu'un changement de droit intervienne alors que la procédure est encore pendante. Se pose alors la question de savoir si le cas doit être tranché selon l'ancien droit, en vigueur au moment où la procédure s'est ouverte, ou bien selon le nouveau droit, en vigueur au moment où l'autorité statue. Concernant les autorisations faisant suite à une requête, le droit applicable est en principe celui qui est en vigueur au moment où la décision est prise, à défaut d'une disposition transitoire réglant différemment la question. Dès lors qu'une telle décision vise à régler un

comportement futur, il n'y a en effet pas de raison de ne pas appliquer le droit en vigueur au moment où la légalité de ce comportement se pose (Thierry TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2011, p. 132 n. 403 et p. 133 n. 410).

c. Conformément aux principes généraux posés par la jurisprudence fédérale en cas de recours contre une décision rendue sous l'ancien droit, l'autorité de recours doit appliquer l'ancien droit, sauf dans deux cas. Le premier concerne l'existence d'un intérêt public important justifiant l'application immédiate du nouveau droit entré en vigueur dans l'intervalle (arrêt du Tribunal fédéral 1P_421/2006 du 15 mai 2007 consid. 3.4.3 ; Thierry TANQUEREL, op. cit., p. 134 n. 412). Le second concrétise le principe de l'économie de procédure et exclut l'application de l'ancien droit si le nouveau droit est plus favorable au requérant (ATF 127 II 209 consid. 2b p. 211 ; ATA/317/2015 du 31 mars 2015 ; Pierre MOOR/Alexandre FLÜCKIGER/Vincent MARTENET, Droit administratif, vol. 1, 2012, p. 187 s. et p. 194 s. ; Thierry TANQUEREL, op. cit., p. 133 n. 410).

d. En l'espèce, la décision attaquée ayant été rendue sous l'ancien droit, c'est celui-ci qui sera appliqué à la présente cause, étant en outre précisé qu'aucun intérêt public important ne justifie l'application immédiate du nouveau droit et que les modifications entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2016 n'instaurent pas un régime plus favorable au recourant dans le cas particulier.

5) Le litige porte sur les sanctions administratives infligées au recourant par le Scm pour notamment violation de l'interdiction de prête-nom et non-respect de l'obligation du maintien de l'ordre dans son établissement.

6) Le recourant conteste le retrait de son autorisation d'exploiter Le M_____décidé par le Scm alors que, selon lui, aucune infraction à la loi ne peut lui être reprochée.

a. L'aLRDBH régit notamment l'exploitation à titre onéreux d'établissements voués à la restauration et au débit de boissons à consommer sur place (art. 1 let. a aLRDBH). Elle a pour but d'assurer qu'aucun établissement qui lui est soumis ne soit susceptible de troubler l'ordre public, en particulier la tranquillité, la santé et la moralité publiques, du fait de son propriétaire ou de son exploitant, ainsi qu'en raison de sa construction, de son aménagement, de son implantation (art. 2 al. 1 let. a aLRDBH).

b. À teneur de l'art. 4 al. 1 aLRDBH, l'exploitation de tout établissement régie par cette loi est soumise à l'obtention préalable d'une autorisation d'exploiter. Celle-ci doit être requise lors de chaque 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 aLRDBH). Il revient au Scom de recevoir et d'instruire les requêtes et de délivrer les autorisations prévues par l'aLRDBH, de même qu'il prononce les mesures et les sanctions administratives prévues par celle-ci (art. 1 al. 2 aRRDBH).

L'autorisation d'exploiter est notamment subordonnée à la condition que le requérant soit titulaire d'un certificat de capacité (art. 5 al. 1 let. c aLRDBH). Elle est strictement personnelle et intransmissible (art. 15 al. 3 aLRDBH). L'exploitant est ainsi tenu de gérer son établissement de façon personnelle et effective (art. 21 al. 1 aLRDBH). La gestion personnelle et effective doit permettre de limiter le nombre d'établissements dont une même personne peut être exploitante (Mémorial du Grand Conseil (MGC) 1985 34/III, p. 4240). L'exploitant ne peut être autorisé qu'à exploiter un maximum de trois établissements pour autant qu'ils soient situés à proximité les uns des autres (art. 31 al. 1 aRRDBH). Il est admissible qu'une même personne exploite plusieurs établissements tout en respectant, pour chacun d'eux, son obligation de gestion personnelle et effective. On ne saurait à cet égard arrêter un chiffre précis valable dans tous les cas. Tout dépend du lieu de situation et de la catégorie des établissements, par exemple deux restaurants et une cantine, situés à proximité les uns des autres. [...] On relèvera encore que la présence de l'exploitant doit être d'autant plus effective, active et durable dans les établissements où le risque de perturbation de l'ordre public est accru, notamment dans les établissements exploités en soirée et de nuit (MGC 1985 34/III, op. cit., p. 4248).

Une gestion effective par l'exploitant autorisé consiste en la prise en charge des tâches administratives liées, d'une part, au personnel notamment pour ce qui est des engagements, des salaires, des horaires et des remplacements et, d'autre part, à la bonne marche de l'établissement s'agissant par exemple des commandes de marchandises, de fixation des prix, de composition des menus, de contrôle de la caisse et de l'inventaire (ATA/182/2006 du 28 mars 2006 ; ATA/489/2005 du 19 juillet 2005 ; ATA/664/2004 du 24 août 2004). Elle requiert la présence régulière de l'exploitant durant une grande partie des heures d'ouverture de l'établissement (ATA/182/2006 précité).

Si l'obligation de gérer son établissement de façon personnelle et effective n'interdit pas à l'exploitant de s'absenter quelques heures par jour, voire quelques jours, par exemple pendant les périodes de vacances ou de service militaire, il n'en demeure pas moins qu'il lui est formellement interdit de servir de prête-nom (art. 12 aLRDBH ; ATA/588/2000 du 26 septembre 2000 ; MGC 1985 34/III, op. cit., p. 4244 et 4248). Sert de prête-nom, au sens de la loi, l'exploitant qui ne gère pas personnellement et effectivement l'établissement pour lequel il a sollicité et obtenu une autorisation d'exploitation.

L'interdiction de prête-nom vise 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 comporte comme risque pour le public (ATA/588/2000 précité). Les travaux préparatoires de l'aLRDBH relèvent que cette loi entend protéger l'ordre public contre les perturbations que l'exploitation d'un établissement est susceptible d'engendrer et que c'est dans ce but que les dispositions visant à garantir l'exploitation personnelle et effective de l'établissement par l'exploitant autorisé ont été édictées (ATA/609/2007 du 27 novembre 2007 ; MGC 1985 34/III, op. cit., p. 4234).

c. À teneur de l'art. 70 aLRDBH, en cas d'infraction à la législation ou aux conditions particulières de l'autorisation, le département peut, en tenant compte de la gravité de l'infraction ou de sa réitération, prononcer la suspension de l'autorisation d'exploiter pour une durée de dix jours à six mois (let. a) ou le retrait de l'autorisation d'exploiter (let. b). En cas d'infraction de prête-nom, 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).

d. En l'occurrence, les conditions particulières de l'autorisation d'exploiter soumettaient le recourant notamment aux obligations de gestion personnelle et effective ainsi qu'à l'interdiction de prête-nom.

S'agissant de l'obligation de gestion personnelle et effective, le recourant allègue avoir pris en charge des tâches administratives liées au personnel du M_____. Il invoque avoir engagé Mme F_____ comme directrice responsable du restaurant et produit, à ce sujet, des bulletins de salaires de celle-ci durant la période de juillet à décembre 2014 délivrés par L_____Sàrl. Il soutient également que le contrat de travail entre les deux parties a été passé oralement. Il allègue aussi que Mme G_____ travaillait temporairement dans la cuisine de son établissement aux côtés de sa sœur F_____, sans produire néanmoins la preuve de cet engagement. De plus, d'après ses premières déclarations à la police, il ne disposait pas de registre de son personnel. En tout état de cause, il n'a pas été en mesure d'en produire un au cours de la présente procédure. Force est dès lors d'admettre que le recourant n'a pas respecté son obligation de tenir un registre de ses employés, la seule production des bulletins de salaires susmentionnés étant insuffisante pour conclure au respect de ses obligations notamment en termes de recrutement, d'horaires et de remplacement de son personnel.

Par ailleurs, le recourant affirme avoir assuré la bonne marche de son établissement. Il allègue s'occuper des commandes de marchandises du restaurant. À l'appui de ses allégations, il a produit des listes d'achats de boissons qu'il a effectués par le biais de sa société L_____Sàrl. Il a également produit un tableau des recettes journalières réalisées par Le M_____du 1^{er} juillet au 9 décembre 2014. Les pièces produites ne renseignent cependant pas sur le fait que le recourant procédait lui-même à la fixation des prix et à la composition des menus de son restaurant. Les circonstances particulières de la présente cause, notamment

le fait que les factures du restaurant et l'éventuel registre du personnel étaient détenus, d'après le contrôle de police du 4 septembre 2014, par Mme F_____, corroborent l'appréciation du Scm qui a retenu que le recourant n'assumait pas les tâches essentielles liées à la bonne marche de l'établissement. Les faits résultant du dossier démontrent en outre que les activités qu'il déployait dans le restaurant étaient ponctuelles et marginales. Celles-ci ne remplissent pas les critères légaux et jurisprudentiels de gestion personnelle et effective d'un établissement public. Enfin, le recourant a admis dans ses premières déclarations devant la police, malgré ses dénégations ultérieures, être présent au M_____ environ une heure par jour, et n'avoir pas été au courant des problèmes de trafic de drogue constatés dans son établissement.

Il s'avère dès lors que le recourant ne gérait pas effectivement et personnellement Le M_____ dont il a obtenu l'autorisation d'exploiter.

Pour ce qui est de l'interdiction de prête-nom, selon le dossier, l'exploitation de fait de l'établissement revenait, avant la décision attaquée, à Mme F_____ par le truchement de son entreprise individuelle « Le M_____ F_____ » qui avait pour but d'assurer l'exploitation du café-restaurant Le M_____. Par ailleurs, d'autres indices, comme l'inscription du nom de Mme F_____, en tant qu'exploitante, sur la porte d'entrée du restaurant, attestent que c'était celle-ci qui exploitait de fait l'établissement. Les déclarations de l'intéressée à la police confirment en outre qu'elle était la responsable du M_____. De plus, il ressort du rapport de police du 5 septembre 2014 que c'est elle qui était présente lors du contrôle du 4 septembre 2014.

La décision du Scm de retirer au recourant l'autorisation d'exploiter Le M_____ est ainsi conforme au droit.

7) Le recourant reproche ensuite au Scm de lui avoir infligé une amende arbitraire et disproportionnée pour avoir, selon lui, inscrit de manière anticipée le nom de Mme F_____ sur la porte de son établissement.

a. À teneur de l'art. 74 al. 1 aLRDBH, le département peut infliger une amende administrative de CHF 100.- à CHF 60'000.-, indépendamment du prononcé de l'une des sanctions prévues aux art. 70 à 73 aLRDBH, en cas d'infraction à la présente loi et à ses dispositions d'application, ainsi qu'aux conditions particulières des autorisations qu'elles prévoient.

b. Les amendes administratives prévues par les législations cantonales sont de nature pénale, car aucun critère ne permet de les distinguer clairement des contraventions pour lesquelles la compétence administrative de première instance peut au demeurant aussi exister. C'est dire que la quotité de la sanction administrative doit être fixée en tenant compte des principes généraux régissant le droit pénal (ATA/346/2015 du 14 avril 2015 ; ATA/282/2015 du 17 mars 2015 ;

Pierre MOOR/Étienne POLTIER, Droit administratif, Les actes administratifs et leur contrôle, vol. 2, 2011, p. 160 ss ch. 1.4.5.5).

Les dispositions de la partie générale du CP s'appliquent à titre de droit cantonal supplétif, sous réserve de celles qui concernent exclusivement le juge pénal (art. 1 let. a de la loi pénale genevoise du 17 novembre 2006 - LPG – E 4 05). Il est ainsi nécessaire que le contrevenant ait commis une faute, fût-ce sous la forme d'une simple négligence (Ulrich HÄFELIN/Georg MÜLLER/Felix UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6^{ème} éd., 2010, p. 271 n. 1179). L'administration doit faire preuve de sévérité afin d'assurer le respect de la loi et jouit d'un large pouvoir d'appréciation pour infliger une amende (ATA/346/2015 précité ; ATA/282/2015 précité). La chambre de céans ne revoit une amende qu'en cas d'excès ou d'abus (ATA/134/2014 du 4 mars 2014). Sont prises en considération la nature, la gravité et la fréquence des infractions commises dans le respect du principe de la proportionnalité (ATA/685/2014 du 26 août 2014 ; ATA/700/2012 du 16 octobre 2012). Enfin, l'amende doit respecter le principe de la proportionnalité (ATA/533/2010 du 4 août 2010).

L'autorité qui prononce une mesure administrative ayant le caractère d'une sanction doit également faire application des principes applicables à la fixation de la peine contenus aux art. 47 ss CP, soit tenir compte de la culpabilité de l'auteur et 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/134/2014 précité).

c. Il y a abus du pouvoir d'appréciation lorsque l'autorité, tout en restant dans les limites du pouvoir d'appréciation qui est le sien, se fonde sur des considérations qui manquent de pertinence et sont étrangères au but visé par les dispositions légales applicables, ou viole des principes généraux de droit tels que l'interdiction de l'arbitraire et de l'inégalité de traitement, le principe de la bonne foi et le principe de la proportionnalité (ATF 137 V 71 consid. 5.1 p. 73 ; 123 V 150 consid. 2 p. 152 ; ATA/950/2014 du 2 décembre 2014).

Une décision est arbitraire au sens de l'art. 9 Cst. lorsqu'elle viole gravement une norme ou un principe juridique indiscuté ou lorsqu'elle heurte de manière choquante le sentiment de la justice et de l'équité. À cet égard, le Tribunal fédéral ne s'écarte de la solution retenue par l'autorité cantonale de dernière instance que lorsque celle-ci est manifestement insoutenable, qu'elle se trouve en contradiction claire avec la situation de fait, si elle a été adoptée sans motif objectif ou en violation d'un droit certain. L'arbitraire ne résulte pas du seul fait qu'une autre solution pourrait entrer en considération ou même qu'elle serait

préférable. Pour qu'une décision soit annulée pour cause d'arbitraire, il ne suffit pas que la motivation formulée soit insoutenable, il faut encore que la décision apparaisse arbitraire dans son résultat (ATF 128 I 177 consid. 2.1 p. 182 ; arrêt du Tribunal fédéral 4P.149/2000 du 2 avril 2001 consid. 2 ; ATA/872/2014 du 11 novembre 2014 ; ATA/439/2014 du 17 juin 2014).

Appelée à examiner le caractère arbitraire d'une décision, la chambre de céans suit le raisonnement du Tribunal fédéral en la matière (ATA/971/2014 du 9 décembre 2014 ; ATA/117/2013 du 26 février 2013).

d. Selon la jurisprudence de la chambre de céans, le prononcé d'une amende de CHF 3'000.- à l'encontre d'une personne qui a servi de prête-nom est conforme à la loi et à la pratique du Scm (ATA/97/2005 du 1^{er} mars 2005 ; ATA/776/2001 du 27 novembre 2001). Il est toutefois arrivé qu'elle confirme des amendes d'un autre montant au vu de circonstances particulières (ATA/97/2005 précité ; ATA/765/2004 et ATA/774/2004 du 5 octobre 2004). C'est ainsi qu'une amende d'un montant de CHF 4'000.- a été prononcée à l'encontre d'une personne qui avait servi de prête-nom pour l'exploitation de trois établissements sans en retirer de bénéfice financier conséquent (ATA/45/2001 du 23 janvier 2001) ou à l'encontre d'une personne ayant servi de prête-nom pour l'exploitation d'un seul établissement, mais dans un dessein de lucre (ATA/495/2005 du 19 juillet 2005 ; ATA/97/2005 précité). Une amende d'un montant de CHF 4'000.- à 5'000.- est infligée à la personne qui agit comme prête-nom, compte tenu du dessein de lucre et des nombreuses infractions commises par les exploitants de fait de l'établissement concerné (ATA/495/2005 précité).

S'agissant de la violation de l'obligation de maintien de l'ordre public, lorsqu'un trafic de stupéfiants s'est déroulé dans l'établissement, la chambre de céans a confirmé des amendes d'un montant de CHF 5'000.- (ATA/712/2005 du 25 octobre 2005 ; ATA/192/2000 du 28 mars 2000).

- 8) a. L'exploitant doit être en mesure de fournir au département et aux services de la police tous les renseignements relatifs à l'identité, au domicile, aux dates de début et de fin d'engagement et au rôle effectif de toute personne participant à l'exploitation ou à l'animation de l'établissement (art. 25 aLRDBH). Il doit tenir à jour un registre du personnel (art. 35 al. 1 aRRDBH).
 - b. Il doit veiller au maintien de l'ordre dans son établissement et prendre toutes les mesures utiles pour ne pas engendrer d'inconvénients graves pour le voisinage. Si l'ordre est sérieusement troublé ou menacé de l'être, que ce soit à l'intérieur de l'établissement ou dans ses environs immédiats, il doit faire appel à la police (art. 22 al. 1 à 3 aLRDBH).
- 9) En l'espèce, il a été déjà retenu dans les considérants précédents que le recourant a, en substance, laissé Mme F_____ gérer Le M_____, alors que

l'autorisation délivrée par le Scm était strictement personnelle et intransmissible et lui imposait une obligation de gestion personnelle et effective de l'établissement ainsi qu'une interdiction de prête-nom.

Par ailleurs, lors des contrôles de police des 4 septembre et 10 décembre 2014, aucun registre du personnel du restaurant n'a été mis à la disposition des agents de la police.

En outre, c'est suite à des doléances des voisins du M_____ que la police a procédé au contrôle du 10 décembre 2014 et que la drogue a été saisie dans cet établissement. Aucune implication directe dans le trafic de drogue n'a certes été retenue à l'encontre du recourant. Toutefois, c'est en raison de sa négligence, car il avait été mis au courant de l'existence de cette situation menaçant gravement l'ordre public par le rapport du 5 septembre 2014, qu'il a permis son instauration, en n'exerçant pas de surveillance effective sur son établissement.

Ainsi, le principe d'une amende pour violation des dispositions légales applicables en la matière et des conditions particulières de l'autorisation est justifié. Compte tenu du nombre d'infractions reprochées et de la gravité du trafic de drogue et des quantités de stupéfiants saisies, sa quotité fixée à un montant global de CHF 3'500.- échappe à la critique. Celle-ci paraît aussi proportionnée par rapport à la situation personnelle du recourant qui exploite deux autres établissements publics.

L'amende de CHF 3'500.- est dès lors conforme au droit.

- 10) La chambre de céans n'examinera pas la question de la suspension du certificat de capacité du recourant, le Scm n'ayant prononcé qu'un avertissement alors qu'une suspension correspondant au moins au minimum de six mois prévue par la loi aurait pu entrer en considération compte tenu de toutes les circonstances du cas d'espèce.
- 11) Ce qui précède conduit au rejet du recours.

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 lui sera allouée (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 2 mars 2015 par Monsieur A_____ contre la décision du service du commerce du 29 janvier 2015 ;

au fond :

le rejette ;

met à la charge de Monsieur A_____ un émolument de CHF 500.- ;

dit qu'il ne lui 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 Laurent Nephtali, avocat du recourant, ainsi qu'au service du commerce.

Siégeants : M. Verniory, président, MM. Thélin et Dumartheray, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière-juriste :

S. Husler Enz

le présidente siégeant :

J.-M. Verniory

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :