

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2834/2015-EXPLOI

ATA/286/2016

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 5 avril 2016

1^{ère} section

dans la cause

Madame A_____

représentée par Me Philippe Bonnefous, avocat

contre

SERVICE DU COMMERCE

EN FAIT

- 1) La société B_____ a été inscrite le 3 septembre 2001 au registre du commerce de la République et canton de Genève (ci-après : RC). Elle a pour but la gestion sous forme commerciale de commerces de détails dans les domaines de la boulangerie, de l'alimentation, de la vente à l'emporter, de la restauration ainsi que le développement de concepts commerciaux.

La société a changé plusieurs fois de raison sociale. Elle s'appelait à l'origine C_____, est devenue D_____ dès le 15 juillet 2014, puis E_____ compter du 11 décembre 2007, avant de prendre son nom actuel de B_____ le 13 mai 2015.

M. F_____ en a toujours été l'administrateur avec signature individuelle.

La société est désignée ci-après « B_____ ».

- 2) Le 6 juillet 2006, Monsieur et Madame A_____ (ci-après : les époux A_____) ont signé un « contrat de partenariat » avec B_____, par lequel cette dernière leur concédait « le droit d'exploiter selon les méthodes, le savoir-faire et plus généralement le concept "G_____" un magasin à l'enseigne "G_____" ayant pour activité la vente, la fabrication et cuisson de produits de boulangerie, viennoiserie, snack, take away, pâtisserie, articles de fêtes et spécialités ». Le point de vente concerné était sis à la rue H_____.

Était annexée au contrat de partenariat une « convention de fournitures » datée du 6 juin 2006 qui « avait pour but de stipuler les conditions d'approvisionnement des époux A_____ par B_____ ».

- 3) Le 26 décembre 2006, les époux A_____ ont signé un « avenant aux différents contrats » avec B_____.

L'adresse du point de vente figurant dans le contrat de partenariat était remplacée par l'adresse sise à la rue de I_____ à Genève.

Était prévue l'entrée des époux A_____ dans les locaux le 1^{er} février 2007.

Le fonds de commerce était vendu aux époux A_____ pour un montant de CHF 250'000.- plus TVA (CHF 269'000.-), droit d'entrée compris. Le règlement était échelonné sur quatre paiements, le dernier devant intervenir le 31 mars 2010.

Des clauses de validité étaient précisées.

- 4) Un contrat de sous-location, pour locaux commerciaux, portant sur le rez-de-chaussée de l'immeuble rue I_____, a été signé le 19 janvier 2007 entre

B_____, sous-bailleur, sous la signature de M. F_____, et les époux A_____, sous-locataires. Le contrat précisait que les propriétaires de la surface étaient Messieurs J_____ et K_____. Ils étaient représentés par la L_____.

À teneur du contrat, la sous-location commençait le 1^{er} février 2007 pour finir le 31 octobre 2012. « Un an au moins avant la fin du bail, les parties doivent s'avertir par écrit de leur intention au sujet de sa résiliation ou de son renouvellement. Leur silence à cet égard sert d'acquiescement à sa continuation pour une durée de cinq ans, toutes les conditions du présent bail restant en vigueur et, ainsi de suite, de cinq ans en cinq ans ».

- 5) Depuis le 4 mai 2007, Mme A_____ exploite en entreprise individuelle une boulangerie, pâtisserie et tea-room à l'enseigne « M_____ » à la rue de I_____, selon les données du RC. Elle a signature individuelle. Son époux est au bénéfice d'une procuration individuelle.
- 6) Par courrier du 23 novembre 2009, B_____ a confirmé aux époux A_____ qu'elle ne souhaitait pas conserver le bail à son nom. Le transfert de celui-ci au nom du franchisé faisait partie de ses objectifs. Elle était prête à entreprendre toutes les démarches nécessaires auprès du bailleur afin de leur transmettre le bail pour la partie qui les concernait, mais « exclusivement en cas de paiement complet du fonds de commerce ». Seule la vente du commerce avec transfert de propriété, donc paiement complet, pouvait justifier la demande de transfert de bail auprès du propriétaire. Il était précisé que, souvent, ce dernier acceptait ledit transfert si l'ancien locataire se portait garant des loyers pendant deux années supplémentaires.
- 7) Par courrier du 28 octobre 2011, B_____ a résilié, auprès des époux A_____, le contrat de bail de sous-location qui les liait « depuis le 1^{er} mai 2007 » pour le terme du 31 octobre 2012. Cette résiliation « est liée à votre souhait maintes fois répété de reprendre le bail à votre nom ».

Par courrier du même jour, B_____ a résilié, auprès de la Société Privée de Gérance, les baux qui la liaient depuis le 1^{er} novembre 2002 aux propriétaires de l'immeuble sis rue I_____. B_____ a indiqué que la résiliation était liée au fait que M. A_____, sous-locataire principal, souhaitait les reprendre à son nom.

- 8) Par courrier du 24 septembre 2012, l'avocat des époux A_____ a imparté à B_____ un délai au 5 octobre 2012 pour s'acquitter de CHF 500'000.-, représentant le remboursement du prix de vente payé CHF 250'000.- pour l'acquisition du commerce par les époux et des dommages et intérêts, à hauteur du même montant, en raison d'un acte illicite. L'engagement de B_____ à transférer le bail avait motivé l'acquisition du commerce par les époux A_____. Ils s'étaient acquittés de l'entier du prix et étaient propriétaires d'un fonds de commerce sans bail principal. Au lieu de le transférer, celle-là avait résilié le bail

en ne respectant pas ses obligations. Les époux A_____ déclaraient, par ladite correspondance, invalider l'avenant daté du 26 septembre 2006 valant convention de cession de commerce, pour dol au sens de l'art. 28 de la loi fédérale complétant le code civil suisse du 30 mars 1911 – livre cinquième : droit des obligations (Code des obligations - CO - RS 220).

- 9) Le 9 juillet 2014, les époux A_____ ont conclu avec Monsieur N_____, associé gérant avec signature individuelle de O_____ sise à Moudon, une convention de remise de commerce du tea-room, boulangerie et pâtisserie « M_____ » rue I_____ pour un montant de CHF 550'000.-.
- 10) Le 21 octobre 2014, les époux A_____, cédants, et M. N_____, gérant, ont signé un contrat de gérance pour le même tea-room.

Selon le préambule du contrat, la remise du commerce était suspendue en raison des procédures juridiques entre les époux A_____ et leur bailleur. Ce contrat n'annulait pas la convention de vente, mais était temporaire et serait remplacé par le contrat de vente dès que les époux A_____ seraient titulaires du bail ou dès l'acceptation du transfert de bail en faveur de M. N_____. Ce dernier avait déjà versé une somme de CHF 40'000.- qui serait déduite sur le montant de la vente lors de l'exécution de la convention de vente.

La durée de la gérance était fixée au plus pour une durée de deux ans, onze mois et quinze jours, commençant le 15 novembre 2014 et pouvant se terminer au plus tard au 31 octobre 2017. Il était rappelé que, dès l'obtention du transfert de bail, le contrat de gérance s'éteindrait et l'application de la convention de vente entrerait en vigueur.

L'art. 5 prévoyait que, dès la prise d'effet du contrat de gérance, le gérant assurerait l'exploitation du commerce en son nom, à ses frais et profits, et sous son entière responsabilité. Dès cette date, le gérant s'engageait à payer les employés, les salaires et les charges sociales. L'art. 9 précisait que le gérant s'engageait à exploiter l'entreprise selon les règles en vigueur dans le canton de Genève. Concernant le certificat de capacité, les cédants acceptaient de le maintenir dans l'exploitation.

- 11) Par courrier du 17 novembre 2014, les époux A_____ ont informé le service du commerce du canton de Genève (ci-après : SCOM) qu'ils avaient, dans un premier temps, remis en gérance puis, dans un deuxième temps, vendu leur commerce à M. N_____ de la société O_____. Ce dernier devait reprendre l'activité de l'établissement le 1^{er} décembre 2014 et être accompagné quelques temps par les époux A_____ pour la transition.
- 12) Le 28 novembre 2014, B_____ a informé le SCOM de ce qu'elle s'opposait à ce que les époux A_____ sous-louent les locaux à O_____.

- 13) Par requête déposée au guichet du SCOM le 16 décembre 2014, Mme A_____ a demandé une autorisation d'exploiter l'établissement. La requête visait un changement de la société d'exploitation. La nouvelle enseigne était « O_____ ».

Par courrier du même jour adressé au SCOM, Mme A_____ a précisé que « suite à une mauvaise formulation de notre part relative au courrier en date du 17 novembre 2014, nous vous informons que nous sommes toujours propriétaires et responsables exploitants du fonds de commerce "M_____". Nous avons signé un contrat de gérance pour l'exploitation seule du fonds de commerce. Nous sommes notamment exploitants responsables par un mandat de gestion qui nous lie avec O_____ ». Il était demandé que le SCOM prenne en considération la clarification de la situation et annule leur « décision de caducité ».

Le même jour, Mme A_____ a transmis au SCOM un document intitulé « contrat de gestion pour l'exploitation de la boulangerie-pâtisserie tea-room situé à Rue I_____ à Genève » daté du 1^{er} décembre 2014. À teneur de ce document, O_____, gérant, mandatait les époux A_____, propriétaires. Le mandataire était « responsable de l'exploitation » et endossait les obligations prévues par les art. 22 ss de l'ancienne loi sur la restauration, le débit de boissons et l'hébergement du 17 décembre 1987 (aLRDBH - I 2 21), soit notamment le maintien de l'ordre, l'indication des prix et le contrôle du personnel. La rémunération prévue en faveur des époux A_____ était de CHF 1'800.- par mois.

- 14) Le 15 décembre 2014, la succursale genevoise de O_____ a été inscrite au RC.
- 15) Par décision du 7 août 2015, le SCOM a rejeté la requête du 16 décembre 2014 des époux A_____ en vue de l'obtention d'une autorisation d'exploiter permanente à l'enseigne « M_____ », situé à la rue I_____ à Genève, leur a intimé l'ordre de cesser immédiatement l'exploitation de l'établissement et déclaré ladite décision exécutoire nonobstant recours.

Il y avait absence d'identité entre le sous-bailleur, avec lequel le contrat de sous-location avait été conclu, et le titulaire du bail principal relatif aux locaux, ceux-ci étant respectivement D_____ comme sous-bailleur et M. F_____ et C_____ en qualité de titulaires du bail principal. Le conseil de M. F_____ avait confirmé, par courrier du 8 janvier 2015, qu'aucune sous-location des locaux n'avait été autorisée par le bailleur. Le contrat de sous-location conclu le 19 janvier 2007 avait été résilié avec effet au 6 juillet 2013. Par ailleurs, le contrat de gérance conclu le 21 octobre 2014 entre les époux A_____ et O_____ et M. N_____ faisait état d'une cession de la gérance de l'établissement à O_____ moyennant le versement d'un fermage mensuel de CHF 13'068.-. Les art. 5 et 9 dudit contrat, ainsi que le préambule de celui-ci, confirmaient le maintien du certificat de cafetier de Mme A_____ pour le compte de l'établissement.

L'autorisation d'exploiter était délivrée à condition, d'une part, que l'exploitant produise l'accord du bailleur des locaux de l'établissement s'il n'était lui-même propriétaire et, d'autre part, que l'exploitant offre toute garantie de gestion personnelle et effective de l'établissement. Dans la mesure où le propriétaire des locaux n'avait pas autorisé la sous-location, dont Mme A_____ se prévalait et qu'il ressortait des déclarations du sous-bailleur que ladite sous-location avait pris fin le 6 juillet 2013, elle ne disposait d'aucun droit d'occuper les locaux. Il ressortait par ailleurs des pièces du dossier que sa seule intervention dans l'établissement consistait à mettre son certificat de capacité de cafetier à disposition de M. N_____ à qui la gestion de l'établissement avait été confiée, selon contrat du 21 octobre 2014. Or, il était interdit de servir de prête-nom pour l'exploitation d'un établissement. La requête en autorisation d'exploiter l'établissement concerné était rejetée. L'établissement devait par ailleurs rester fermé tant et aussi longtemps qu'aucune autorisation n'aurait été délivrée.

- 16) Par acte du 25 août 2015, Mme A_____ a interjeté recours devant la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre la décision du 7 août 2015 du SCOM.

Elle a conclu, préalablement, à ce que l'effet suspensif soit accordé au recours, principalement à l'annulation de la décision contestée et, cela fait, à ce qu'elle soit autorisée à exploiter une buvette permanente à l'enseigne « M_____ » située à la rue I_____.

Les faits avaient été constatés de façon inexacte. C_____, E_____ et M. F_____ formaient une seule et même entité juridique, de sorte qu'il existait une identité entre le locataire du bail principal et le sous-bailleur.

Le contrat de sous-location et le contrat de bail principal étaient deux contrats distincts, à tel point que le bailleur principal n'avait aucun lien contractuel avec le sous-locataire. En cas de sous-location, l'autorisation du bailleur des locaux de l'établissement devait être donnée par le sous-bailleur et non par le bailleur principal. Ainsi, l'autorisation requise par la loi aurait dû émaner de E_____ et non des propriétaires de l'arcade. Or, celle-ci avait été donnée, par actes concluants, par E_____.

Il était erroné de soutenir que le contrat de sous-location avait été résilié avec effet au 6 juillet 2013. Cette résiliation avait été dûment contestée par les époux A_____. En sus de celle-ci, une action par-devant le Tribunal de première instance avait été introduite par les époux, comprenant entre autre la contestation de la validité de ladite résiliation. La procédure était toujours pendante. Par ailleurs, les époux avaient continué d'exploiter le tea-room « M_____ » au-delà de la résiliation, ce qui impliquait que l'on devait considérer que E_____ avait toléré la présence des époux A_____ dans l'arcade.

Le SCOM n'avait entrepris aucune enquête pour établir la présence, ou non, de Mme A_____ dans l'établissement. Il s'était basé exclusivement sur les dires de M. N_____. Il n'avait pas tenu compte du courrier du 16 décembre 2014 de la recourante, ni du fait que le nom de celle-ci figurait toujours à l'entrée de l'arcade. Le SCOM avait en conséquence violé la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10).

- 17) Par réponse sur effet suspensif du 4 septembre 2015, le SCOM a conclu au rejet de la requête en restitution de l'effet suspensif et au refus de l'octroi de mesures provisionnelles, le tout sous suite de frais.
- 18) Par décision du 16 septembre 2015, la chambre de céans a rejeté la requête en mesures provisionnelles et restitution de l'effet suspensif.
- 19) Le 18 septembre 2015, M. N_____ a écrit au SCOM en sa qualité de représentant de O_____. Il a indiqué être pris au piège des conflits juridiques entre les époux A_____ et E_____. M. F_____ s'attaquait à sa présence dans les locaux dans le but que les époux A_____ retirent leurs procédures judiciaires à son encontre. M. F_____ avait exigé de sa part le recouvrement de la somme de CHF 161'000.- dès son entrée dans les locaux, dont il s'était acquitté le 4 décembre 2015 (recte : 2014), « afin d'avoir son consentement ». Il a produit la preuve de ce paiement.

Il sollicitait son audition par le SCOM ainsi que la délivrance d'une « autorisation précaire » au sens de l'art. 33 de l'ancien règlement d'exécution de la loi sur la restauration, le débit de boissons et l'hébergement du 31 août 1988 (aRRDBH – I 2 21.01).

M. J_____ était informé que le magasin risquait de fermer d'un jour à l'autre et était prêt à examiner sa demande (de transfert de bail) lorsque le locataire (M. F_____) la lui soumettrait.

Il ressort des pièces produites par M. N_____ à l'appui de son courrier que des pourparlers étaient en cours entre O_____ et B_____ en décembre 2014, concernant notamment le transfert du bail de l'arcade à O_____.

Il ressort également de ces documents qu'à cette période, B_____ était toujours locataire des locaux en question.

- 20) Cette lettre a donné lieu à un échange de courriers entre O_____ et le SCOM, dont il ressort que celui-ci a rejeté les demandes d'autorisations précaire et provisoire d'exploiter de O_____, qu'il a invité cette dernière à déposer une requête en autorisation d'exploitation dans les formes au moyen du formulaire idoine, qu'il l'a sommée de fermer l'établissement tant qu'elle n'était pas au bénéfice de ladite autorisation et que l'établissement a fermé ses portes le 28 septembre 2015.

- 21) Le 5 octobre 2015, le SCOM a conclu au rejet du recours de Mme A_____ et a transmis son dossier.

La recourante ne pouvait se prévaloir d'une exploitation personnelle et effective de l'établissement au sens de l'art. 5 al. 1 let. e LRDBH. Les soupçons de prête-nom étaient par ailleurs étayés par les pièces figurant au dossier de la recourante, l'exploitation ayant été confiée à M. N_____ dès la conclusion des contrats entre ce dernier et les époux A_____ à l'automne 2014. L'intervention de Mme A_____ dans l'exploitation de l'établissement se limitait à mettre son certificat de capacité de cafetier à disposition de M. N_____. Le fait que M. N_____ se soit personnellement manifesté auprès du SCOM afin d'obtenir une autorisation d'exploiter constituait un indice confirmant les constatations du SCOM.

La recourante ne remplissait pas non plus la condition de l'accord du bailleur prévue à l'art. 5 al. 1 let. g LRDBH. Le contrat de sous-location produit par la recourante n'avait pas été conclu avec tous les titulaires du bail principal puisque M. F_____ n'y était pas partie. Elle n'apportait pas la preuve de ce qu'elle avait contesté valablement la résiliation du bail de sous-location au 31 octobre 2012 devant le Tribunal des baux et loyers (ci-après : TBL), de sorte qu'il fallait considérer ce bail comme résilié. De plus, elle avait elle-même sous-loué les locaux à M. N_____ par le biais du contrat de gérance du 21 octobre 2014, de sorte qu'elle n'avait plus la jouissance de l'arcade au moment du dépôt de la requête. Enfin, le SCOM avait été informé de ce que ladite sous-location n'avait pas été autorisée par les propriétaires.

- 22) Le 3 décembre 2015, Monsieur P_____ a été inscrit au RC de la succursale genevoise de O_____ avec signature individuelle limitée aux affaires de la succursale.
- 23) Le 1^{er} janvier 2016, la nouvelle 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) sont entrés en vigueur, abrogeant l'aLRDBH et l'aRRDBH.
- 24) Le 25 janvier 2016, le SCOM a informé la chambre administrative de ce qu'il avait été saisi le 23 novembre 2015 d'une nouvelle requête en autorisation d'exploiter l'établissement concerné et qu'il avait délivré ladite autorisation le 21 janvier 2016. Le recours de Mme A_____ était en conséquence devenu sans objet.
- 25) Le 16 février 2016, sur demande de la chambre administrative, le SCOM lui a transmis copie de l'autorisation d'exploiter provisoire délivrée le 21 janvier 2016 à M. P_____ en application de l'art. 31 al. 16 RRDBHD.

Il ressort dudit document, qui prenait la forme d'un courriel adressé par le chef du secteur autorisations du SCOM à M. P_____, que, dans la mesure où le dossier adressé au SCOM était complet au sens de l'aLRDBH au 31 décembre 2015, en application de l'art. 31 al. 16 RRDBHD, il autorisait provisoirement M. P_____ à exploiter l'établissement à l'enseigne « Q_____ » jusqu'au 31 mars 2016. Un courrier contenant les démarches à entreprendre pour compléter sa requête lui était adressé parallèlement.

Selon la lettre d'accompagnement du SCOM, le caractère provisoire de cette autorisation était dû uniquement au fait qu'un délai avait été imparti à M. P_____ pour compléter sa requête aux fins de la rendre compatible avec les nouvelles exigences imposées par la LRDBHD. La requête complétée avait été réceptionnée par le SCOM le 12 février 2016 et était en cours d'examen.

Dans ces circonstances, il apparaissait que la désignation de M. P_____ en qualité d'exploitant de l'établissement n'était pas provisoire, le propriétaire ayant manifesté son intention de ne plus désigner Mme A_____ comme exploitante de son établissement (art. 9 let. f et 23 al. 1 LRDBHD). La présente procédure de recours était par conséquent devenue sans objet.

Le SCOM a indiqué ne pas s'opposer à l'appel en cause de O_____.

- 26) Par courriers des 8 février et 7 mars 2016, Mme A_____ a indiqué qu'elle maintenait son recours « pour des raisons d'ores et déjà connues ».
- 27) Le 11 mars 2016, 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 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 LPA).
- 2) L'objet du présent litige consiste à examiner la conformité au droit de la décision du SCOM de refuser de délivrer à Mme A_____ une autorisation d'exploiter la boulangerie-pâtisserie tea-room à l'adresse rue I_____ à Genève.
- 3) a. Aux termes de l'art. 60 al. 1 let. b LPA, a qualité pour recourir toute personne touchée directement par une décision et qui a un intérêt personnel digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée.
b. Selon la jurisprudence, le recourant doit avoir un intérêt pratique à l'admission du recours, soit que cette admission soit propre à lui procurer un avantage, de nature économique, matérielle ou idéale (ATF 121 II 39

consid. 2 c/aa ; arrêts du Tribunal fédéral 1C_343/2014 du 21 juillet 2014 consid. 2.2 ; ATA/118/2015 du 27 janvier 2015 ; ATA/686/2014 du 26 août 2014). Cette exigence constitue une concrétisation du principe d'économie de procédure, qui requiert des autorités judiciaires qu'elles se prononcent sur des problèmes concrets, et pas seulement théoriques (ATF 140 IV 74 consid. 1.3.1 ; 136 I 274 consid. 1.3).

Un intérêt digne de protection suppose un intérêt actuel à obtenir l'annulation de la décision attaquée (ATF 138 II 42 consid. 1 ; 137 I 23 consid. 1.3 ; arrêts du Tribunal fédéral 2C_892/2011 du 17 mars 2012 consid. 1.2 ; 1B_201/2010 du 1^{er} juillet 2010 consid. 2). L'existence d'un intérêt actuel s'apprécie non seulement au moment du dépôt du recours, mais aussi lors du prononcé de la décision sur recours (ATF 137 I 296 consid. 4.2 ; 136 II 101 consid. 1.1).

c. En l'espèce, bien que la recourante soit destinataire de la décision, il n'est pas certain qu'elle dispose encore d'un intérêt actuel à obtenir une autorisation d'exploiter l'établissement concerné. En effet, il ressort du dossier que la volonté des époux A_____ était de remettre leur commerce à l'entreprise O_____ et, par là-même, de ne plus en assurer eux-mêmes l'exploitation. Il ressort au surplus des faits établis ci-dessus que l'actuel exploitant de l'établissement est O_____ et que cette société a entrepris toutes les démarches utiles afin d'obtenir une nouvelle autorisation d'exploiter en son propre nom.

La question de l'intérêt actuel de Mme A_____ pourra toutefois rester ouverte au vu de ce qui suit.

- 4) a. L'aLRDBH et l'aRRDBH ont été abrogés respectivement par la LRDBHD et le RRDBHD, entrés en vigueur le 1er 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. Dans un cas similaire à la présente procédure, la chambre administrative a eu l'occasion de juger que l'aLRDBH et son règlement d'application en vigueur jusqu'au 31 décembre 2015 devaient s'appliquer à une procédure de recours contre une décision rendue sous l'ancien droit (ATA/92/2016 du 2 février 2016).
- c. La présente cause doit en conséquence être régie par l'aLRDBH, 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 à la recourante dans le cas particulier.

5) Le SCOM a déclaré ne pas s'opposer à l'appel en cause du « propriétaire de l'établissement O_____ ». La recourante a déclaré s'en rapporter à la justice sur ce point.

a. L'autorité peut ordonner, d'office ou sur requête, l'appel en cause de tiers dont la situation juridique est susceptible d'être affectée par l'issue de la procédure. La décision leur devient dans ce cas opposable (art. 71 al. 1 LPA). L'appelé en cause peut exercer les droits qui sont conférés aux parties (art. 71 al. 2 LPA).

b. Cette disposition doit être interprétée à la lumière de celles relatives à la qualité pour recourir en procédure contentieuse. L'institution de l'appel en cause ne doit ainsi pas permettre à des tiers d'obtenir des droits plus étendus que ceux donnés aux personnes auxquelles la qualité pour agir est reconnue (ATA/664/2012 du 2 octobre 2012 consid. 3a ; ATA/281/2012 du 8 mai 2012 consid. 7 ; ATA/623/1996 du 29 octobre 1996 consid. 2a), mais a pour but de sauvegarder le droit d'être entendu des personnes n'étant pas initialement parties à la procédure (arrêts du Tribunal fédéral 1C_134/2010 du 28 septembre 2010 consid. 4.2 ; 1C_505/2008 et 1C_507/2008 du 17 février 2009 consid. 4.2).

c. En l'espèce, la présente procédure concerne le refus du SCOM de délivrer une autorisation d'exploiter à Mme A_____ et non à O_____. Bien que la demande d'autorisation de Mme A_____ fût à l'origine liée au contrat de gérance en faveur de O_____, il n'en est plus ainsi aujourd'hui. En effet, O_____ a manifesté la volonté de reprendre intégralement la gestion de l'établissement et de confier son exploitation à M. P_____, ce qui est confirmé par la requête en autorisation déposée le 23 novembre 2015 par ce dernier.

O_____ ne verra pas sa situation modifiée par la présente procédure, vu notamment l'autorisation provisoire d'ores et déjà obtenue par M. P_____, manifestement en passe d'être confirmée par une autorisation définitive et compte tenu de l'issue du litige. Il ne se justifie dès lors pas d'ordonner son appel en cause.

6) La recourante fait grief au SCOM d'avoir établi les faits de manière inexacte sur quatre points.

Il ressort du dossier en possession de la chambre administrative que les différents intervenants seraient en litige ou en pourparlers sur des questions connexes à la présente procédure mais qui ne ressortissent pas à la compétence de la chambre de céans. En conséquence, le grief d'établissement inexact des faits ne sera traité que dans la mesure des faits pertinents dans le cadre du présent litige.

7) a. Premièrement, la recourante reproche au SCOM d'avoir constaté l'absence d'identité entre le sous-bailleur et le titulaire du bail principal relatif aux locaux.

En l'occurrence, ce fait n'étant pas pertinent pour l'issue du litige, la question de l'éventuelle absence d'identité entre les signataires du contrat de sous-location et les titulaires du bail pourra rester ouverte.

b. Deuxièmement, la recourante reproche au SCOM d'avoir constaté que le bailleur principal n'avait pas consenti à la sous-location. Il sied de la suivre sur ce point puisqu'il ressort du dossier que les propriétaires des locaux, MM. J_____ et K_____, ne se sont jamais opposés à la sous-location par M. F_____ et B_____ aux époux A_____.

Selon la recourante, le SCOM avait également erré en considérant qu'elle n'était pas au bénéfice de l'accord du bailleur des locaux requis par l'art. 5 al. 1 let. g aLRDBH comme condition de l'octroi d'une autorisation.

L'accord du bailleur des locaux requis par l'art. 5 al. 1 let. g aLRDBH, il doit, selon la jurisprudence de la chambre de céans (ATA/1300/2015 du 8 décembre 2015 consid. 2d), en cas de sous-location, émaner du sous-bailleur, soit en l'espèce la société de M. F_____. Mme A_____ avait été, à l'origine, autorisée par le sous-bailleur à exploiter l'établissement, vu les contrats existant entre B_____ et les époux A_____. Le sort de ces contrats et leur existence à la date du dépôt de la requête en autorisation étant indécis, la question de savoir si le sous-bailleur avait donné son accord à l'exploitation du commerce par la recourante peut rester ouverte, sans conséquence sur le présent litige.

c. Troisièmement, selon la recourante, le SCOM aurait considéré à tort que le contrat de sous-location avait été résilié avec effet au 6 juillet 2013.

À cet égard, il convient de distinguer le contrat de sous-location du 19 janvier 2007, dont la résiliation a été envoyée aux époux A_____ le 28 octobre 2011 pour l'échéance du 31 octobre 2012, du contrat de partenariat du 6 juillet 2006, résilié selon M. F_____ pour l'échéance du 6 juillet 2013.

Il ressort de ce qui précède que le contrat de sous-location a en principe pris fin le 31 octobre 2012 et non le 6 juillet 2013. Toutefois, il ne saurait être admis d'emblée qu'il n'existait plus de bail au moment de la requête en autorisation du 16 décembre 2014, la question de la résiliation du bail de sous-location étant litigieuse et le sous-bailleur n'ayant entrepris aucune action en expulsion de Mme A_____ après le 31 octobre 2012. La question de l'existence d'un bail sur les locaux ressortit toutefois à la compétence des tribunaux civils et ne saurait être tranchée par la chambre de céans. Elle restera donc ouverte, n'étant au demeurant pas déterminante pour l'issue du présent litige.

d. Quatrièmement, la recourante estime que le SCOM a erré en considérant qu'elle n'intervenait pas dans l'exploitation de l'établissement.

Elle reproche de ne pas avoir entrepris d'enquête en vue d'établir sa présence au sein du commerce, de s'être fondé uniquement sur les dires de M. N_____ et de ne pas avoir tenu compte de son courrier du 16 décembre 2014.

Ce faisant, elle se contente de contredire la version du SCOM, sans parvenir à démontrer en quoi les faits établis par ce dernier seraient erronés et, surtout, sans proposer une autre version des faits. Il ressort en effet des pièces du dossier que la volonté des époux A_____ et de O_____ était à l'origine – et reste toujours – de transmettre l'exploitation du tea-room à O_____, quelle que soit la forme du contrat adoptée pour ce faire. À cet égard, ni la lettre du 16 décembre 2014 ni le contrat de gestion du 1^{er} décembre 2012 par lequel O_____ mandait les époux A_____ pour veiller à la bonne exécution de la loi et par lequel les époux A_____ s'engageaient à maintenir leur certificat de capacité dans l'établissement jusqu'à la vente du fonds de commerce, ne permettent d'arriver à une autre conclusion. En effet, l'enquête menée par le SCOM au mois de septembre 2015 dans les locaux en question a permis de constater que l'exploitant effectif du tea-room n'était pas Mme A_____, dont le nom figurait sur la porte de l'établissement, mais bien O_____. Au vu des éléments qui précèdent, le SCOM était en droit de considérer que Mme A_____ n'exploitait pas personnellement l'établissement.

8) Il reste à examiner si, au vu des constatations de fait ci-dessus, la décision du SCOM est conforme au droit.

a. Selon l'art. 4 al. 1 aLRDBH, l'exploitation de tout établissement régi par l'aLRDBH est soumise à l'obtention préalable d'une autorisation délivrée par le département. L'al. 2 de cet article précise que cette autorisation doit être requise lors de chaque changement d'exploitant ou modification des conditions de l'autorisation antérieure. Cette autorisation est personnelle et intransmissible (art. 15 al. 3 aLRDBH). L'annonce du changement de propriétaire et de la cessation d'exploitation doit être faite par écrit (art. 37 aRRDBH). Selon l'art. 13 al. 1 aLRDBH, toute requête tendant à l'octroi d'une autorisation prévue par ladite loi est adressée par l'exploitant propriétaire de l'établissement au département, accompagnée des pièces nécessaires à son examen. Lorsque l'exploitant n'est pas le propriétaire de l'établissement, la requête doit être adressée au département conjointement par l'exploitant et le propriétaire. Le propriétaire qui n'entend pas se charger lui-même de l'exploitation de son établissement est tenu d'annoncer au département la personne à laquelle il la confie et qui en assume la responsabilité à l'égard de ce dernier (art. 19 al. 1 aLRDBH).

À teneur de l'art. 5 al. 1 let. c, respectivement e et g aLRDBH, la délivrance d'une telle autorisation est subordonnée à la condition que le requérant soit titulaire du certificat de capacité attestant de son aptitude à gérer un établissement

soumis à la loi en question et qu'il offre toute garantie, compte tenu notamment de son lieu de domicile ou de résidence et de sa disponibilité, d'une exploitation personnelle et effective de l'établissement et qu'il produise l'accord du bailleur des locaux de l'établissement, s'il n'en est lui-même propriétaire.

En vertu de l'art. 21 al. 1 aLRDBH, l'exploitant est tenu de gérer son établissement de façon personnelle et effective. En cas d'absence de l'établissement, il doit désigner un remplaçant compétent et instruit de ses devoirs, qui assume la responsabilité de l'exploitation (art. 21 al. 2 aLRDBH). Il doit notamment avoir un registre du personnel constamment tenu à jour et mentionnant l'identité, le domicile, les dates de début et de fin d'engagement ainsi que le rôle effectif de toute personne participant à l'exploitation ou à l'animation de l'établissement (art. 25 aLRDBH et 35 aRRDBH).

b. Selon la jurisprudence de la chambre de céans (ATA/685/2014 du 26 août 2014 ; ATA/542/2007 du 30 octobre 2007 et les références citées), une gestion effective consiste en la prise en charge des tâches administratives liées, d'une part, au personnel (engagements, salaires, horaires, remplacements, etc.) et, d'autre part, à la bonne marche de l'établissement (commande de marchandises, fixation des prix, composition des menus, contrôle de la caisse, inventaire, etc.).

c. L'art. 12 aLRDBH prévoit qu'il est interdit au titulaire d'un certificat de capacité de servir de prête-nom pour l'exploitation d'un établissement soumis à l'aLRDBH. Cette interdiction 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/685/2014 du 26 août 2014).

- 9) En l'espèce, Mme A_____ n'a apporté aucun élément (ni allégations détaillées, ni pièces, ni témoignages) permettant d'établir qu'elle prendrait en charge les tâches revenant à l'exploitant, soit notamment la gestion du personnel, la fixation des prix et la commande de marchandises et que, partant, les constatations de fait du SCOM seraient erronées. Il sied donc de considérer, comme l'a fait le SCOM, que Mme A_____ ne remplit pas la condition de l'exploitation personnelle et qu'en conséquence, l'autorisation litigieuse ne peut lui être octroyée.

La propriété de l'établissement ne ressort pas du dossier produit. Cette situation ne modifie toutefois en rien la conclusion à laquelle parvient la chambre de céans. En effet, la condition de l'exploitation personnelle et effective doit impérativement être remplie par la personne au nom de laquelle est déposée la demande d'autorisation (art. 5, 13 al. 1 et 21 aLRDBH), soit en l'espèce

Mme A_____, qu'elle soit propriétaire du fonds de commerce ou exploitant désigné par ce dernier en vertu de l'art. 19 al. 1 aLRDBH.

Par conséquent, le SCOM n'a pas violé le droit en refusant d'octroyer l'autorisation litigieuse.

- 10) La chambre administrative relèvera encore que le système mis en place par les époux A_____ et O_____ dès la fin de l'année 2014 s'apparente à un prêt-nom, interdit par l'aLRDBH, du fait que les époux A_____ s'engageaient à maintenir leur certificat de cafetier dans l'établissement alors qu'ils ne l'exploitaient pas personnellement. Pour cette raison également, le SCOM était en droit de refuser d'octroyer l'autorisation.
- 11) Au vu de ce qui précède, le recours sera rejeté en tant qu'il est recevable.
- 12) Un émolument de CHF 800.-, comprenant la procédure au fond et la procédure de mesures provisionnelles, sera mis à la charge de la recourante, qui succombe (art. 87 al. 1 LPA). Vu l'issue du litige, aucune indemnité de procédure ne lui sera allouée (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

rejette, en tant qu'il est recevable, le recours interjeté le 25 août 2015 par Madame A_____ contre la décision du service du commerce du 7 août 2015 ;

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

dit qu'il n'est pas alloué d'indemnité de procédure ;

dit que, conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification par-devant le Tribunal fédéral, par la voie du recours en matière de droit public ; le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire ; il doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

communique le présent arrêt à Me Philippe Bonnefous, avocat de la recourante ainsi qu'au service du commerce.

Siégeants : M. Thélin, président, Mme Payot Zen-Ruffinen, M. Pagan, juges.

Au nom de la chambre administrative :

le greffier-juriste :

F. Scheffre

le président siégeant :

Ph. Thélin

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :