

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2730/2017-EXPLOI

ATA/498/2018

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 22 mai 2018

2^{ème} section

dans la cause

Monsieur A_____

représenté par Me Philippe Bonnefous, avocat

contre

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

EN FAIT

- 1) Depuis 1999, la société anonyme B_____ SA (ci-après : la société), dont Monsieur A_____ est l'administrateur unique, exploite un cabaret-dancing à l'enseigne « C_____ » (ci-après : le cabaret) sis à la rue D_____ à Genève.
- 2) Le 13 avril 2000, le service du commerce, devenu depuis le 1^{er} janvier 2017 le service de police du commerce et de lutte contre le travail au noir (ci-après : le service), a autorisé M. A_____ à exploiter le cabaret.
- 3) Le 27 septembre 2001, suite à une modification de la surface d'exploitation du cabaret, le service a délivré à M. A_____ une nouvelle autorisation, remplaçant la précédente.
- 4) Le 17 juillet 2012, Mesdames E_____ et F_____ ont déposé plainte pénale contre M. A_____. Entre les mois d'avril et juillet 2012, elles avaient travaillé en qualité d'artistes de cabaret dans l'établissement, qui leur procurait toutefois une activité de prostitution, tant à l'intérieur, dans des « séparés » dédiés à cet effet, qu'à l'extérieur de celui-ci, lors de sorties avec des clients. Pour ce faire, ces derniers devaient non seulement s'acquitter du prix d'une bouteille de champagne, mais aussi d'un montant pour la prestation sexuelle.
- 5) Le 8 octobre 2012, le Ministère public a ouvert une instruction pénale à l'encontre de M. A_____ pour encouragement à la prostitution, exercice illicite de la prostitution et infraction à la loi fédérale sur les étrangers du 16 décembre 2005 (LEtr - RS 142.20).

Le Ministère public a également procédé à une perquisition du cabaret, qui a permis la découverte d'un document intitulé « note de service pour artistes » (ci-après : la note) informant les danseuses que les « commissions de sortie » seraient payées « à 50 % ». L'analyse du matériel informatique saisi a aussi mis en évidence que les danseuses, dont les plaignantes, étaient pour la plupart ressortissantes de pays extra-communautaires et mises au bénéfice d'une autorisation de séjour de courte durée (permis « L »).

- 6) a. Entendu par la police et le Ministère public, M. A_____ a indiqué que le cabaret avait subi une baisse de son chiffre d'affaires depuis l'introduction de l'interdiction de fumer, mais que l'entrée en vigueur, en 2010, de la loi sur la prostitution du 17 décembre 2009 (LProst - I 2 49), qui avait conduit à l'abolition des « séparés », n'avait eu aucune influence sur celui-ci vu l'absence d'activités de ce genre. Le système des « sorties » n'existait pas non plus dans son établissement, et il n'avait jamais exercé de contrainte sur les danseuses afin qu'elles se livrent à la prostitution. Confronté à la note, il a toutefois indiqué

qu'avant l'entrée en vigueur de la LProst, le cabaret pratiquait le système des « sorties », toléré par la police. Dans ce cadre, un client s'acquittait du prix de trois ou quatre bouteilles de champagne, pour un montant total d'environ CHF 1'200.-, ce qui lui donnait le droit de quitter l'établissement accompagné d'une danseuse. Afin de freiner cette pratique, il avait cependant réduit la commission perçue par les filles sur les bouteilles de champagne de moitié. Il ignorait en outre le tarif demandé par une danseuse pour sa prestation sexuelle lors d'une sortie. Le système des sorties n'était à présent plus pratiqué, et il ne lui appartenait pas de s'immiscer dans les activités des danseuses après leur service ou pendant leurs congés.

b. Différents employés du cabaret ont également été entendus durant la procédure pénale, lesquels ont expliqué que l'établissement n'avait pas recours aux pratiques des « sorties » et qu'aucune activité de prostitution ne s'y exerçait, M. A_____ se montrant strict à ce sujet.

- 7) Par ordonnance pénale du 22 décembre 2015, le Ministère public a ordonné le classement partiel de la procédure du chef d'encouragement à la prostitution et a reconnu M. A_____ coupable d'infraction à l'art. 116 al. 1 let. b et al. 3 let. a LEtr, le condamnant à une peine pécuniaire de cent soixante jours-amende à CHF 50.- le jour avec sursis durant trois ans, ainsi qu'à une amende de CHF 5'000.- assortie d'une peine privative de liberté de substitution de cinquante jours.

M. A_____ avait sciemment employé des jeunes femmes en qualité d'artistes de cabaret dans son établissement afin qu'elles s'y prostituent, sans qu'elles fussent au bénéfice d'une autorisation à cette fin. Même si les employés du cabaret avaient nié l'existence de relations tarifées, la note découverte lors de la perquisition de l'établissement avait mis en évidence le recours au système des « sorties », une commission étant reversée aux danseuses, ce qu'avait au demeurant admis M. A_____. Contrairement aux affirmations de ce dernier, cette situation avait perduré après l'entrée en vigueur de la LProst, comme l'avaient indiqué de manière concordante les plaignantes, qui avaient également révélé la pratique de la prostitution à l'intérieur du cabaret, dans des « séparés » aménagés à cette fin. Il résultait de ces éléments que M. A_____ avait fait travailler les plaignantes, à tout le mois entre les mois d'avril à juillet 2012, dans un domaine pour lequel elles ne bénéficiaient d'aucune autorisation, afin de permettre au cabaret d'augmenter substantiellement son chiffre d'affaires, l'achat d'une bouteille de champagne onéreuse étant indispensable pour entretenir des relations sexuelles avec les danseuses, tant à l'intérieur qu'à l'extérieur de l'établissement.

Aucun élément du dossier ne permettait toutefois de retenir que M. A_____ avait incité les danseuses à se prostituer en exerçant sur elles une quelconque forme de pression, les déclarations des plaignantes se heurtant à celles

du prévenu et des autres personnes entendues durant la procédure. En l'absence d'autres moyens de preuve, la procédure devait être classée de ce chef.

Cette ordonnance pénale mentionnait en outre que selon l'extrait de son casier judiciaire, M. A_____ avait été condamné le 12 mars 2008 à une peine pécuniaire de nonante jours-amende à CHF 150.- le jours avec sursis durant trois ans ainsi qu'à une amende de CHF 3'000.- pour délit contre « la loi fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers (LSEE) ».

- 8) N'ayant fait l'objet d'aucune opposition, l'ordonnance pénale du 22 décembre 2015 est entrée en force, et la condamnation a été inscrite au casier judiciaire de M. A_____.
- 9) Le 29 juillet 2016, suite à l'entrée en vigueur, le 1^{er} janvier 2016, de la loi sur la restauration, le débit de boissons, l'hébergement et le divertissement du 19 mars 2015 (LRDBHD - I 2 22), qui prévoit dans ses dispositions transitoires que les titulaires d'autorisations délivrées sur la base de l'ancienne loi doivent en obtenir une nouvelle dans les douze mois à compter de l'entrée en vigueur de la LRDBHD, M. A_____ a présenté une nouvelle demande d'autorisation d'exploiter le cabaret.

La case « oui » était cochée à la question de savoir s'il avait fait l'objet d'une condamnation pénale et l'indication manuscrite « voir casier judiciaire » apposée sur la formule transmise au service.

- 10) Par courrier du 19 janvier 2017, réitéré le 24 mars 2017, le service a demandé à M. A_____ de compléter sa requête, notamment en produisant une copie de l'ordonnance pénale du Ministère public du 22 décembre 2015.
- 11) Le 28 mars 2017, M. A_____ a fait droit à la demande du service.
- 12) Par décision du 26 mai 2017, le service a rejeté la demande d'autorisation d'exploiter le cabaret, prononcé la révocation de l'autorisation du 13 avril 2000 et imparti à M. A_____ un délai au 31 juillet 2017 pour remédier à cette situation.

L'infraction pour laquelle M. A_____ avait été condamné était directement liée à l'activité qu'il entendait continuer à exercer. Compte tenu de la gravité des faits, du peu de temps écoulé entre la condamnation pénale et la requête de mise en conformité, la condition de l'honorabilité de l'exploitant n'était pas réalisée, M. A_____ n'étant pas en mesure de garantir que le cabaret soit exploité conformément aux dispositions légales applicables. Les conditions en vue de la délivrance d'une autorisation d'exploiter n'étaient dès lors pas réunies, et l'autorisation délivrée le 13 avril 2000 en application de l'ancien droit devait être révoquée.

- 13) a. Par acte du 23 juin 2017, enregistré sous cause n° A/2730/2017, M. A_____ a recouru auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre cette décision, concluant, avec suite de frais et « dépens », préalablement à la restitution de l'effet suspensif au recours, et principalement à l'annulation de la décision entreprise et à la délivrance de l'autorisation d'exploiter le cabaret.

La notion d'honorabilité ne pouvait être interprétée qu'en lien avec l'ensemble des faits de la cause, la seule existence d'une condamnation pénale n'étant pas suffisante. Le service n'avait pas pris en compte l'ensemble des circonstances ayant entouré la procédure pénale et ne s'était pas basé sur les faits pertinents et exacts du cas d'espèce, mais seulement sur les conclusions du Ministère public. Il ressortait en particulier du dossier qu'il n'avait jamais employé de personnel en vue de l'exercice de la prostitution, mais uniquement pour offrir un spectacle de danse et inciter les clients à consommer des boissons alcoolisées au sein du cabaret. Il était aussi opposé à l'exercice de la prostitution, qu'il avait toujours interdite. Les « séparés » n'avaient ainsi jamais été utilisés à cette fin et il n'avait jamais été prouvé qu'il était intervenu pour favoriser ou aménager des « sorties ». Il avait d'ailleurs mis en place diverses mesures afin d'empêcher ses employées de s'adonner à la prostitution, par le biais de réglementations au sein du cabaret ou de la diminution de la commission perçue par les artistes par rapport au nombre de boissons consommées par les clients. Il n'était pas non plus dans son intérêt que ses employées se prostituent, ce qui ne lui rapportait rien, étant précisé que la procédure pénale avait été classée en lien avec l'infraction d'incitation à la prostitution. Il en résultait qu'il n'aurait pas dû être condamné et, si son précédent conseil avait agi avec diligence, il se serait opposé à l'ordonnance pénale, ce qui aurait conduit à son acquittement.

- b. Il a annexé à son recours :

- un courrier du 20 février 2015 adressé au Ministère public en vue de faire valoir ses prétentions en indemnisation selon l'art. 429 du Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007 (CPP - RS 312.0), notamment pour les frais de défense de ses deux conseils, soit Maîtres G_____ et H_____;
- plusieurs courriers de Me G_____ adressés à Me H_____ entre mars 2016 et juin 2017 lui indiquant que l'absence d'opposition à l'ordonnance pénale du 22 décembre 2015, malgré les instructions claires de M. A_____, avait causé à ce dernier un dommage dont il requérait réparation ;
- un projet de demande en paiement contre Me H_____ ainsi qu'un courrier adressé au bâtonnier de l'ordre des avocats du 13 juillet 2017 à ce sujet.

14) Le 13 juillet 2017, le service a notifié à M. A_____ une nouvelle décision annulant et remplaçant celle du 26 mai 2017. Cette nouvelle décision reprenait les motifs et le dispositif de la précédente, sous réserve de l'autorisation révoquée, qui était celle du 27 septembre 2001 en lieu et place de celle du 13 avril 2000.

15) Le même jour, le service a fait savoir au juge délégué qu'il ne s'opposait pas à la restitution de l'effet suspensif au recours, tout en réservant ses déterminations sur le fond du litige.

Il avait rendu une nouvelle décision, annulant et remplaçant celle faisant l'objet du recours, puisqu'elle comportait une erreur en se référant à l'autorisation du 13 avril 2000, laquelle avait été remplacée par celle du 27 septembre 2001. Il avait remédié à cette inexactitude en notifiant à M. A_____ une nouvelle décision, dont les motifs demeuraient inchangés.

16) Le 14 juillet 2017, le juge délégué a demandé à M. A_____ de se déterminer au sujet de la perte d'objet de son recours.

17) Le 18 juillet 2017, M. A_____ a persisté dans les termes et conclusions de son recours, qu'il maintenait.

Dès lors que la décision du 13 juillet 2017 portait exclusivement sur un point de forme, à savoir la révocation de l'autorisation du 27 septembre 2001 en lieu et place de celle du 13 avril 2000, une substitution des décisions s'imposait.

18) Le 27 juillet 2017, la présidence de la chambre administrative a autorisé, à titre provisoire, M. A_____ à continuer l'exploitation du cabaret jusqu'à droit jugé au fond, réservant le sort des frais de la procédure.

19) Par acte du 10 août 2017, enregistré sous cause n° A/3300/2017, M. A_____ a recouru auprès de la chambre administrative contre la décision du service du 13 juillet 2017, concluant, avec suite de frais et « dépens », préalablement à sa jonction avec la cause n° A/2730/2017 et à la restitution de l'effet suspensif au recours, et principalement à l'annulation de la décision entreprise et à la délivrance de l'autorisation d'exploiter le cabaret. Il reprenait pour le surplus les arguments figurant dans son recours du 23 juin 2017.

20) Le 16 août 2017, le service a indiqué qu'il ne s'opposait pas à une restitution de l'effet suspensif au recours ou à l'octroi de mesures provisionnelles autorisant M. A_____ à poursuivre l'exploitation du cabaret dans la cause n° A/3300/2017. Il apparaissait en outre judicieux de joindre cette dernière à la cause n° A/2730/2017.

21) Le 18 août 2017, le service a répondu sur le fond des deux recours, concluant préalablement à la jonction des causes et, sur le fond, à leur rejet et à la confirmation des décisions entreprises.

À défaut d'opposition, l'ordonnance pénale du 22 décembre 2015, assimilée à un jugement pénal, était entrée en force, les allégations de M. A_____ quant à un éventuel acquittement n'étant qu'hypothétiques. Il ressortait de manière claire et non équivoque des constatations de fait de celle-ci, qui le liaient, que la prostitution avait été pratiquée au sein du cabaret, ce qui avait permis une augmentation substantielle de son chiffre d'affaires, M. A_____ ne faisant valoir aucun élément nouveau permettant de s'écarter de ces éléments. Les affirmations de ce dernier étaient au demeurant contraires au principe de la bonne foi, dès lors que les faits ressortant de sa condamnation étaient corroborés par la procédure pénale, en particulier les déclarations concordantes des plaignantes ainsi qu'un faisceau d'indices démontrant le recours à la prostitution au sein du cabaret, notamment par la pratique des « sorties ». Dans ces circonstances, le comportement de M. A_____ apparaissait incompatible avec l'exploitation du cabaret, indépendamment du classement de l'infraction d'encouragement à la prostitution. Cette condamnation remettait en cause l'honorabilité de l'intéressé, lequel avait procuré aux danseuses une activité lucrative en Suisse, alors qu'elles n'étaient pas au bénéfice des autorisations requises, ces faits étant en corrélation avec l'activité qu'il entendait déployer.

- 22) Le 4 septembre 2017, le juge délégué a fixé aux parties un délai au 29 septembre 2017 pour formuler toutes requêtes ou observations complémentaires, après quoi la cause serait gardée à juger en l'état du dossier.
- 23) Par décision du 25 septembre 2017, le juge délégué a ordonné la jonction des causes n^{os} A/2730/2017 et A/3300/2017 sous la cause n° A/2730/2017.
- 24) Dans ses observations du 27 septembre 2017, M. A_____ a persisté dans les conclusions et termes de ses recours.
- 25) Le service ne s'est pas déterminé à l'issue du délai imparti.
- 26) Sur quoi, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

- 1) Interjetés en temps utile devant la juridiction compétente, les recours sont recevables (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 ; art. 66 LRDBHD).
- 2) a. Selon l'art. 61 al. 1 LPA, le recours peut être formé pour violation du droit, y compris l'excès et l'abus du pouvoir d'appréciation (let. a), ou pour constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents (let. b). En revanche, les juridictions administratives n'ont pas compétence pour apprécier l'opportunité de la décision

attaquée, sauf exception prévue par la loi (art. 61 al. 2 LPA), non réalisée dans le cas d'espèce.

b. L'autorité commet un abus de son pouvoir d'appréciation tout en respectant les conditions et les limites légales, si elle ne se fonde pas sur des motifs sérieux et objectifs, se laisse guider par des éléments non pertinents ou étrangers au but des règles ou viole des principes généraux tels que l'interdiction de l'arbitraire et de l'inégalité de traitement, les principes de la bonne foi et de la proportionnalité (ATA/327/2018 du 10 avril 2018 et les références citées).

- 3) Le 1^{er} janvier 2016, sont entrés en vigueur la nouvelle LRDBHD et son règlement d'exécution du 28 octobre 2015 (RRDBHD - I 2 22.01), abrogeant l'ancienne loi sur la restauration, le débit de boissons et l'hébergement du 17 décembre 1987 (aLRDBH) ainsi que son règlement d'exécution du 31 août 1988 (aRRDBH).

Même si l'autorisation d'exploitation délivrée sous l'ancien droit n'a pas cessé de déployer ses effets à l'entrée en vigueur de la nouvelle loi (art. 65 al. 4 a contrario RRDBHD), les personnes au bénéfice d'une autorisation d'exploiter délivrée sur la base de l'ancienne législation peuvent poursuivre l'exploitation de leur établissement et offrir les mêmes prestations, à condition qu'elles obtiennent, dans les douze mois à compter de l'entrée en vigueur de la nouvelle législation, soit jusqu'au 31 décembre 2016, les éventuelles autorisations complémentaires ou de remplacement nécessaires leur permettant d'offrir lesdites prestations (art. 70 al. 3 LRDBHD). Si le département de la sécurité et de l'économie (ci-après : le département), soit pour lui le service (art. 3 al. 2 RRDBHD), constate que les conditions d'octroi de l'autorisation d'exploiter prévues par la LRDBHD ne sont pas remplies par un établissement autorisé en application de l'ancienne législation, il impartit un délai raisonnable à l'exploitant et, au besoin, au propriétaire de l'établissement, pour qu'il soit remédié à cette situation. Il statue à l'expiration du délai fixé, qui peut toutefois être prolongé si les circonstances le justifient. Les délais cumulés ne peuvent pas dépasser douze mois (art. 70 al. 9 LRDBHD).

- 4) a. L'exploitation de toute entreprise vouée à la restauration, au débit de boissons et à l'hébergement, parmi lesquelles font partie les dancing et cabarets-dancing (art. 5 al. 1 let. b LRDBHD), est soumise à l'obtention préalable d'une autorisation d'exploiter délivrée par le département (art. 8 al. 1 LRDBHD). Cette autorisation doit être requise lors de chaque création, changement de catégorie ou de lieu, agrandissement et transformation, changement d'exploitant ou de propriétaire de l'entreprise, ou modification des conditions de l'autorisation antérieure (art. 8 al. 2 LRDBHD).

b. Selon l'art. 9 let. d 1^{ère} phrase LRDBHD, qui fixe les conditions relatives à l'exploitant, soit la ou les personnes physiques responsables de l'entreprise, qui exercent effectivement et à titre personnel toutes les tâches relevant de la gestion

de celle-ci (art. 3 let. n LRDBHD), l'autorisation d'exploiter une entreprise est délivrée notamment à condition qu'il offre, par ses antécédents et son comportement, toute garantie que l'entreprise est exploitée conformément aux dispositions de la LRDBHD et aux prescriptions en matière de police des étrangers, de sécurité sociale et de droit du travail, ainsi qu'aux dispositions pénales prohibant les crimes ou délits dans la faillite et la poursuite pour dettes et, s'il a la qualité d'employeur, qu'il démontre au moyen d'une attestation officielle ne pas avoir de retard dans le paiement des cotisations sociales. Lorsque le département est en possession d'indices factuels permettant de présumer le non-respect des conditions de travail en usage, il demande à l'employeur de signer auprès de l'OCIRT l'engagement de respecter les conditions de travail en usage à Genève et fait dépendre sa décision de la signature dudit engagement.

c. Il ressort des travaux préparatoires relatifs à la condition d'honorabilité de l'aLRDBH, qui est la même que celle de l'art. 9 LRDBHD, que « cette condition est rédigée de façon à permettre une appréciation nuancée de l'honorabilité requise en fonction du genre d'établissement que le requérant entend exploiter ; elle met l'accent sur les principales matières dans lesquelles le requérant doit présenter toute garantie » (MGC 1985 35/III 4240 ; ATA/205/2005 du 12 avril 2005).

Dans la définition de la notion d'honorabilité, qui se retrouve dans d'autres textes légaux genevois, en particulier la loi concernant le concordat sur les entreprises de sécurité du 18 octobre 1996 (CES - I 2 14), la loi sur la vente à l'emporter des boissons alcooliques du 22 janvier 2004 (LVEBA - I 2 24) et la LProst, il s'agit avant tout de déterminer si le comportement de la personne exerçant ou voulant exercer une activité soumise à autorisation est compatible avec ladite activité.

d. La chambre administrative s'est prononcée à plusieurs reprises sur la condition d'honorabilité.

Elle a ainsi retenu qu'elle n'était pas réalisée lorsque l'exploitant avait été condamné à une peine d'emprisonnement d'une durée de trois mois, avec sursis pendant trois ans, pour des actes d'ordre sexuel commis dans son propre établissement public (ATA/377/2000 du 6 juin 2000), lorsqu'il s'était vu reprocher le développement d'un trafic de produits stupéfiants dans lequel il avait servi d'intermédiaire (ATA/294/2001 du 8 mai 2001), lorsqu'il avait été condamné pour deux escroqueries à une assurance sociale à quatre mois d'emprisonnement avec sursis pendant cinq ans (ATA/369/2001 du 29 mai 2001), ou avait fait l'objet d'une condamnation à deux mois d'emprisonnement avec sursis pendant trois ans pour abus de confiance, vol au préjudice de son employeur et d'une collègue et induction de la justice en erreur (ATA/733/2004 du 21 septembre 2004). N'a également pas été jugée à même d'exploiter un établissement public la personne qui avait fait l'objet de nombreuses plaintes et

dénonciations pénales au cours des quinze années précédentes et de quatorze rapports de dénonciations et trois sanctions administratives en application de l'aLRDBH au cours des quatre dernières années (ATA/552/2004 du 15 juin 2004), l'exploitant ayant été condamné pour usure (ATA/957/2014 du 2 décembre 2014) ou encore celui ayant été condamné pour avoir violation des règles de la circulation routière alors qu'il était dans l'incapacité de conduire un véhicule automobile, puis une seconde fois pour complicité de faux dans les titres (ATA/599/2014 et ATA/600/2014 du 29 juillet 2014).

À l'inverse, la chambre administrative a considéré que l'autorité avait abusé de son pouvoir d'appréciation en considérant que l'exploitant, condamné pour avoir employé dix personnes sans autorisation de travail valable en Suisse, pour des périodes comprises entre deux mois et cinq ans et demi, ne présentait pas les garanties suffisantes en matière d'honorabilité, en l'absence d'autre condamnation pénale (ATA/1349/2017 du 3 octobre 2017). Elle est arrivée à une conclusion similaire dans le cas d'un exploitant condamné à deux reprises, en 2013 et 2015, pour emploi d'étrangers sans autorisation, respectivement à une peine pécuniaire de nonante jours-amende à CHF 60.- le jour avec sursis durant trois ans, ainsi qu'à une amende de CHF 1'200.-, et à une peine pécuniaire de cent vingt jours-amende à CHF 50.- le jour (ATA/209/2018 du 6 mars 2018).

- 5) a. Les travaux préparatoires relatifs à la LRDBHD relèvent que celle-ci a, entre autres, pour objectif le renforcement de la protection des travailleurs. Le projet de loi a ainsi intégré plusieurs références au droit du travail, rappelant que les employeurs devaient respecter la législation sur le travail, quels que soient les horaires d'exploitation, devaient fournir une attestation démontrant qu'ils n'avaient pas de retard dans le paiement de leurs cotisations sociales et pouvaient être soumis à un contrôle des conditions de travail en tout temps (PL 11'282, p. 44 ; ATA/1349/2017 précité).
- b. De même, le projet de LRDBHD avait pour objectif de rendre plus efficaces les mesures et sanctions à l'égard des contrevenants, notamment s'agissant des conditions d'exploitation commerciales des établissements et des droits des employés (PL 11'282, p. 34). Le système des sanctions était simplifié et renforcé : le projet de loi considérait comme graves les infractions relatives aux horaires d'ouverture et de fermeture, à la législation sur la vente d'alcool, à la législation sur les denrées alimentaires et les objets usuels, ainsi que les animations organisées sans autorisation. Cette nouvelle disposition prévoyait des sanctions plus sévères à l'encontre des contrevenants (PL 11'282, p. 43).

Ainsi, alors que l'art. 70 aLRDBH indiquait qu'en cas d'infraction à la législation ou aux conditions particulières de l'autorisation, le département pouvait, en tenant compte de la gravité de l'infraction ou de sa réitération, prononcer, à l'encontre de l'exploitant, la suspension de l'autorisation d'exploiter pour une durée de dix jours à six mois (let. a) et le retrait de l'autorisation

d'exploiter (let. b), le nouvel art. 63 LRDBHD indique qu'en cas d'infraction à la LRDBHD et à ses dispositions d'exécution, ainsi qu'aux conditions de l'autorisation, le département prononce, en tenant compte de la gravité de l'infraction ou de sa réitération, à l'encontre de l'exploitant, l'obligation de suivre une formation complémentaire, définie par le règlement d'exécution, en lien avec le domaine dans lequel l'infraction a été commise (let. a), la suspension de l'autorisation d'exploiter, pour une durée maximum de six mois (let. b), ou le retrait de l'autorisation d'exploiter (let. c).

Sont notamment considérées comme graves les infractions aux dispositions de la loi relatives aux horaires d'ouverture et à la vente d'alcool, à la législation sur le travail (usages, loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce du 13 mars 1964 - LTr - RS 822.11) et aux assurances sociales, les inconvénients engendrés pour le voisinage ainsi que les animations organisées sans autorisation (art. 63 al. 3 LRDBHD). Lorsqu'il a prononcé le retrait d'une autorisation d'exploiter, le département ne peut entrer en matière sur une nouvelle demande d'autorisation déposée par l'exploitant et/ou le propriétaire pendant un délai de deux ans à compter du jour où la décision de retrait est entrée en force (art. 63 al. 4 LRDBHD).

c. Le principe de la proportionnalité, garanti par les art. 5 al. 2 et 36 al. 3 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101), exige qu'une mesure restrictive soit apte à produire les résultats escomptés et que ceux-ci ne puissent être atteints par une mesure moins incisive. En outre, il interdit toute limitation allant au-delà du but visé et exige un rapport raisonnable entre celui-ci et les intérêts publics ou privés compromis (ATF 126 I 219 consid. 2c et les références citées).

- 6) a. En règle générale, s'appliquent aux faits dont les conséquences juridiques sont en cause, les normes en vigueur au moment où ces faits se produisent (ATA/118/2018 du 6 février 2018 et les références citées).

Liée aux principes de sécurité du droit et de prévisibilité, l'interdiction de la rétroactivité des lois résulte du droit à l'égalité de l'art. 8 Cst., de l'interdiction de l'arbitraire et de la protection de la bonne foi garanties par les art. 5 et 9 Cst. L'interdiction de la rétroactivité (proprement dite) fait obstacle à l'application d'une norme à des faits entièrement révolus avant son entrée en vigueur, car les personnes concernées ne pouvaient, au moment où ces faits se sont déroulés, connaître les conséquences juridiques découlant de ces faits et se déterminer en connaissance de cause. Une exception à cette règle n'est possible qu'à des conditions strictes, soit en présence d'une base légale suffisamment claire, d'un intérêt public prépondérant, et moyennant le respect de l'égalité de traitement et des droits acquis (ATF 138 I 189 consid. 3.4 ; 119 Ia 254 consid. 3b). La rétroactivité doit en outre être raisonnablement limitée dans le temps (ATA/209/2018 précité et les références citées).

b. Selon la jurisprudence rendue après l'entrée en vigueur de la LRDBHD, des condamnations pénales pour infraction à la LEtr peuvent, selon leur degré de gravité et leur ancienneté, ne pas entacher l'honorabilité de l'exploitant et du propriétaire.

La chambre administrative a ainsi considéré, en tenant compte de l'ensemble des circonstances du cas d'espèce, que le service avait abusé de son pouvoir d'appréciation en retenant que l'exploitant ayant employé dix personnes sans autorisation valable entre 2010 et 2015 et condamné à une peine pécuniaire de cent vingt jours-amende à CHF 190.- le jour ne présentait pas les garanties suffisantes d'honorabilité en qualité d'exploitant (ATA/1349/2017 précité). Elle a tenu un raisonnement similaire s'agissant d'un exploitant ayant employé, durant la même période, un cuisinier sans autorisation et condamné à une peine pécuniaire de nonante-cinq jours-amende à CHF 80.- avec sursis durant trois ans (ATA/1409/2017 du 17 octobre 2017), dans le cas d'un exploitant condamné à deux reprises par le Ministère public, en 2012 et 2016, pour avoir employé des étrangers dépourvus d'autorisation de travail et/ou de séjour, respectivement à une peine pécuniaire de nonante jours-amende à CHF 100.- le jour, assortie d'une amende de CHF 2'000.- et à une peine pécuniaire de cent jours-amende à CHF 90.- le jour (ATA/1594/2017 du 12 décembre 2017), dans celui d'un autre exploitant condamné à une peine pécuniaire de cent jours-amende à CHF 80.- avec sursis pendant trois ans pour avoir, jusqu'en 2015, employé deux personnes dépourvues d'autorisation pendant trente à trente-huit mois (ATA/118/2018 précité).

- 7) a. En l'espèce, les décisions litigieuses se fondent sur la condamnation pénale du recourant, exploitant du cabaret, du chef d'infraction à l'art. 116 al. 1 let b et al. 3 let. a LEtr, à une peine pécuniaire de cent soixante jours-amende à CHF 50.- le jour avec sursis pendant trois ans et à une amende de CHF 5'000.- assortie d'une peine privative de liberté de substitution de cinquante jours. N'ayant fait l'objet d'aucune opposition, cette ordonnance pénale est entrée en force, ce qui n'est pas contesté.

Le recourant soutient que l'autorité intimée ne pouvait se fonder sur cette condamnation, dès lors qu'elle n'était entrée en force qu'en raison de l'inaction de son ancien conseil, contrairement à ses instructions. Bien que le recourant ait versé au dossier différents courriers adressés à son ancien avocat ainsi qu'un projet de demande en paiement à l'encontre de ce dernier, rien ne permet de corroborer ses affirmations, ce d'autant qu'il était également assisté par son actuel conseil dans le cadre de la procédure devant le Ministère public. En outre, aucun élément de la procédure ne permet d'affirmer qu'une contestation de cette ordonnance aurait conduit à son acquittement, au regard des éléments probants figurant au dossier, dont les déclarations du recourant, qui a admis la pratique des

« sorties » dans son établissement. Il n'y a dès lors pas lieu de s'écarter de la constatation des faits établie par le Ministère public.

b. La condamnation pénale du recourant se rapporte à un type d'infraction ayant un lien étroit avec l'activité pour laquelle l'autorisation d'exploiter le cabaret a été sollicitée, dès lors que le respect des prescriptions en matière de police des étrangers est expressément mentionné aux art. 9 et 10 LRDBHD au titre des critères définissant l'honorabilité. Elle repose en outre sur des faits commis dans l'exercice, par le recourant, de l'exploitation du cabaret et faisant précisément l'objet de la demande d'autorisation d'exploiter. Bien qu'elle ne porte que sur une période limitée et que seules deux danseuses aient porté plainte contre le recourant en relation avec ces faits, il n'en demeure pas moins qu'elle est sérieusement de nature à mettre en doute les capacités du recourant à garantir que son établissement soit exploité notamment en conformité avec les prescriptions en matière de police des étrangers.

c. Cela étant, au regard de la jurisprudence susmentionnée, les cas dans lesquels la chambre de céans a retenu que la condition de l'honorabilité n'était plus remplie s'accompagnait de la commission d'autres infractions pénales, tels que des actes d'ordre sexuel commis dans l'établissement (ATA/377/2000 précité), un trafic de stupéfiants (ATA/294/2001 précité), une escroquerie à l'assurance sociale (ATA/369/2001 précité), un faux dans les titres (ATA/599/2014 et ATA/600/2014 précités) ou encore l'usure (ATA/957/2014 précité), de telles circonstances faisant en l'espèce défaut.

Par ailleurs, s'il peut être tenu compte du comportement de l'intéressé avant l'entrée en vigueur de la LRDBHD, la condition de l'honorabilité de l'exploitant étant déjà une condition qui existait sous l'empire de l'aLRDBH, le fait que l'accent soit nouvellement mis sur les conditions d'exploitation commerciale des établissements et les droits de employés doit aussi être pris en considération. L'infraction commise se rapporte à des faits qui se sont entièrement déroulés sous l'empire de l'aLRDBH et le recourant n'a fait l'objet que d'une condamnation, étant précisé que celle mentionnée par l'ordonnance pénale date de 2008, le dossier ne contenant aucune indication plus précise à ce sujet. Bien que le recourant ait indiqué devant la chambre de céans qu'il aurait pu être acquitté en relation avec les faits pour lesquels il a été condamné le 22 décembre 2015, il n'en demeure pas moins qu'il a tout de même admis ceux-ci devant le Ministère public. Rien n'indique au demeurant qu'il continuerait à permettre aux danseuses de se prostituer à l'intérieur et à l'extérieur du cabaret, où les plaignantes ne travaillent plus depuis les faits.

Dans ces conditions, et vu les circonstances particulières du cas, compte tenu de la jurisprudence susmentionnée, du durcissement voulu par le législateur à compter de l'entrée en vigueur la LRDBHD, du principe de non-rétroactivité rappelé ci-dessus, du fait que l'art. 63 al. 3 LRDBHD ne fait pas mention des

violations de la LEtr, que la sanction maximale prévue, tant par l'aLRDBH que par la LRDBHD, limite la suspension de l'autorisation d'exploiter à six mois au maximum (art. 63 al. 1 let. b LRDBHD ; ATA/209/2018 précité), l'autorité intimée a violé le principe de la proportionnalité, singulièrement le sous-principe de la nécessité, et a abusé de son pouvoir d'appréciation en considérant que le recourant ne présentait pas les garanties suffisantes en matière d'honorabilité pour exploiter le cabaret.

d. L'attention du recourant est toutefois expressément attirée sur le fait que toute réitération, voire toute nouvelle condamnation, tomberait sous le coup de l'art. 63 al. 1 LRDBHD et pourrait, le cas échéant, entraîner la révocation ou le non-renouvellement des autorisations d'exploiter.

- 8) Il s'ensuit que les recours seront partiellement admis, les décisions querellées annulées et la cause renvoyée à l'intimée pour analyse des autres conditions d'octroi de la délivrance de l'autorisation d'exploiter le cabaret en faveur du recourant.
- 9) Vu l'issue du litige, aucun émolument ne sera perçu (art. 87 al. 1 LPA). Une indemnité de procédure de CHF 800.-, à la charge de l'État de Genève, sera allouée au recourant, qui y a conclu et a encouru des frais pour sa défense (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevables les recours interjetés le 23 juin 2017 et 10 août 2017 par Monsieur A_____ contre les décisions du service de police du commerce et de lutte contre le travail au noir des 26 mai 2017 et 13 juillet 2017 ;

au fond :

les admet partiellement ;

annule les décisions du service de police du commerce et de lutte contre le travail au noir des 26 mai 2017 et 13 juillet 2017 ;

renvoie la cause au service de police du commerce et de lutte contre le travail au noir pour nouvelle décision au sens des considérants ;

dit qu'il n'est pas perçu d'émolument ;

alloue une indemnité de procédure de CHF 800.- à Monsieur A_____, à la charge de l'État de Genève ;

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 du recourant, ainsi qu'au service de police du commerce et de lutte contre le travail au noir.

Siégeant : Mme Junod, présidente, M. Verniory, Mme Payot Zen-Ruffinen, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière-juriste :

J. Balzli

la présidente siégeant :

Ch. Junod

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :