

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/72/2019-EXPLOI

ATA/1158/2019

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 19 juillet 2019

2^{ème} section

dans la cause

A_____ SA

représentée par Me Jean-Marie Crettaz, avocat

contre

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

EN FAIT

- 1) A_____ SA (ci-après : A_____) a pour but l'installation, l'exploitation, la reprise, la gérance et la mise en gérance de cafés, restaurants, brasseries, bars et autres commerces similaires. Monsieur B_____ en est l'administrateur unique.

A_____ est locataire de locaux commerciaux sis _____, avenue C_____ à Genève où se trouve le fonds de commerce à l'enseigne « A_____ », dont elle est propriétaire.

- 2) Le 17 mars 2006, Monsieur D_____ a été autorisé à exploiter l'établissement public à l'enseigne « A_____ ».

- 3) Par courrier du 15 mai 2014, M. D_____ a informé le service de police du commerce et de lutte contre le travail au noir (ci-après : PCTN) du fait qu'il retirait avec effet immédiat sa patente pour le « E_____ » (anciennement « A_____ »).

- 4) Le 23 mai 2014, le PCTN a ainsi prononcé la caducité de l'autorisation d'exploiter accordée en mars 2006. Une copie de cette décision a été adressée à A_____.

- 5) Le 10 juillet 2015, A_____ a conclu un contrat de sous-location avec Messieurs F_____ et G_____, valable jusqu'au 31 août 2016.

Selon ce contrat, A_____ était propriétaire du fonds de commerce. En cette qualité, elle remettait aux précités l'exploitation de « son affaire ».

- 6) Le 19 février 2016, un nouveau contrat de sous-location, aux clauses identiques au précédent, a été conclu entre A_____ et M. F_____ et Madame H_____, valable du 1^{er} mars 2016 au 28 février 2017.

Il a été reconduit tacitement, mais résilié pour le 31 décembre 2017, les sous-locataires ayant été en demeure.

- 7) Selon un rapport de police du 3 mars 2016, il avait été constaté le 17 janvier 2016 à 2h31 que l'établissement était exploité sans autorisation, qu'il engendrait des inconvénients graves de voisinage, que le remplaçant de l'exploitant était incompetent ni instruit des devoirs relatifs à la fonction qui lui était confiée, qu'il y avait une animation musicale et de danse non-autorisée, que le registre du personnel n'était pas à jour et que des boissons alcoolisées étaient servies à des clients en état d'ébriété.

- 8) Par courrier du 27 septembre 2018 adressé à A_____, le PCTN l'a informée de ce qu'elle avait commis plusieurs infractions, à savoir le 17 janvier 2016 des infractions aux art. 8, 22 al. 3, 24 al. 1, 25 et 36 de la loi sur la restauration, le débit de boissons, l'hébergement et le divertissement du 19 mars 2015 (LRDBHD - I 2 22) et à l'art. 45 al. 9 de son règlement d'exécution du 28 octobre 2015 (RRDBHD - I 2 22.01), les 2 juin et 13 septembre 2016 ainsi que le 11 août 2017 une infraction à l'art. 8 LRDBHD (exploitation d'un établissement public sans autorisation) et à cette dernière date, en sus, une infraction à l'art. 25 LRDBHD (non-respect des heures d'ouverture et de fermeture). Aucune des requêtes d'autorisation déposées après le 24 mai 2014 n'avait été recevable. Dès lors qu'il n'existait aucun exploitant, A_____ répondait des infractions précitées. Elle était susceptible d'être sanctionnée d'une amende. Un délai lui était imparti pour se déterminer, retourner le formulaire relatif à sa situation financière et joindre toute pièce s'y rapportant.
- 9) Dans le délai imparti, A_____ s'est dite stupéfaite du courrier précité. Les enquêteurs avaient rédigé des rapports sans s'intéresser à la « réalité des faits juridiques ». Elle faisait suivre le contrat de sous-location et indiquait que le courrier du PCTN ne lui était ainsi pas destiné.
- 10) Par décision du 20 novembre 2018, le PCTN a infligé à A_____ une amende de CHF 1'850.- pour infractions aux art. 8, 22 al. 3, 24 al. 2, 25 et 36 LRDBHD ainsi qu'à l'art. 45 al. 9 à 11 RRDBHD.
- 11) Par acte expédié le 7 janvier 2019 à la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative), A_____ a recouru contre cette décision, dont elle a demandé l'annulation.

Elle a exposé qu'elle avait constaté au début de l'année 2016 que des modifications majeures avaient été effectuées sans son consentement : des travaux avaient été entrepris, l'enseigne modifiée et M. F_____ avait changé d'associé. Elle avait interpellé M. F_____, qui avait présenté ses excuses. A_____ les ayant acceptées, un nouveau contrat de sous-location avait été établi.

A_____ avait adressé le contrat de sous-location au PCTN lorsque celui-ci l'avait interpellée, estimant qu'il la déchargeait de toute responsabilité. Se rendant compte que le contrat produit ne couvrait pas la période durant laquelle le constat de police avait été fait, elle produisait désormais le second contrat de sous-location.

En toute hypothèse, M. B_____ ne pouvait répondre des infractions reprochées, dès lors qu'il n'était pas exploitant au sens de la loi.

- 12) Le PCTN a conclu au rejet du recours.

- 13) Dans sa réplique, la recourante a relevé que la nouvelle loi était applicable, puisque les faits reprochés s'étaient déroulés après l'entrée en vigueur de celle-ci. Compte tenu du contrat de gérance, la responsabilité pour les infractions commises incombait à MM. F_____ et G_____. A_____ n'étant ni exploitante ni propriétaire au sens de la loi, elle ne pouvait être recherchée. Le cas échéant, les deux gérants pouvaient être appelés en cause.
- 14) Sur ce, les parties ont été informées que la cause était gardée à juger.

EN DROIT

- 1) Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable (art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05 ; art. 62 al. 1 let. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).
- 2) La recourante ne conteste pas les faits reprochés, ni que ceux-ci contreviennent à la LRDBHD et à son règlement d'exécution. Elle fait uniquement valoir que seuls ses sous-locataires en répondaient.
- 3) Compte tenu de l'écoulement du temps, il convient, en premier lieu, d'examiner – d'office – si des infractions sont prescrites.
- a. 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 (ATA/12/2015 du 6 janvier 2015 et les références citées ; Pierre MOOR/Étienne POLTIER, Droit administratif : les actes administratifs et leur contrôle, vol. 2, 2011, ch. 1.4.5.5 p. 160 s).
- En vertu de l'art. 1 al. 1 let. a de la loi pénale genevoise du 17 novembre 2006 (LPG - E 4 05), les dispositions de la partie générale du code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP - RS 311.0) s'appliquent à titre de droit cantonal supplétif, sous réserve de celles qui concernent exclusivement le juge pénal (notamment les art. 34 ss, 42 ss, 56 ss, 74 ss, 106 al. 1 et 3 et 107 CP). La LRDBHD ne contenant pas de disposition réglant la question de la prescription, il y a lieu de faire application, par analogie, de l'art. 109 CP, à teneur duquel la prescription de l'action pénale est de trois ans (ATA/1365/2017 du 9 octobre 2017 et les références citées).
- b. Compte tenu du délai de prescription de trois ans, les faits survenus les 17 janvier 2016 et 2 juin 2016 sont prescrits. Demeurent non prescrits, les faits survenus les 13 septembre 2016 et 11 août 2017, soit pour les deux dates l'infraction à l'art. 8 LRDBHD (exploitation d'un établissement public sans

autorisation) et, en sus le 11 août 2017, l'infraction à l'art. 25 LRDBHD (non-respect des heures d'ouverture et de fermeture).

- 4) a. Le 1^{er} janvier 2016, sont entrés en vigueur la LRDBHD et le RRDBHD, abrogeant respectivement la loi sur la restauration, le débit de boissons et l'hébergement du 17 décembre 1987 (aLRDBH) et son règlement d'exécution du 31 août 1988 (aRRDBH).

Selon l'art. 70 LRDBHD relatif au droit transitoire, 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 présente loi les éventuelles autorisations complémentaires ou de remplacement nécessaires, leur permettant d'offrir lesdites prestations (al. 3). Ces personnes sont pour le surplus tenues de respecter les obligations relatives à l'exploitation, qui sont prévues pour leur catégorie d'entreprise, dès l'entrée en vigueur de la nouvelle loi (al. 4).

b. Sous le nouveau – comme d'ailleurs sous l'ancien droit –, l'exploitation de toute entreprise vouée à la restauration, au débit de boissons et à l'hébergement est soumise à l'obtention préalable d'une autorisation d'exploiter délivrée par le département (art. 8 al. 1 LRDBHD ; art. 4 al. 1 aLRDBH). 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 ; art. 4 al. 2 aLRDBH).

La requête en autorisation est valablement déposée, lorsqu'elle est faite au moyen de la formule officielle dûment remplie par l'exploitant (art. 19 al.1 let. a RRDBHD), signée par l'exploitant propriétaire. Si l'exploitant n'est pas propriétaire, le formulaire doit être contresigné par le propriétaire. En cas de gérance, le formulaire doit également comporter la signature du gérant au sens de l'art. 39 al. 2 let. b.

c. Est exploitant 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 ; art. 40 al. 1 RRDBHD). Le propriétaire est défini comme la personne physique ou morale qui détient le fonds de commerce de l'entreprise, soit les installations, machines et autres équipements nécessaires à l'exercice de l'activité de celle-ci, et qui désigne l'exploitant (art. 3 let. o LRDBHD ; art. 39 al. 1 RRDBHD). En cas de conclusion d'un contrat de gérance ou de bail à ferme, le propriétaire au sens de la loi est le gérant ou le fermier qui jouit des locaux et installations de l'établissement et en assume l'entière responsabilité (art. 39 al. 2 RRDBHD).

Le propriétaire qui n'entend pas se charger lui-même de l'exploitation de son entreprise est tenu d'annoncer au département la personne à laquelle il la confie (art. 23 al. 1 LRDBHD). Les manquements graves de l'exploitant, au sens de l'art. 63 al. 3 LRDBHD, sont opposables au propriétaire, en tant que responsable subsidiaire (art. 23 al. 5 LRDBHD).

d. Aux termes de l'art. 63 al. 3 LRDBHD, « sont notamment considérées comme graves les infractions aux dispositions de la présente loi relatives aux horaires d'ouverture et à la vente d'alcool, à la législation sur le travail (usages, LTr) et aux assurances sociales, les inconvénients engendrés pour le voisinage, ainsi que les animations organisées sans autorisation » (art. 63 al. 3 LRDBHD).

Examinant si cette liste pouvait être élargie, la chambre de céans a retenu que le législateur avait clairement voulu limiter la responsabilité du propriétaire d'un établissement aux infractions graves listées à l'art. 63 al. 3 LRDBHD, les différents intervenants dans le processus législatif considérant que l'exploitant – et non le propriétaire – devrait être responsable du comportement des personnes participant à l'exploitation ou à l'animation, et exigeant qu'une liste des manquements pouvant être reprochés à l'un ou à l'autre soit établie. Le catalogue des infractions graves avait évolué au cours du processus législatif et contenait finalement les infractions aux dispositions de la loi relatives aux horaires d'ouverture et à la vente d'alcool, à la législation sur le travail et aux assurances sociales, les inconvénients engendrés pour le voisinage ainsi que les animations organisées sans autorisation. Ainsi, une interprétation étendue de l'art. 63 al. 3 LRDBHD irait à l'encontre de la volonté du législateur telle qu'elle ressortait des travaux préparatoires (ATA/1235/2017 du 29 août 2017 consid. 5d et les références citées).

e. Il ressort de ce qui précède que, pour la période pendant laquelle un contrat de gérance existait, la recourante, en sa qualité de propriétaire du fonds de commerce qu'elle a mis en location, ne peut être recherchée que si les infractions commises sont graves, au sens de l'art. 63 al. 3 LRDBHD.

En l'espèce, les deux infractions non prescrites se rapportent à l'exploitation du fonds de commerce sans autorisation les 13 septembre 2016 et 11 août 2017 ainsi qu'au non-respect des heures d'ouverture et de fermeture le 11 août 2017.

Les 13 septembre 2016 et 11 août 2017, le fonds de commerce était exploité par M. F_____ et Mme H_____. Dans la mesure où l'exploitation du fonds de commerce sans autorisation ne figure pas dans la liste des infractions graves au sens de l'art. 63 al. 3 LRDBHD, la recourante ne peut être recherchée pour ce manquement.

En revanche, le non-respect des heures d'ouverture et de fermeture figure dans la liste des infractions graves engendrant la responsabilité du propriétaire du

fonds de commerce. Partant, la recourante doit répondre de cette infraction, commise le 11 août 2017.

Au vu de ce qui précède, la recourante ne peut donc être recherchée que pour cette dernière infraction, les autres infractions étant soit prescrites soit ne lui étant pas imputables.

5) Il convient encore d'examiner si les critères fixant le montant de l'amende ont été respectés.

a. Selon l'art. 65 al. 1 LRDBHD, en cas d'infraction à la LRDBHD et à ses dispositions d'exécution, ainsi qu'aux conditions des autorisations, le département peut infliger une amende administrative de CHF 300.- à CHF 60'000.- en sus du prononcé de l'une des mesures prévues aux art. 61, 62 et 64, respectivement à la place ou en sus du prononcé de l'une des mesures prévues à l'art. 63 LRDBHD.

Si l'infraction a été commise dans la gestion d'une personne morale ou d'une entreprise en raison individuelle, la sanction de l'amende est applicable aux personnes qui ont agi ou auraient dû agir en son nom. La personne morale, la société ou le propriétaire de l'entreprise individuelle répondent solidairement des amendes. La sanction est applicable directement aux sociétés ou entreprises précitées lorsqu'il n'apparaît pas de prime abord quelles sont les personnes responsables (art. 65 al. 2 LRDBHD).

b. L'autorité qui prononce une amende administrative ayant le caractère d'une sanction doit également faire application des règles contenues aux art. 47 ss CP (principes applicables à la fixation de la peine ; par renvoi de l'art. 1 let. a LPG ; ATA/1457/2017 du 31 octobre 2017 consid. 7a ; ATA/824/2015 du 11 août 2015). Il est ainsi nécessaire que le contrevenant ait commis une faute, fût-ce sous la forme d'une simple négligence.

Par ailleurs, l'amende doit respecter le principe de la proportionnalité (art. 36 al. 3 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 - Cst. - RS 101). Il y a lieu de tenir compte de la culpabilité de l'auteur et de prendre en considération, notamment, les antécédents et la situation personnelle de ce dernier (art. 47 al. 1 CP). La culpabilité est, notamment, 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 des circonstances (art. 47 al. 2 CP ; ATA/1457/2017 précité consid. 7b ; ATA/824/2015 précité).

Le PCTN jouit d'un large pouvoir d'appréciation pour fixer le montant de l'amende. La juridiction de céans ne le censure qu'en cas d'excès (ATA/331/2018 du 10 avril 2018 consid. 8b et les références citées).

c. En l'espèce, plusieurs infractions étant prescrites et d'autres ne pouvant être imputées à la recourante, le montant de l'amende devra être réduit en conséquence.

Le PCTN jouissant cependant d'un large pouvoir d'appréciation en la matière, la chambre de céans ne peut se substituer à celui-ci pour fixer le montant de l'amende. Il convient ainsi de lui renvoyer la cause pour nouvelle décision.

En conclusion, le recours sera partiellement admis, la décision querellée annulée et le dossier renvoyé au PCTN pour nouvelle décision dans le sens des considérants.

- 6) La recourante n'obtenant que partiellement gain de cause, un émoulement réduit, de CHF 300.-, sera mis à sa charge (art. 87 al. 1 LPA) et une indemnité de procédure réduite de CHF 500.- lui sera allouée (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 7 janvier 2019 par A_____ SA contre la décision du service de police du commerce et de lutte contre le travail au noir du 20 novembre 2018 ;

au fond :

l'admet partiellement ;

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

met un émoulement de CHF 300.- à la charge de A_____ SA ;

alloue une indemnité de procédure de CHF 500.- à A_____ SA, 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 Jean-Marie Crettaz, avocat de la recourante, ainsi qu'au service de police du commerce et de lutte contre le travail au noir.

Siégeant : Mme Krauskopf, présidente, MM. Pagan et Verniory, juges.

Au nom de la chambre administrative :

le greffier-juriste :

F. Scheffre

la présidente siégeant :

F. Krauskopf

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :