

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3585/2013-EXPLOI

ATA/685/2014

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 26 août 2014

1^{ère} section

dans la cause

M. A._____

représenté par Me Laura Panetti-Carusso, avocate

contre

SERVICE DU COMMERCE

EN FAIT

- 1) Le 8 septembre 2008, M. A_____ a été mis au bénéfice d'une autorisation d'exploiter le café-restaurant à l'enseigne « B_____ » situé au C_____ à Genève par le service du commerce (ci-après : Scom).

Le 19 juillet 2010 il a obtenu une deuxième autorisation d'exploiter l'établissement le « D_____ », situé dans un local adjacent au « B_____ ». La requête déposée par M. A_____ le mentionnait comme exploitant titulaire du certificat de capacité et la rubrique « gérant libre ou société d'exploitation » était vide. Aucun contrat de gérance ou contrat de sous-location ne figurait dans le dossier de requête déposé.

M. A_____ est propriétaire du fonds de commerce des deux établissements.

- 2) Le 19 avril 2013, lors d'un contrôle effectué sur place, le Scom a constaté que le D_____ était fermé. M. A_____ présent dans l'établissement voisin a déclaré ignorer les raisons de la fermeture et précisé qu'il avait confié la gérance du D_____ à Mme E_____. Il ne disposait pas des clés du café.
- 3) Le 3 juillet 2013, le Scom a rédigé un rapport suite à deux nouveaux contrôles effectués les 18 juin et 2 juillet 2013. L'employé présent au D_____, M. F_____ n'avait pu remettre le registre du personnel sans contacter Mme E_____. Le registre était incomplet, ne comprenant pas les données personnelles du répondant sur place mais seulement celles de Mme E_____ et de M. A_____. M. F_____ avait en outre déclaré que M. A_____ ne travaillait pas ici.
- 4) Le 3 juillet 2013, M. A_____ a été informé par le Scom de l'ouverture d'une procédure administrative pour gestion non personnelle de l'établissement et prête-nom. Il était invité à se déterminer.
- 5) Le 20 septembre 2013, le Scom a informé M. A_____ qu'une suspension de son certificat de capacité était envisagée et que la procédure pouvait également donner lieu à la fermeture de l'établissement. Il était à nouveau invité à se déterminer.
- 6) Le 2 octobre 2013, M. A_____ a contesté les faits au Scom et exposé qu'à l'époque du contrôle, il avait remis la clef provisoirement à la société G_____ qui livrait les croissants tôt le matin en attendant d'en faire une copie. Il a précisé également que ses deux cafés/restaurants étant adjacents, il n'avait aucune raison de servir de prête-nom.

- 7) Le 8 octobre 2013, le Scm a prononcé une suspension du certificat de capacité de M. A_____ pour une durée de six mois et infligé une amende administrative de CHF 3'000.- à son encontre, retenant l'absence d'antécédents.

Mme E_____ avait pu fournir les informations demandées lors du contrôle du 18 juin 2013 et disposait selon le registre du commerce d'un pouvoir de signature lui permettant d'engager seule l'établissement D_____ depuis décembre 2012. M. A_____ n'exploitait pas personnellement et effectivement l'établissement et servait de prête-nom.

- 8) Par envoi mis à la poste le 8 novembre 2013, M. A_____ a recouru auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre la décision du Scm du 8 octobre 2013 en concluant principalement à son annulation ainsi qu'au versement d'une indemnité de procédure et subsidiairement à l'annulation de la mesure de suspension ou au renvoi de la cause au Scm pour nouvelle décision.

Le Scm avait constaté les faits de manière inexacte et incomplète en considérant qu'il avait agi en qualité de prête-nom. Le Scm avait commis un abus de son pouvoir d'appréciation en ordonnant la suspension pour une durée de six mois du certificat de capacité.

Il exploitait le B_____ ainsi que le D_____, selon l'extrait produit du registre du commerce. Il était personnellement présent dans lesdits locaux de manière quotidienne. Afin d'alléger sa charge de travail, il avait mis en gérance le D_____ par contrat conclu avec Mme E_____ à la fin du mois de décembre 2012. Nonobstant cette gérance, il était demeuré propriétaire et exploitant, possédant toujours une clé des locaux, ce que Mme E_____ avait attesté par courrier – non daté - adressé au Scm, expliquant la remise des clés au livreur de croissants. Courant juin 2013, au vu des violations du contrat de gérance, il avait résilié ledit contrat pour la fin du mois d'octobre 2013 comme l'attestait l'extrait du registre du commerce pour l'entreprise individuelle « E_____ D_____ » indiquant une cessation le 13 octobre 2013 de l'exploitation inscrite le 12 décembre 2012. Un courrier de sa fiduciaire daté du 13 mai 2013, au Scm, exposait qu'un contrat de gérance avait été établi avec Mme E_____ et que l'établissement était exploité par M. A_____.

La gérance d'un établissement n'excluait nullement son exploitation personnelle. La conclusion prise était hâtive en l'absence de clé le jour du contrôle, ce qui était exceptionnel et ponctuel.

S'il devait être reconnu qu'il avait agi en prête-nom, la décision de suspension était disproportionnée compte tenu de l'absence d'antécédents. La fermeture des deux établissements le priverait de toute source de revenus en

violation de sa liberté économique. Les employés de ces établissements seraient licenciés. Le paiement d'une amende serait suffisant.

- 9) Le 12 décembre 2013, le Scm a déposé des observations.

Sans attendre l'issue de la procédure, M. A_____ avait procédé aux démarches nécessaires pour que l'établissement puisse être exploité par un tiers de manière conforme à la loi. Une requête d'exploitation du D_____ par un tiers sous-locataire de M. A_____ avait été déposée.

Les mesures prises avaient pour but de dissuader M. A_____ de réitérer l'infraction de prête-nom, considérée comme une violation grave de la loi. Les conséquences de la décision n'étaient pas aussi lourdes que prétendait M. A_____, car en tant que propriétaire du fonds de commerce, il pouvait engager un tiers en tant qu'exploitant des deux établissements qu'il possédait, percevant ainsi un revenu régulier.

- 10) Le 19 décembre 2013, le juge délégué à l'instruction de la cause a requis de M. A_____ la remise du contrat de gérance conclu avec Mme E_____ et le contrat de travail ou de toute autre forme de collaboration conclu avec M. F_____, ainsi que tout document attestant de la résiliation du contrat de gérance.

- 11) Le 19 mars 2014, M. A_____ a fait parvenir le contrat de travail de M. F_____ daté du 14 juin 2013, ainsi qu'une attestation de ce dernier reprenant les indications qui ressortaient déjà du rapport du Scm. L'employé indiquait que lorsqu'on lui avait demandé si M. A_____ travaillait ici, il avait répondu qu'il n'était « pas là à ce moment ».

- 12) Le 4 août 2014, le juge délégué a réitéré sa demande en production du contrat de gérance conclu avec Mme E_____ ainsi que tout document attestant la résiliation de ce contrat.

- 13) Le 7 mai 2014, M. A_____ a exposé n'être plus en possession d'un tirage du contrat de gérance conclu avec Mme E_____. Depuis le 1^{er} avril 2014 il était à nouveau exploitant de l'établissement D_____, comme l'attestait l'extrait du registre du commerce. Il demandait l'audition de Mme E_____, M. F_____ et celle d'un îlotier pouvant attester de la pratique du Scm consistant à effectuer une quinzaine de contrôles avant de prendre des mesures.

- 14) Le 9 mai 2014, 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) Le recourant conteste principalement avoir servi de prête-nom pour l'exploitation de l'établissement D_____ et subsidiairement la mesure infligée.
- 3) Le recourant demande l'audition de trois témoins.
 - a. Tel qu'il est garanti par l'art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101), le droit d'être entendu comprend notamment le droit pour l'intéressé d'offrir des preuves pertinentes, de prendre connaissance du dossier, d'obtenir qu'il soit donné suite à ses offres de preuves pertinentes (arrêt du Tribunal fédéral 2D_5/2012 du 19 avril 2012 consid. 2.3), de participer à l'administration des preuves essentielles ou à tout le moins de s'exprimer sur son résultat, lorsque cela est de nature à influencer sur la décision à rendre (ATF 138 I 154 consid. 2.3.3 p. 157 ; 138 V 125 consid. 2.1 p. 127 ; 137 II 266 consid. 3.2 p. 270 ; 137 I 195 consid. 2.3.1 p. 197 ; 136 I 265 consid. 3.2 ; 135 II 286 consid. 5.1 p. 293 ; arrêts du Tribunal fédéral 5A_12/2013 du 8 mars 2013 consid. 4.1 ; 2C_552/2011 du 15 mars 2012 consid. 3.1).
 - b. Le droit de faire administrer des preuves n'empêche cependant pas le juge de renoncer à l'administration de certaines preuves offertes et de procéder à une appréciation anticipée de ces dernières, en particulier s'il acquiert la certitude que celles-ci ne l'amèneront pas à modifier son opinion ou si le fait à établir résulte déjà des constatations ressortant du dossier (ATF 136 I 229 consid. 5.2 p. 236 ; 134 I 140 consid. 5.3 ; 131 I 153 consid. 3 p. 158 ; arrêts du Tribunal fédéral 4A_108/2012 du 11 juin 2012 consid. 3.2 ; 8C_799/2011 du 20 juin 2012 consid. 6.1 ; 2D_2/2012 du 19 avril 2012 consid. 2.3 ; 4A_15/2010 du 15 mars 2010 consid. 3.2 et les arrêts cités ; ATA/404/2012 du 26 juin 2012 ; ATA/275/2012 du 8 mai 2012). Le droit d'être entendu ne contient pas non plus d'obligation de discuter tous les griefs et moyens de preuve du recourant ; il suffit que le juge discute ceux qui sont pertinents pour l'issue du litige (ATF 138 I 232 consid. 5.1 p. 237 ; 138 IV 81 consid. 2.2 p. 84 ; 134 I 83 consid. 4.1 p. 88 et les arrêts cités ; 133 II 235 consid. 5.2 p. 248 ; arrêts du Tribunal fédéral 1C_424/2009 du 6 septembre 2010 consid. 2 ; 2C_514/2009 du 25 mars 2010 consid. 3.1).

En l'espèce, la chambre de céans renoncera à procéder aux actes d'instruction sollicités, dans la mesure où ils ne sont pas de nature à influencer sur l'issue du litige puisqu'elle dispose de tous les éléments nécessaires pour statuer en connaissance de cause.

- 4) a. Selon l'art. 4 al. 1 de la loi sur la restauration, le débit de boissons et l'hébergement du 17 décembre 1987 (LRDBH - I 2 21), l'exploitation de tout établissement régi par la LRDBH est soumise à l'obtention préalable d'une autorisation délivrée par le département. L'alinéa 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 LRDBH). L'annonce du changement de propriétaire et de la cessation d'exploitation doit être faite par écrit (art. 37 du règlement d'exécution de la loi sur la restauration, le débit de boissons et l'hébergement du 31 août 1988 - RRDBH - I 2 21.01).

A teneur de l'art. 5 al. 1 let. c, respectivement e LRDBH, 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.

En vertu de l'art. 21 al. 1 LRDBH, 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 LRDBH). 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 LRDBH et 35 RRDBH).

b. Selon la jurisprudence de la chambre de céans (ATA/542/2007 du 30 octobre 2007 ; ATA/489/2005 du 19 juillet 2005 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. La loi permet à un exploitant d'être autorisé à exploiter jusqu'à trois établissements distincts. Le Scm tient notamment compte, dans la délivrance d'autorisation multiples, de l'unicité de l'immeuble dans lequel sont situés les établissements (art. 31 al. 1 let. a RRDBH).

d. L'art. 12 LRDBH 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 la LRDBH.

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.

- 5) La procédure administrative est régie par la maxime inquisitoire selon laquelle le juge établit les faits d'office (art. 19 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10). Mais ce principe n'est pas absolu, sa portée est restreinte par le devoir des parties de collaborer à la constatation des faits (art. 22 LPA). Celui-ci comprend en particulier l'obligation des parties d'apporter, dans la mesure où cela peut être raisonnablement exigé d'elles, les preuves commandées par la nature du litige et des faits invoqués, faute de quoi elles risquent de devoir supporter les conséquences de l'absence de preuves (arrêts du Tribunal fédéral 8C_1034/2009 du 28 juillet 2010 consid. 4.2 ; 9C_926/2009 du 27 avril 2010 consid. 3.3.2 et références citées ; ATA/792/2012 du 20 novembre 2012 consid. 6a ; ATA/797/2010 du 16 novembre 2010 ; ATA/649/2010 du 21 septembre 2010 ; ATA/532/2010 du 4 août 2010 ; ATA/669/2009 du 15 décembre 2009 et les références citées).
- 6) En l'espèce, les contrôles établissent l'absence de M. A_____ dans l'établissement à trois reprises. Lors de l'un des passages du Scm, le recourant a admis ne pas être averti de la fermeture exceptionnelle de l'établissement et n'avoir pris aucune mesure d'organisation avec le personnel pour pouvoir y accéder pendant la semaine où il n'en avait pas les clés. Il a certes produit un contrat de travail signé avec l'employé rencontré sur place par le Scm, mais n'a pas fourni le contrat le liant à la personne qui apparaissait gérer effectivement l'établissement. Pourtant, celle-ci était en possession du registre du personnel et des clefs de l'établissement ainsi que d'un droit de signature individuel engageant l'établissement.

Le recourant a été invité à produire les divers contrats le liant à son personnel et la résiliation de contrat dont il a fait état. Il n'a pas produit le contrat de gérance ni la résiliation de celui-ci. Il n'a pas non plus fourni d'autres documents qui attesteraient sa gestion effective de l'établissement, si ce n'est le contrat de travail qui le lie à un employé qui n'a pas répondu positivement à l'enquêteur voulant savoir si le recourant travaillait dans l'établissement. Ce même employé s'est adressé à la « gérante » pour obtenir les renseignements et le registre demandé. Le recourant se prévaut en outre d'un contrat de gérance avec une personne dont l'inscription au registre du commerce démontre qu'elle possédait la signature individuelle concernant l'établissement concerné mais qui, en revanche, ne disposait pas d'une quelconque autorisation d'exploitation dudit établissement.

En conséquence, en l'absence d'éléments réellement probants quant à la gestion effective de l'établissement, tels que la production de commandes de marchandises, de contrats, de factures, de paiements, de documents comptables ou

d'inventaire, etc. et compte tenu des nombreux éléments indiquant qu'une autre personne était en charge de cette gestion et qu'elle n'agissait pas en remplacement occasionnel de l'exploitant au sens de l'art. 21 al. 2 LRDBH, force est d'admettre que le recourant ne gérait pas personnellement et effectivement l'établissement au sens des exigences de la LRDBH, même s'il était présent dans l'établissement voisin dont il assurait l'exploitation.

Il est également prouvé à satisfaction de droit qu'il a servi de prête-nom pour l'exploitation de l'établissement par un tiers, violant ainsi les art. 12 et 21 LRDBH.

En tant qu'elle constate l'absence de gestion personnelle et effective ainsi que la violation de l'interdiction de servir de prête-nom, la décision du Scm doit être confirmée dans son principe.

- 7) Le département peut prononcer la suspension, pour une durée de six à vingt-quatre mois, de la validité du titre de formation requis dont le titulaire sert de prête-nom pour l'exploitation d'un établissement (art. 73 LRDBH).

En l'espèce, cette suspension, qui se fonde sur l'article 73 LRDBH précité, a été prononcée pour une durée de six mois, soit le minimum légal. Elle est parfaitement conforme à la jurisprudence du tribunal de céans et ne peut dès lors qu'être confirmée (ATA/182/2006 du 28 mars 2006 ; ATA/374/2004 du 11 mai 2004 ; ATA/243/2003 du 29 avril 2003).

- 8) a. Est passible d'une amende administrative allant de CHF 100.- à CHF 60'000.- tout contrevenant à la LRDBH, indépendamment du prononcé de l'une des sanction prévues aux art. 70 à 73 LRDBH (art. 74 al. 1 LRDBH).
- b. Les amendes administratives prévues par les législations cantonales sont de nature pénale, car aucun critère ne permet de les distinguer clairement des contraventions pour lesquelles la compétence administrative de première instance peut au demeurant aussi exister. C'est dire que la quotité de la sanction administrative doit être fixée en tenant compte des principes généraux régissant le droit pénal (ATA/14/2011 du 11 janvier 2011 ; ATA/788/2010 du 16 novembre 2010 ; ATA/571/2010 du 31 août 2010).
- c. L'amende doit respecter le principe de la proportionnalité (art. 36 al. 3 Cst. ; ATA/234/2006 du 2 mai 2006).

Le Scm jouit en la matière d'un large pouvoir d'appréciation pour en fixer le montant. La juridiction de céans ne le censure qu'en cas d'excès. Sont prises en considération la nature, la gravité et la fréquence des infractions commises dans le respect du principe de la proportionnalité (ATA/700/2012 du 16 octobre 2012 ; ATA/26/2011 du 18 janvier 2011).

Selon la jurisprudence de la chambre administrative, le prononcé d'une amende de CHF 3'000.- à l'encontre de la personne qui a servi de prête-nom est conforme à la loi et à la pratique de l'autorité intimée (ATA/776/2001 du 27 novembre 2001 ; ATA/260/2000 du 18 avril 2000 ; ATA/219/2000 du 4 avril 2000 ; ATA/105/2000 du 15 février 2000 ; ATA/104/1999 du 9 février 1999 ; ATA/716/1998 du 10 novembre 1998). Dans d'autres cas, la chambre administrative est restée en deçà du montant habituel de CHF 3'000.-, selon que le recourant se trouvait sur les lieux pratiquement en permanence ou n'avait tiré qu'un faible profit de l'opération de prête-nom. Elle a également tenu compte de graves difficultés personnelles et familiales du recourant et a alors diminué le montant de l'amende à CHF 1'500.- (ATA/543/2007 du 30 octobre 2007 ; ATA/245/1998 du 21 avril 1998 ; ATA/31/1998 du 27 janvier 1998 ; ATA M. du 9 août 1994). Dans un autre cas, il a réduit l'amende à CHF 1'500.- au motif que la personne intéressée n'avait tiré qu'un faible profit de l'opération de prête-nom (ATA/182/2006 du 28 mars 2006 et les références citées).

Au vu de l'ensemble des circonstances du cas d'espèce, notamment du fait que le recourant exploite un deuxième établissement situé à côté de celui pour lequel il a servi de prête-nom et qu'aucun élément dans le dossier - s'apparentant aux critères retenus par la jurisprudence citée supra pouvant justifier une réduction extraordinaire de l'amende - ne peut être retenu, le montant de celle-ci sera confirmé.

9) Entièrement mal fondé, le recours sera rejeté.

Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 1'000.- sera mis à la charge du recourant et il ne sera pas alloué d'indemnité de procédure (art. 87 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 8 novembre 2013 par M. A_____ contre la décision du service du commerce du 8 octobre 2013 ;

au fond :

le rejette ;

met un émolument de CHF 1'000.- à la charge de M. A_____ ;

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

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 Laura Panetti-Caruso, avocate du recourant, ainsi qu'au service du commerce.

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