

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/520/2017-EXPLOI

ATA/118/2018

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 6 février 2018

2^{ème} section

dans la cause

Madame A_____

représentée par Me Michael Lavergnat, avocat

contre

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

EN FAIT

- 1) Madame A_____ est associée-gérante de B_____ Sàrl, société active dans l'exploitation de cafés-restaurants et dont le siège se trouve au_____, rue C_____ à Genève.
- 2) Le 12 mars 2012, elle a été autorisée à exploiter le restaurant à l'enseigne « D_____ », situé _____, rue C_____ à Genève. En 2015, elle avait une douzaine d'employés.
- 3) Par ordonnance pénale du Ministère public du 29 janvier 2016, Mme A_____ a été condamnée à une peine pécuniaire de cent jours-amende à CHF 80.- avec sursis pendant trois ans pour avoir, jusqu'en septembre 2015, employé une serveuse et un aide de cuisine dépourvus d'autorisation de travail et/ou de séjour sur une période de respectivement trente et trente-huit mois.
- 4) Les deux employés susmentionnés ont été rémunérés conformément au salaire prescrit par la convention collective nationale de travail pour les hôtels, restaurants et cafés et les cotisations sociales régulièrement prélevées et versées aux assurances sociales obligatoires. L'impôt à la source a été retenu sur le salaire de l'employé travaillant à plein temps et versé à l'administration fiscale cantonale. Il n'a pas été prélevé sur le salaire de l'autre employé, dont les horaires étaient irréguliers.
- 5) À la suite du contrôle de l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail en septembre 2015, qui a dénoncé la situation irrégulière des deux employés au Ministère public, Mme A_____ a licencié ces derniers, leur remettant à chacun un « bonus » de respectivement CHF 10'000.- et CHF 7'000.-.
- 6) Par décision du 31 janvier 2017, le service du commerce, devenu entretemps le service de police du commerce et de lutte contre le travail au noir (ci-après : PCTN), a rejeté la requête formée par Mme A_____ de renouveler son autorisation d'exploiter le restaurant susmentionné, au motif qu'elle ne remplissait pas les conditions d'honorabilité permettant de retenir qu'elle offrait les garanties d'une exploitation conforme aux prescriptions applicables en matière de police des étrangers, de sécurité sociale et de droit du travail. La décision était exécutoire nonobstant recours.
- 7) Dans son recours, déposé le 15 février 2017 au greffe de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative), Mme A_____ a conclu à l'annulation de la décision précitée et au renvoi du dossier au PCTN pour nouvelle décision dans le sens des considérants. Elle a exposé qu'elle avait engagé les deux employés après que ses recherches de personnel étaient

restées vaines et alors que ceux-ci se trouvaient dans une situation financière précaire. Bien que consciente qu'elle ne pouvait engager des employés dépourvus des autorisations adéquates, elle ignorait qu'elle commettait ainsi une infraction pénale. Elle avait pris conscience de la gravité des faits et de la nécessité de veiller à ce que toutes les personnes engagées soient au bénéfice d'une autorisation de séjour et/ou de travail.

- 8) Le président de la chambre de céans a donné suite à la requête de mesures provisionnelles de la recourante et l'a autorisée à exploiter son restaurant jusqu'à droit jugé définitif dans la présente cause.
- 9) Le PCTN a conclu au rejet du recours.

La recourante a répliqué en persistant dans ses conclusions.
- 10) Par courrier du 21 novembre 2017, 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 chambre de céans peut revoir la violation du droit, y compris l'excès et l'abus du pouvoir d'appréciation et la constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents (art. 61 al. 1 let. b LPA). Elle n'est pas compétente pour apprécier l'opportunité de la décision attaquée, sauf exception – non réalisée en l'espèce – prévue par la loi (art. 62 al. 2 LPA).
- 3) En premier lieu, il convient d'examiner si le droit d'être entendue de la recourante a été violé, dans la mesure où l'autorité intimée a refusé le renouvellement des autorisations requises sans lui donner au préalable l'occasion de s'exprimer.
 - a. Le droit d'être entendu consacré par l'art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101) comprend notamment le droit pour l'administré de s'exprimer sur les éléments pertinents avant qu'une décision touchant sa situation juridique ne soit prise (ATF 135 I 279 consid. 2.3 ; 133 I 270 consid. 3.1). La violation du droit d'être entendu ne peut être réparée devant l'instance de recours que si celle-ci jouit du même pouvoir d'examen que l'autorité intimée et pour autant que la gravité de l'atteinte portée audit droit ne

soit pas particulièrement grave (ATF 137 I 195 consid. 2.3.2 ; 135 I 279 consid. 2.6.1 ; 126 I 68 consid. 2).

b. En l'espèce, l'intimé a fondé sa décision sur la condamnation de la recourante portant sur les infractions commises en matière de législation de police des étrangers. La recourante ne prétend pas que cette condamnation lui était inconnue. Certes, l'autorité intimée ne l'a pas invitée à présenter ses observations sur l'ordonnance pénale, ce qui pourrait constituer une violation de son droit d'être entendue. Cela étant, la recourante ne conteste pas avoir employé des personnes sans autorisation de travail. Elle a par ailleurs pu exposer ses arguments dans le cadre de la procédure de recours. Ainsi, quand bien même il faudrait retenir que son droit d'être entendue a été violé, cette violation a été valablement réparée devant la chambre de céans.

4) Reste à examiner si l'existence de la condition de l'honorabilité de la recourante au sens des art. 9 et 10 de la nouvelle loi sur la restauration, le débit de boissons, l'hébergement et le divertissement du 19 mars 2015 (LRDBHD - I 2 22) a, à juste titre, été niée.

a. Le 1^{er} janvier 2016, la nouvelle LRDBHD et son règlement d'exécution de la loi sur la restauration, le débit de boissons, l'hébergement et le divertissement du 28 octobre 2015 (RRDBHD - I 2 22.01) sont entrés en vigueur, abrogeant l'ancienne loi sur la restauration, le débit de boissons et l'hébergement du 17 décembre 1987 (aLRDBH - I 2 21) et 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).

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). Cette autorisation doit être requise, notamment, lors de modification des conditions de l'autorisation antérieure (art. 8 al. 2 LRDBHD). 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, comme cela ressort a contrario de l'art. 65 al. 4 RRDBHD. Toutefois, en vertu de l'art. 70 al. 3 LRDBHD, 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 – à savoir jusqu'au 31 décembre 2016 – les éventuelles autorisations complémentaires ou de remplacement nécessaires, leur permettant d'offrir lesdites prestations.

b. L'art. 9 LRDBHD traite des conditions relatives à l'exploitant. Ainsi, l'autorisation d'exploiter une entreprise est délivrée à condition que l'exploitant, notamment, offre, par ses antécédents et son comportement, toute garantie que

l'entreprise est exploitée conformément aux dispositions de la présente loi 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 (art. 9 let. d 1^{ère} phrase LRDBHD).

Est exploitant la personne physique responsable de l'entreprise, qui exerce effectivement et à titre personnel toutes les tâches relevant de la gestion de celle-ci (art. 3 let. n LRDBHD).

c. Il ressort des travaux préparatoires relatifs à la condition d'honorabilité de la aLRDBH 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, que l'on retrouve dans d'autres textes légaux genevois – loi concernant le concordat sur les entreprises de sécurité du 18 octobre 1996 (CES - I 2 14) ; loi sur la vente à l'emporter des boissons alcooliques du 22 janvier 2004 (LVEBA - I 2 24) ; loi sur la prostitution du 17 décembre 2009 (LProst - I 2 49) – 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.

Dans ce cadre, la chambre administrative s'est prononcée à plusieurs reprises sur la condition d'honorabilité telle qu'elle figurait à l'art. 5 al. 1 let. d aLRDBH. Dans la mesure où cette notion est la même que celle figurant aux art. 9 let. d et 10 LRDBHD, il convient de se référer à ladite jurisprudence.

Elle a ainsi retenu que cette condition n'était pas remplie lorsque l'exploitant avait été condamné 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) ou lorsqu'il avait été condamné pour deux escroqueries à une assurance sociale (ATA/369/2001 du 29 mai 2001). N'a également pas été jugée à même d'exploiter un établissement public une 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 la 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/600/2014 et ATA/599/2014 du 29 juillet 2014).

À l'inverse, la chambre administrative a considéré que l'autorité avait mésusé de son pouvoir d'appréciation en considérant que le recourant, qui avait été sanctionné pour infractions à l'aLRDBH, ne présentait pas les garanties suffisantes en matière d'honorabilité dans la mesure où les infractions retenues à son encontre ne revêtaient pas une gravité particulière, qu'elles n'avaient pas donné lieu à des sanctions pouvant être qualifiées de lourdes et qu'il ne ressortait pas du dossier qu'elles seraient réitérées de manière systématique (ATA/1161/2015 du 27 octobre 2015).

Dans un cas tranché récemment dans lequel l'exploitant, condamné pour avoir employé dix personnes sans qu'elles soient au bénéfice d'autorisations de travail valables en Suisse, pour des périodes comprises entre deux mois et cinq ans et demi, la chambre de céans a considéré que, bien que la condamnation était grave car portant sur de nombreux cas et une longue période et était de nature à mettre sérieusement en doute les capacités de l'exploitant à garantir que l'entreprise soit exploitée en conformité avec les prescriptions en matière de police des étrangers, l'honorabilité de celui-ci était néanmoins préservée, dès lors qu'il n'avait pas eu d'autres condamnations pénales (ATA/1349/2017 du 3 octobre 2017).

d. Les travaux préparatoires de 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 11282, p. 44 ; ATA/1349/2017 précité consid. 8a).

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 11282, 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 11282, 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), 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, les mesures suivantes 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).

La LRDBHD précise que sont notamment considérées comme graves les infractions aux dispositions de la LRDBHD 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).

e. Le principe de la proportionnalité, garanti par les art. 5 al. 2 et 36 al. 3 Cst., 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).

f. 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/1184/2015 du 3 novembre 2015 ; ATA/113/2013 du 26 février 2013). 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 (ATF 125 I 182 consid. 2b/cc ; 122 V 405 consid. 3b/aa).

- 5) En l'espèce, le refus d'exploiter le restaurant est fondé sur la condamnation pénale de la recourante. La décision se réfère aux art. 9 et 10 LRDBHD. Elle est adressée à la recourante à titre personnel. L'analyse de l'honorabilité portera donc sur celle de la recourante en sa qualité d'exploitante.

La condamnation pénale dont elle a fait l'objet se rapporte à un type d'infractions qui a un lien étroit avec l'activité pour laquelle l'autorisation a été sollicitée. 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. La condamnation repose en outre sur des faits commis dans l'exercice par la recourante de l'exploitation de son restaurant et faisant précisément l'objet de la demande d'autorisation d'exploiter. Elle est, par ailleurs, d'une certaine gravité en tant qu'elle porte sur une période de plus de trois ans. Elle est cependant relativisée par le fait qu'il ne s'agit que de deux employés ; aucun élément au dossier ne permet de retenir que d'autres personnes sans autorisation auraient été employées par la recourante. Il n'en demeure pas moins que la condamnation en cause est de nature à mettre en doute les capacités de la recourante à garantir que l'entreprise sera exploitée, notamment, en conformité avec les prescriptions en matière de police des étrangers.

Toutefois, selon la jurisprudence précitée, les cas où la chambre de céans avait retenu que la condition de l'honorabilité n'était plus remplie s'accompagnaient 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) le faux dans les titres (ATA/599/2014 et ATA/600/2014 précités) ou encore l'usure (ATA/957/2014 précité).

De telles circonstances font défaut en l'espèce, la recourante ne s'étant rendue coupable d'aucune autre infraction. Par ailleurs, s'il peut être tenu compte du comportement de l'intéressée avant l'entrée en vigueur de la LRDBHD, la condition de l'honorabilité de l'exploitant étant déjà une condition existant dans l'aLRDBH (art. 5 al. 1 let. d aLRDBH), le fait que l'accent soit nouvellement mis sur les conditions d'exploitation commerciale des établissements et les droits des employés doit aussi être pris en considération. L'infraction commise par la recourant se rapporte à des faits, qui se sont essentiellement déroulés sous l'aLRDBH. La recourante a fait l'objet d'une seule condamnation. Celle-ci devrait lui permettre de prendre conscience de la gravité et des conséquences de ses actes. L'intéressée a reconnu les faits et s'est séparée des employés, qui n'étaient pas au bénéfice d'une autorisation, leur offrant un « bonus ». La recourante a ainsi pris conscience de la nécessité de ce que ses employés soient titulaires d'une autorisation de travail et/ou de séjour.

Dans ces conditions et vu les circonstances particulières du cas d'espèce, compte tenu de la jurisprudence précitée, du durcissement voulu par le législateur à compter de l'entrée en vigueur de la nouvelle LRDBHD, du principe de non-rétroactivité susmentionné, 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), le PCTN 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 la recourante ne présentait pas les garanties suffisantes en matière d'honorabilité pour exploiter les établissements dont la société qu'elle dirige est propriétaire.

Le recours sera donc partiellement admis, la décision querellée annulée et la cause renvoyée à l'intimé pour analyse des autres conditions d'octroi de la délivrance de l'autorisation d'exploiter.

- 6) Vu l'issue du litige, aucun émolument ne sera perçu (art. 87 al. 1 LPA). Une indemnité de procédure de CHF 1'000.-, à la charge de l'État de Genève, sera allouée à la recourante, qui y a conclu et qui a encouru des frais pour sa défense (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 15 février 2017 par Madame A_____ contre la décision du service de police du commerce et de lutte contre le travail au noir du 31 janvier 2017 ;

au fond :

l'admet partiellement ;

annule la décision du service de police du commerce et de lutte contre le travail au noir du 31 janvier 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 1'000.- à Madame 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), la présente décision peut être portée 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. La présente décision et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

communiqua le présent arrêt à Me Michael Lavergnat, avocat de la recourante, ainsi qu'au service de police du commerce et de lutte contre le travail au noir.

Siégeant : Mme Junod, présidente, Mmes Krauskopf et Payot Zen-Ruffinen, juges.

Au nom de la chambre administrative :

le greffier-juriste :

M. Mazza

la présidente siégeant :

Ch. Junod

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :