

GE_GERICHTE ATA/81/2020 vom 28. Januar 2020

GE Cour de justice, 2020-01-28, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATA_81_2020

FR: GE_GERICHTE ATA/81/2020 du 28 janvier 2020

IT: GE_GERICHTE ATA/81/2020 del 28 gennaio 2020

Erwägungen

E. 22

LRDBHD. Il prévoit ainsi que l'exploitant est tenu de gérer l'entreprise de façon personnelle et effective, cette obligation étant réalisée aux conditions cumulatives suivantes (al. 3) : il assume la majorité des tâches administratives liées au personnel de l'établissement (engagement, gestion des salaires, des horaires, des remplacements, etc.) et à la bonne marche des affaires (commandes de marchandises, fixation des prix, composition des menus, contrôle de la caisse, inventaire, etc. ; let. a) ; il assure une présence de quinze heures hebdomadaires au moins au sein de l'établissement concerné, lesquelles doivent inclure les heures d'exploitation durant lesquelles les risques de survenance de troubles à l'ordre public sont accrus (let. b). Un exploitant peut dès lors être autorisé à exploiter trois établissements au maximum, pour autant qu'il n'exerce aucune autre activité professionnelle en parallèle. Sur demande motivée, le service peut, exceptionnellement, autoriser l'exploitation d'un quatrième établissement, à condition qu'au moins deux des établissements exploités se situent sur un site unique et que leurs horaires d'exploitation soient compatibles avec une exploitation personnelle et effective (al. 4).

d. L'ancienne LRDBH prévoyait déjà que l'autorisation d'exploiter était délivrée à condition que l'exploitant offre toute garantie, compte tenu notamment de son lieu de domicile ou de résidence et de sa disponibilité, d'une exploitation

- 10/16 - A/1416/2019 personnelle et effective de l'établissement (art. 5 al. 1 let. e aLRDBH). Selon l'art. 21 aLRDBH, l'exploitant devait gérer l'établissement de façon personnelle et effective (al. 1). En cas d'absence de l'établissement, il devait désigner un remplaçant compétent et instruit de ses devoirs, devant assumer la responsabilité de l'exploitation (al. 2). Il répondait du comportement adopté par les personnes participant à l'exploitation et à l'animation de l'établissement dans l'accomplissement de leur travail (al. 3).

L'art. 31 al. 1 aRRDBH, intitulé exploitation personnelle et effective, concrétisait ces dispositions, en prévoyant qu'un exploitant pouvait être autorisé à exploiter jusqu'à trois établissements, pour autant que, dans ce cas, il n'exerce aucune autre activité professionnelle. Sur demande motivée de l'exploitant, le service pouvait exceptionnellement l'autoriser à exploiter plus de trois établissements, s'il prouvait qu'il était en mesure d'assurer une exploitation personnelle et effective de chaque établissement. Le service, dans le cadre de sa décision, prenait notamment en compte les critères de l'unicité de l'immeuble dans lequel étaient situés les établissements ou plusieurs d'entre eux (let. a), la simplicité de la gestion des établissements (let. b), les qualifications professionnelles de l'exploitant dans le domaine de la gestion d'établissements visés par la loi (let. c).

e. Selon la jurisprudence, si l'obligation de gérer son établissement de façon personnelle et effective n'interdit pas à l'exploitant de s'absenter quelques heures par jour, voire quelques jours, par exemple pendant les périodes de vacances ou de service militaire, il n'en demeure pas moins qu'il lui est formellement interdit de servir de prête-nom (ATA/92/2016 du 2 février 2016 et les références citées).

Une présence limitée à une heure par jour et à une activité consistant à s'occuper des commandes du restaurant ne remplissent pas les critères légaux et jurisprudentiels d'une gestion personnelle et effective d'un établissement public (ATA/92/2016 précité consid. 6). 4) a. L'art. 64 LRDBHD prévoit les mesures en cas de violation de l'interdiction de prête-nom : le département prononce la suspension, pour une durée de trente-six mois, de la validité du diplôme dont le titulaire sert de prête-nom pour l'exploitation d'une entreprise (al. 1). Le département retire l'autorisation d'exploiter et ordonne la fermeture immédiate de l'entreprise, en application de l'art. 61 LRDBHD (al. 2). Le département ne peut entrer en matière sur une nouvelle demande d'autorisation de la personne ayant servi de prête-nom, du propriétaire de l'entreprise ou de toute autre personne qui a eu recours à un prête-nom pendant un délai de trente-six mois à compter du jour où la décision visée à l'al. 2 est entrée en force (al. 3).

D'autres mesures administratives peuvent s'ajouter, à l'instar notamment d'une amende administrative.

- 11/16 - A/1416/2019

Selon l'art. 65 LRDBHD intitulé « amendes administratives », en cas d'infraction à cette loi 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 LRDBHD, respectivement à la place ou en sus du prononcé de l'une des mesures prévues à l'art. 63 LRDBHD (al. 1). Si l'infraction a été commise dans la gestion d'une personne morale, d'une société en commandite, d'une société en nom collectif 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 (al. 2).

b. Il ressort des travaux préparatoires ayant mené à l'adoption de la LRDBHD que l'un des buts de la refonte était de renforcer l'interdiction de la pratique du prête-nom, laquelle, répandue mais inacceptable, devait être plus efficacement combattue au moyen de sanctions plus lourdes (exposé des motifs relatif au PL 11'282, p. 44). Une telle pratique permettait d'obtenir frauduleusement des autorités compétentes une autorisation induue, en vue de contourner l'un des piliers de la loi, à savoir le régime d'autorisation qui supposait que seule une personne formée et détentrice du diplôme prévu par la loi exploitât effectivement l'entreprise autorisée (exposé des motifs relatif au PL 11'282, p. 76). En lien avec l'interdiction de la pratique du prête-nom a été évoquée la question de l'exploitation de plusieurs établissements par une seule et même personne, et les dérives à laquelle une telle situation pouvait conduire, étant donné la difficulté de l'exercice. Entendue, la représentante du département concerné a indiqué que le nombre d'établissements exploitables n'était pas précisé dans la loi, mais dans le règlement d'exécution de celle-ci et qu'il était toutefois loisible aux députés de le fixer dans la LRDBHD (rapport de la

commission de l'économie chargée d'étudier le projet de LRDBHD, PL 11'282-1-A, p. 9 ; ATA/262/2018 du 20 mars 2018 consid. 4).

Lesdits travaux préparatoires relèvent que l'art. 9 al. 1 let. e LRDBHD prévoit l'une des mesures de lutte contre la pratique des prête-noms, qui empêche toute personne qui a eu recours à un prête-nom ou qui a servi de prête-nom, en mettant frauduleusement son diplôme à disposition d'un gérant démuné de ce titre, de requérir durant trente-six mois une autorisation d'exploiter une entreprise soumise à la LRDBHD (PL 11'282 p. 53).

Dans sa jurisprudence récente, la chambre de céans a retenu, en application de la LRDBHD, qu'une décision de révocation de l'autorisation d'exploiter en cas de violation de l'interdiction de servir de prête-nom, était conforme à la volonté du

- 12/16 - A/1416/2019 législateur de renforcer l'interdiction de cette pratique (ATA/1214/2018 du 13 novembre 2018 consid. 2d). 5)

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/1024/2016 du 6 décembre 2016 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). 6) a. Selon l'art. 60 LRDBHD, le département est l'autorité compétente pour décider des mesures et sanctions relatives à l'application de la LRDBHD. Sont réservées les dispositions spéciales de la LRDBHD qui désignent d'autres autorités, de même que les mesures et sanctions prévues par d'autres lois et règlements qui relèvent notamment des domaines visés à l'art. 1 al. 4 LRDBHD (al.1). Tout rapport établi par la police, ou par tout autre agent de la force publique habilité à constater les infractions à la LRDBHD, est transmis sans délai au département (al. 2).

L'art. 3 RRDBHD précise encore que le département de la sécurité, de l'emploi et de la santé (ci-après : DSES) est chargé de l'application de la LRDBHD et du RRDBHD (al. 1). Il délègue cette compétence au PCTN (al. 2). Les compétences attribuées aux autorités de police et autres autorités mentionnées dans la LRDBHD et/ou dans le RRDBHD sont réservées (al. 3).

b. S'agissant du contrôle des établissements, l'art. 46 LRDBHD prévoit notamment que le PCTN procède à des contrôles réguliers (al. 1). Il s'assure que l'exploitation est dûment autorisée, que les conditions légales et réglementaires, ainsi que les conditions d'exploitation, sont respectées par les exploitants (al. 2). Les autorités de la police cantonale et les agents de police municipale ont les compétences de contrôle visées à l'art. 46 al. 2 LRDBHD (al. 5). Sur demande du PCTN, ils procèdent, en outre, à des contrôles ciblés (al. 6).

En cas de constat d'infraction, le PCTN prononce les mesures et sanctions administratives visées aux art. 61 et ss LRDBHD après avoir entendu l'administré. L'art. 43 LPA est réservé (art. 60 RRDBHD).

c. Selon l'art. 19 LPA, l'autorité établit les faits d'office. Elle n'est pas limitée par les allégués et les offres de preuve des parties. Elle réunit les renseignements et procède aux enquêtes nécessaires pour fonder sa décision (art. 20 al. 1 LPA ; ATA/263/2016 du 22 mars

2016 consid. 7).

- 13/16 - A/1416/2019 7)

En l'espèce, le recourant soutient être le véritable exploitant du « C _____ », et reproche à la décision attaquée d'avoir méconnu les faits qui l'établissent. a. Le recourant est locataire de deux espaces, pour lesquels il explique payer un loyer unique, ainsi que, à tempérament, le prix du rachat du fonds de commerce au précédent propriétaire. b. Les deux espaces sont séparés et possèdent des accès distincts, même s'il est possible de passer de l'un à l'autre – Mme B _____ a indiqué que le recourant avait la clé pour entrer au « C _____ ». c. Les deux espaces possèdent des superficies et des aménagements différents, ils sont exploités selon des horaires différents (04h00-15h00 vs. 17h00-02h00) et pour des activités différentes (restaurant vs. bar à champagne). d. Le recourant a demandé et obtenu des autorisations distinctes pour chacun des deux espaces, à son nom et compte tenu du fait qu'il possédait le diplôme de cafetier-restaurateur. e. Il n'est pas contesté que le recourant a remis à Mme B _____ le « C _____ » en gérance. f. Juridiquement, la gérance implique la responsabilité de l'exploitation. Le recourant a lui-même admis lorsqu'il a été interrogé pour la première fois qu'il avait remis en gérance car il était dans l'incapacité d'exploiter lui-même. Mme B _____ a pour sa part inscrit une raison individuelle ayant pour objet l'exploitation du « C _____ ». Le recourant se dit employé de Mme B _____, pour un salaire de CHF 1'500.- par mois, or le statut de travailleur comporte un lien de subordination à l'employeur, et dans le cas d'espèce où l'employeur est constamment présent celui-ci ne peut apparaître que comme dirigeant effectivement l'entreprise. Enfin, le recourant et Mme B _____ étaient en pourparlers pour la reprise du « C _____ » par cette dernière, et Mme B _____ préparait le certificat de cafetier-restaurateur. g. Économiquement, Mme B _____ paye les charges d'exploitation, consistant en le loyer, le salaire du recourant ainsi que les achats de boissons (avec sa carte Maestro). Le revenu de Mme B _____ correspond au bénéfice d'exploitation, et d'éventuelles pertes sont prises en charge par Mme B _____. Le fait que le recourant prévienne de payer le loyer à la bailleuse en cas de défaut de Mme B _____ s'explique probablement par le fait qu'il apparaît comme locataire des deux espaces et débiteur unique face à celle-ci et doit éviter la résiliation du bail — rien n'indiquant par ailleurs que la charge ne serait pas dans cette hypothèse également supportée in fine par Mme B _____. L'hypothèse d'un défaut de Mme B _____ sur le paiement des boissons apparaît quant à lui très

- 14/16 - A/1416/2019 improbable vu l'utilisation de sa propre carte de débit pour des achats au comptant. Il est ainsi établi que Mme B _____ assume le risque économique de l'entreprise. h. Les plans montrent que le « C _____ » dispose d'un espace restreint agencé en bar avec quelques tabourets et une table basse. Seule Mme B _____ y travaille, et le recourant indique que s'agissant d'un bar à champagne les clients se tournent vers une femme exclusivement. i. Les éléments concourent ainsi pour établir que le « C _____ » est bien depuis le début l'entreprise de Mme B _____ exclusivement, ce qui explique sans doute pourquoi c'est elle qui choisit les boissons proposées à ses clients, si ce n'est également la décoration. j. Le fait qu'aucune demande de réattribution de l'autorisation à Mme B _____ d'exploiter le « C _____ » n'ait été formée jusqu'ici pourrait s'expliquer par des difficultés de trésorerie de celle-ci pour racheter au comptant le fonds de commerce, par le fait qu'elle ne dispose pas (encore) du diplôme, ou encore par les réticences du recourant tenant au bail unique, voire au revenu de CHF 2'500.- que lui procure actuellement la remise de la gérance du bar – lequel finance les mensualités du rachat du

pas-de-porte et pourrait par ailleurs correspondre pour Mme B_____ au paiement à tempérament de l'acquisition de la propriété du « C_____ ». k. Certes, tant le recourant que Mme B_____ ont déclaré que le recourant était présent au moins quinze heures par semaine au bar. Ce fait, fût-il avéré, ne suffirait pas à lui seul, face aux éléments contraires pris en compte aux paragraphes précédents, à établir que le recourant, et non Mme B_____, était le véritable exploitant du « C_____ ». l. Ainsi, c'est à bon droit que la décision attaquée retient que c'était Mme B_____ et non le recourant qui jouissait des locaux et installations du « C_____ » et en assumait l'entière responsabilité, et partant l'exploitation, et que le recourant a accepté d'apparaître comme prête-nom en faveur de celle-ci. 8.

Le recourant se plaint de la durée de la suspension de la validité de son diplôme.

a. Le principe de la proportionnalité se compose des règles d'aptitude – qui exige que le moyen choisi soit propre à atteindre le but fixé –, de nécessité – qui impose qu'entre plusieurs moyens adaptés, on choisisse celui qui porte l'atteinte la moins grave aux intérêts privés – et de proportionnalité au sens étroit – qui met en balance les effets de la mesure choisie sur la situation de l'administré et le résultat escompté du point de vue de l'intérêt public (ATF 125 I 474 consid. 3 p. 482 ; Arrêt du Tribunal fédéral 1P. 269/2001 du 7 juin 2001 consid. 2c).

- 15/16 - A/1416/2019

b. Cela étant, lorsqu'elle ne dispose d'aucun pouvoir d'appréciation, l'administration doit respecter les injonctions du législateur et la violation du principe de proportionnalité ne peut être invoquée (JAAC 2005/69 n° 15, CRC ; ATF 136 II 405, 413 ; TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2e édition, n° 558).

c. En l'espèce la durée de la suspension est prévue par l'article 64 al. 1 LRDBHD, qui, sous la note marginale « Mesures en cas de violation de l'interdiction de prête-nom », dispose que « le département prononce la suspension, pour une durée de trente-six mois, de la validité du diplôme dont le titulaire sert de prête-nom pour l'exploitation d'une entreprise ».

La quotité de la durée de la suspension est ainsi arrêtée par la loi, l'autorité ne dispose d'aucune marge de manœuvre et le principe de proportionnalité ne peut être invoqué.

d. Cela étant, si la durée de la suspension peut paraître sévère, celle-ci sanctionne l'infraction de prête-nom, que la loi considère comme la plus grave, et elle n'empêche pas par ailleurs le recourant d'exercer sous d'autres fonctions ses compétences professionnelles dans le secteur de la restauration. 9.

En tous points mal fondé, le recours sera rejeté. 10.

Un émolument de procédure de CHF 1'000.- sera mis à la charge du recourant, et aucune indemnité de procédure ne sera allouée vu l'issue du recours.

* * * * *

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.