

## **GE\_GERICHTE ATA/82/2020 vom 28. Januar 2020**

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

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATA\\_82\\_2020](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATA_82_2020)

FR: GE\_GERICHTE ATA/82/2020 du 28 janvier 2020

IT: GE\_GERICHTE ATA/82/2020 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

- 10/18 - A/1417/2019 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 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 de 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

- 11/18 - A/1417/2019 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.

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,

- 12/18 - A/1417/2019 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 ceans 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 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).

- 13/18 - A/1417/2019

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). 7)

En l'espèce, la recourante se plaint que la seconde inspection n'a pas porté sur le prête-nom, de sorte que les éléments manqueraient pour établir une infraction de ce type.

L'autorité intimée a expliqué s'être fondée sur les éléments recueillis par ses agents lors de deux inspections, et en particulier sur les déclarations des parties.

Ces éléments apparaissent amplement suffisants pour fonder une décision, comme on verra plus loin. 8)

La recourante soutient que M. B\_\_\_\_\_ est le véritable exploitant du « C\_\_\_\_\_ », et reproche à la décision attaquée d'avoir méconnu les faits qui l'établissent. a. M. B\_\_\_\_\_ 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 – la recourante 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. M. B\_\_\_\_\_ 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 M. B\_\_\_\_\_ a remis à la recourante le « C\_\_\_\_\_ » en gérance. f. Juridiquement, la gérance implique la responsabilité de l'exploitation. M. B\_\_\_\_\_ 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. La recourante a pour sa part inscrit une raison individuelle ayant pour objet l'exploitation du « C\_\_\_\_\_ ». M. B\_\_\_\_\_ se dit employé de la recourante, 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

- 14/18 - A/1417/2019 effectivement l'entreprise. La recourante affirme en outre qu'elle engagerait elle-même un (autre) employé. C'est également la recourante qui décide seule de la décoration du bar – les problèmes conséquents impliquant la régie étant pris en charge par M. B\_\_\_\_\_, ce qui semble logique vu son statut de locataire. Enfin, M. B\_\_\_\_\_ et la recourante étaient en pourparlers pour la reprise du « C\_\_\_\_\_ » par cette dernière, et la recourante préparait le certificat de cafetier-restaurateur. g. Économiquement, la recourante paye les charges d'exploitation, consistant en le loyer, le salaire du recourant ainsi que les achats de boissons (avec sa carte Maestro) et les frais de décoration. Le revenu de la recourante correspond au bénéfice d'exploitation, et d'éventuelles pertes sont prises en charge par la recourante. Le fait que M. B\_\_\_\_\_ prévoie de payer le loyer à la bailleuse en cas de défaut de la recourante s'explique 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 (M. B\_\_\_\_\_ évoque un « risque énorme ») – rien n'indiquant par ailleurs que la charge ne serait pas dans cette hypothèse également supportée in fine par la recourante. L'hypothèse d'un défaut de la recourante sur le paiement des boissons apparaît quant à lui très improbable vu l'utilisation de sa propre carte de débit pour des achats au comptant. La recourante et M. B\_\_\_\_\_ reconnaissent que les achats du restaurant et du bar sont séparés. Le paiement des impôts par M. B\_\_\_\_\_ a été évoqué mais pas allégué explicitement ni documenté. Il est

ainsi établi que Mme A\_\_\_\_\_ 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 la recourante y travaille, et le recourant indique que s'agissant d'un bar à champagne les clients se tournent vers une femme exclusivement. La recourante choisit par ailleurs elle-même les boissons proposées à ses clients. M. B\_\_\_\_\_ a indiqué des horaires d'ouverture de 17h00 à 02h00 avec des dérogations, alors que la recourante a indiqué des horaires de 18h00 à 02h00. Cette divergence pourrait suggérer que c'est la recourante qui maîtrise un élément central de l'exploitation du bar, soit l'horaire. i. Les éléments concourent ainsi pour établir que le « C\_\_\_\_\_ » est bien depuis le début l'entreprise de Mme A\_\_\_\_\_ exclusivement. j. Le fait qu'aucune demande de réattribution de l'autorisation à Mme A\_\_\_\_\_ 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 toujours pas du diplôme, ou encore par les réticences de M. B\_\_\_\_\_ 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 A\_\_\_\_\_ au paiement à tempérament de l'acquisition de la

- 15/18 - A/1417/2019 propriété du « C\_\_\_\_\_ », ce qui expliquerait aussi que M. B\_\_\_\_\_ ait contredit la recourante et affirmé qu'il n'entendait pas lui céder son exploitation. k. Certes, tant la recourante que M. B\_\_\_\_\_ ont déclaré que ce dernier 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 M. B\_\_\_\_\_, et non la recourante, était le véritable exploitant du « C\_\_\_\_\_ ». l. Ainsi, c'est à bon droit que la décision attaquée retient que c'était la recourante et non M. B\_\_\_\_\_ qui jouissait des locaux et installations du « C\_\_\_\_\_ », en assumait l'entière responsabilité et avait partant le statut d'exploitante, et que M. B\_\_\_\_\_ a accepté d'apparaître comme prête-nom en faveur de celle-ci. 9)

La recourante se plaint du caractère exagérément sévère de la sanction.

a. L'article 65 al. 1 LRDBHD dispose qu'en cas d'infraction à la 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, respectivement à la place ou en sus du prononcé de l'une des mesures prévues à l'art. 63.

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/1599/2019 du 29 octobre 2019 consid. 12b ; ATA/1411/2017 du 17 octobre 2017 consid. 6b et les références citées).

En vertu de l'art. 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. On doit cependant réserver celles qui concernent exclusivement le juge pénal (ATA/319/2017 du 21 mars 2017 consid. 3d et les références citées).

Il est ainsi nécessaire que le contrevenant ait commis une faute, fût-ce sous la forme d'une simple négligence. Selon la jurisprudence constante, l'administration doit faire preuve de sévérité afin d'assurer le respect de la loi et jouit d'un large pouvoir d'appréciation pour infliger une amende. La juridiction de céans ne la censure qu'en cas d'excès ou d'abus. Enfin, l'amende doit respecter le principe de la proportionnalité (art. 36 al. 3 Cst. ; ATA/1249/2019 du 13 août 2019 consid. 5c et les références citées).

- 16/18 - A/1417/2019

L'autorité qui prononce une mesure 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), soit tenir compte de la culpabilité de l'auteur et prendre en considération, notamment, les antécédents et la situation personnelle de ce dernier (art. 47 al. 1 CP). La culpabilité est 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 de sa situation personnelle et des circonstances extérieures (art. 47 al. 2 CP ; ATA/319/2017 précité consid. 3d et les références citées).

c. Dans le cas présent, il résulte des considérations qui précèdent que les manquements reprochés à la recourante sont effectivement réalisés et constituent des fautes passibles d'une amende administrative. Celle-ci est donc fondée dans son principe.

Le département n'a pas abusé de son pouvoir d'appréciation en infligeant à la recourante une amende à hauteur de CHF 1'500.-, sachant que le plafond s'élève à CHF 60'000.-. L'amende apparaît justifiée dans sa quotité, compte tenu du fait que le recours à un prête-nom reproché à la recourante est l'infraction considérée par la loi comme la plus grave.

d. Le fait que le prononcé de l'amende constitue par la suite un obstacle temporaire à la délivrance d'une autorisation ne constitue pas en soi une sanction, et n'a pas à être examiné sous l'angle de la proportionnalité.

Il est observé que ni la liberté ni la capacité économique de la recourante ne sont atteintes de manière disproportionnée, celle-ci conservant la possibilité de faire valoir ses compétences professionnelles dans l'économie de la restauration et du débit de boisson sous une autre position. 9.

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

Un émolument de procédure de CHF 1'000.- sera mis à la charge de la recourante, et aucune indemnité de procédure ne sera allouée vu l'issue du recours (art. 87 LPA).

\* \* \* \* \*

- 17/18 - A/1417/2019

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