

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1815/2011-EXPLOI

ATA/291/2012

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 8 mai 2012

1^{ère} section

dans la cause

Madame E_____

représentée par Me Daniel Meyer, avocat

contre

SERVICE DU COMMERCE

EN FAIT

1. Madame E_____ exploite un kiosque de tabac, journaux et épicerie à l'adresse rue G_____ aux Acacias. L'immeuble en question, propriété de la Ville de Genève, est géré par la gérance immobilière municipale de la Ville de Genève (ci-après : la GIM).

2. Le 29 juin 2009, le service du commerce (ci-après: le SCom) a autorisé l'intéressée à vendre dans son magasin des boissons fermentées et distillées à l'emporter, à l'exclusion de tout débit sur le comptoir. La GIM avait autorisé cette activité dans les locaux concernés le 26 juillet 2007.

La vente de boissons alcooliques restait interdite de 21h à 7h.

Les 12 octobre et 22 novembre 2010, la gendarmerie a transmis deux rapports au SCom. A deux reprises, des boissons alcooliques avaient été vendues dans le kiosque au-delà des heures autorisées par les dispositions légales en vigueur.

Le 25 novembre 2010, sur la base de ces constats, le SCom a ordonné la fermeture immédiate de l'établissement pour une durée de quatre jours.

Cette décision n'a pas été contestée.

3. Le 14 janvier 2011, une patrouille de gendarmerie a constaté que des boissons alcooliques avaient été vendues dans le kiosque à 23h45.

4. Par décision du 4 février 2011, le SCom a ordonné la fermeture de l'établissement de Mme E_____ pour une durée de trente jours. Non contestée, cette décision est devenue définitive et a été exécutée.

5. Le 11 avril 2011, un appointé de gendarmerie a informé la GIM par courriel que le kiosque de l'administrée avait fait l'objet de quatre interventions de police les 9 octobre, 19 et 24 novembre 2010, ainsi que le 14 janvier 2011.

L'établissement, dans lequel de l'alcool avait été vendu à trois reprises sans droit, avait été sanctionné par des décisions de fermeture de quatre jours en novembre 2010 et d'un mois en février 2011.

6. Par courriers du 14 avril 2011 adressés à Mme E_____ et au SCom, la GIM a retiré l'autorisation de vente de boissons alcooliques dans les locaux concernés.

7. Il ressort de la procédure que la GIM, le SCom et l'administrée se sont rencontrés le 23 mai 2011.

Les représentants de la GIM n'étaient pas opposés à chercher une conciliation afin que Mme E_____ puisse à nouveau vendre des boissons alcooliques à l'emporter.

8. Par décision du 23 mai 2011 déclarée exécutoire nonobstant recours remise en mains propres à Mme E_____, le SCom a décidé de « rendre caduque » l'autorisation délivrée à l'administrée le 29 juin 2009.

Malgré les nombreuses interventions de la police, Mme E_____ ne respectait pas la législation concernant la vente à l'emporter de boissons alcooliques.

Elle ne remplissait, par ailleurs, plus les deux conditions essentielles à l'octroi de autorisation de vente de boissons alcooliques à l'emporter, d'une part du fait de ses antécédents et, d'autre part, car elle ne disposait plus de l'autorisation du propriétaire de locaux autorisés.

9. Le 24 mai 2011, Mme E_____ a porté plainte pénale contre l'appointé de gendarmerie concerné.

Ce dernier avait eu recours à des procédés discutables et l'avait harcelée en procédant à une vingtaine de contrôles dans son commerce. Il avait outrepassé ses compétences en procédant à des contrôles de la date de péremption de certaines marchandises.

Il avait violé son secret de fonction en écrivant le 11 avril 2011 à GIM afin qu'elle révoque l'autorisation pour la plaignante de vendre des boissons alcoolisées.

10. Par courrier du 25 mai 2011, l'administrée a remercié la GIM d'avoir organisé la réunion du 23 mai 2011 et d'avoir été disposée à lui accorder une dernière chance en délivrant un préavis favorable afin qu'elle puisse à nouveau vendre des boissons alcooliques à l'emporter.

Elle souhaitait également obtenir copie du courriel adressé par l'appointé de gendarmerie à la GIM le 11 avril 2011.

11. Le 27 mai 2011, la GIM lui a répondu que la décision du SCom de rendre caduque l'autorisation du 29 juin 2009 interdisait toute perspective de conciliation.

Elle transmettait en annexe le courrier électronique concerné.

12. Le 10 juin 2011, Mme E_____ a interjeté recours contre la décision du SCom à la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative), concluant préalablement à la restitution de l'effet suspensif et

principalement à l'annulation de la décision et à ce qu'une indemnité de procédure lui soit accordée.

Le SCom avait violé la loi, le principe *ne bis in idem* et le principe de proportionnalité.

Les décisions du SCom des 4 février 2011 et 23 mai 2011 reposaient sur les mêmes faits, à savoir la vente de boissons alcooliques après 21h00 le 14 janvier 2011.

Les conditions d'octroi d'autorisation de vente de boissons alcooliques n'étaient plus remplies par la faute de l'appointé de gendarmerie, qui avait incité la GIM à rendre caduque l'autorisation de vendre de boissons alcooliques dans les locaux concernés.

Les antécédents de Mme E_____ ne justifiaient pas la révocation de l'autorisation au regard du principe de la proportionnalité.

13. Le 8 juillet 2011, la chambre administrative a rejeté la demande de restitution d'effet suspensif (ATA/441/2011).

14. Le 14 juillet 2011, le SCom a conclu au rejet du recours.

La caducité de l'autorisation était constatée, Mme E_____ ne disposant plus de l'autorisation de son bailleur pour vendre des boissons alcooliques. Elle n'offrait plus, au vu de ses antécédents, la garantie que l'établissement soit exploité conformément aux dispositions légales.

15. Le 31 août 2011, Mme E_____ a répliqué.

La constatation de la caducité de l'autorisation délivrée ne constituait pas une sanction ou une mesure administrative.

Elle avait été sanctionnée deux fois pour les mêmes faits. En conséquence, le SCom avait violé le principe de *ne bis in idem*.

La restriction de son droit constitutionnel à la liberté économique n'était pas proportionnée.

Par application par analogie d'une jurisprudence du Tribunal fédéral relative à la loi sur la prostitution, l'accord du propriétaire ne constituait pas une condition nécessaire à l'obtention de l'autorisation de vendre à l'emporter des boissons alcooliques.

Au surplus, l'intéressée demandait l'audition de témoins.

16. Le 12 octobre 2011, le SCom a dupliqué, persistant dans ses arguments.

Il n'était pas possible d'appliquer une jurisprudence relevant du domaine de la prostitution à celui des établissements vendant des boissons alcooliques, ces domaines étant trop dissemblables.

Il ne lui appartenait pas de trancher un litige entre la recourante et la GIM. Mme E_____ devait saisir le Tribunal des baux et loyers en cas de contestation.

17. Le 5 décembre 2011, la recourante a informé la chambre administrative qu'elle ne sollicitait aucun autre acte d'instruction et qu'elle prenait note 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 - 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. a. L'art. 6 de la loi sur la vente à l'emporter des boissons alcooliques du 22 janvier 2004 (LVEBA - I 2 24) prévoit que l'autorisation de vendre des boissons alcooliques à l'emporter est délivrée à condition que le requérant :
 - a) soit de nationalité suisse, ou au bénéfice d'un permis d'établissement, ou visé par l'accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse, d'une part, et la communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, sur la libre-circulation des personnes, ou par l'accord du 21 juin 2001 amendant la Convention du 4 janvier 1960 instituant l'association européenne de libre-échange ;
 - b) ait l'exercice des droits civils ;
 - c) offre, par ses antécédents et son comportement, toute garantie que l'établissement soit exploité conformément aux dispositions de la loi et aux prescriptions en matière de police des étrangers, de sécurité sociale et de droit du travail ;
 - d) dispose des locaux nécessaires.

Les locaux ne doivent pas être susceptibles de troubler concrètement l'ordre public, en particulier la tranquillité publique, du fait de leur construction, de leur aménagement et de leur implantation manifestement inappropriées et doivent avoir reçu un préavis favorable du service de la consommation et des affaires vétérinaires (art. 7 LVEBA).

c. L'art. 9 LVEBA, intitulé « caducité », prévoit que l'autorisation notamment est caduque notamment lorsque les conditions de son octroi ne sont plus remplies (al. 1 let. b), ce que le SCom doit constater par décision (al. 2).

Le SCom a la compétence de procéder à la fermeture, avec apposition de scellés, pour une durée maximum de quatre mois, de tout commerce vendant des boissons distillées et fermentées à l'emporter dont l'exploitation perturbe ou menace gravement l'ordre public, notamment la sécurité et la tranquillité publiques, ou, en dépit d'un avertissement, en cas de violation répétée des prescriptions (art. 14 al. 2 LVEBA).

d. L'art. 2 al. 2 du règlement d'exécution de la loi sur la vente à l'emporter des boissons alcooliques du 26 janvier 2005 (RVEBA - I 2 24.01) impose à la requérante de joindre à sa demande notamment un extrait de son casier judiciaire (let. b), le contrat de bail, si elle n'est elle-même propriétaire (let. c), ainsi que l'accord du propriétaire du fonds de commerce, le cas échéant (let. d).

3. En l'espèce, le SCom fonde sa décision, d'une part, sur le fait que la GIM ayant retiré son accord, Mme E_____ ne disposait plus de locaux autorisés pour la vente de boissons alcooliques.

Ce reproche est manifestement mal fondé, dès lors que ni la loi, ni son règlement d'application n'exigent une autorisation du propriétaire des locaux, mais uniquement celle du propriétaire du fonds de commerce. Or, la recourante en est la propriétaire.

La GIM – même si elle a retiré l'accord donné – n'a pas résilié le bail à loyer dont l'intéressée est titulaire, et, en conséquence, dispose des locaux nécessaires.

Au vu de ce qui précède, il n'est pas utile de déterminer si l'exigence de l'accord des propriétaires de l'immeuble et du fonds de commerce concernés respecte la garantie constitutionnelle de la liberté économique et le principe de la légalité (art. 5 et art. 27 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 - Cst. - RS 101 ; ATF 137 I 167).

4. L'autorité a également retenu que les antécédents de la recourante ne respectaient plus les exigences de l'art. 6 let c LVEBA.

a. La chambre administrative n'a pas statué à ce jour sur la notion d'antécédents dans le cadre de la LVEBA. Toutefois, l'art. 5 al. 1 let. d de la loi sur la restauration, le débit de boissons et l'hébergement du 17 décembre 1987 (LRDBH - I 2 21) a une teneur strictement identique à celle de l'art. 6 let c LVEBA, et la jurisprudence développée à son sujet est applicable *mutatis mutandi*.

Par arrêt du 6 juin 2000, la juridiction de céans a confirmé un refus d'autorisation d'exploiter à une personne qui avait été condamnée à une peine d'emprisonnement d'une durée de trois mois, avec sursis pendant trois ans, pour des actes d'ordre sexuel qui s'étaient déroulés dans le propre établissement public alors exploité par l'intéressé, et qui remontaient à 1998 (ATA/377/2000 du 6 juin 2000).

Dans un autre cas, un refus d'autorisation d'exploiter notifié à une personne qui s'était vue reprocher le développement d'un trafic de produits stupéfiants dans lequel l'intéressée avait servi d'intermédiaire a été confirmé. Ces faits ne permettaient pas de poser un pronostic favorable quant à sa capacité de diriger de manière conforme à la loi un établissement public (ATA/294/2000 du 8 mai 2001).

Dans un autre arrêt, il a été admis que l'exploitant, condamné pour deux escroqueries à une assurance sociale à la peine de quatre mois d'emprisonnement avec sursis pendant cinq ans, ne présentait plus le caractère d'honorabilité imposé par la loi (ATA/369/2001 du 29 mai 2001). La juridiction de céans a, par ailleurs, confirmé le refus de l'autorisation d'exploiter notifié à une personne ayant été condamnée à deux mois d'emprisonnement avec sursis pendant deux ans pour avoir vendu un véhicule automobile qui ne lui appartenait pas, compte tenu de l'écoulement du temps. Pour autant que l'intéressée ne commette pas de nouvelle infraction, elle devait être autorisée à exploiter un établissement public si elle déposait une nouvelle demande au début de l'année 2005, soit deux ans après sa condamnation pénale (ATA/272/2004 du 30 mars 2004).

Une requérante ayant été condamnée, deux ans avant le dépôt de sa demande, à deux mois d'emprisonnement avec sursis pendant trois ans pour abus de confiance, vol au préjudice de son employeur et d'une collègue et induction de la justice en erreur, ne présentait pas le caractère d'honorabilité exigé par la loi (ATA/733/2004 du 21 septembre 2004).

Enfin, une personne ayant été condamnée par le passé à une amende de CHF 1'000.- pour lésions corporelles simples et qui avait fait l'objet de deux plaintes à la suite de bagarre, sans que ces procédures n'aboutissent à des condamnations, répondait encore aux exigences d'honorabilité lui permettant d'obtenir l'autorisation sollicitée (ATA/205/2005 du 12 avril 2005).

5. En l'espèce, la gendarmerie a constaté à trois reprises, les 12 octobre et 22 novembre 2010, ainsi que le 14 janvier 2011, que la recourante avait vendu des boissons alcoolisées dans son commerce au-delà des heures autorisées. Ces infractions ont été sanctionnées par deux décisions de fermeture, de respectivement quatre jours et un mois, sans avoir été précédées d'un avertissement préalable.

Ces infractions ne constituent manifestement pas des antécédents suffisamment graves, au regard des principes et jurisprudences rappelés ci-dessus, pour admettre que l'intéressée ne remplit plus les conditions exigées par l'art. 6 let. c LVEBA.

6. Au vu de ce qui précède, le recours sera admis et la décision litigieuse annulée.

Aucun émolument ne sera perçu. Une indemnité de procédure de CHF 1'500.-, à la charge de l'Etat de Genève, sera allouée à Madame E_____ (art. 87 al. 2 LPA et 6 RFPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 10 juin 2011 par Madame E_____ contre la décision du 23 mai 2011 du service du commerce ;

au fond :

l'admet

annule la décision prononcée le 23 mai 2011 par le service du commerce ;

dit qu'il n'est pas perçu d'émolument ;

alloue une indemnité de procédure de CHF 1'500.- à Madame E_____, à la charge de l'Etat 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 Daniel Meyer, avocat de la recourante, ainsi qu'au service du commerce.

Siégeants : M. Thélin, président, Mme Hurni, M. Verniory, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière de juridiction :

M. Tonossi

le président siégeant :

Ph. Thélin

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :