

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2688/2013-EXPLOI

ATA/134/2014

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 4 mars 2014

2^{ème} section

dans la cause

Monsieur W_____

représenté par Me Christian van Gessel, avocat

contre

SERVICE DU COMMERCE

EN FAIT

- 1) a. Par décision du 8 juillet 2013, le service du commerce (ci-après : Scom) a autorisé Genève Tourisme et Congrès à organiser les pré-fêtes ainsi que les fêtes de Genève du 18 juillet au 11 août 2013, précisant les lieux, dates et heures autorisés. Les horaires d'exploitation ont été publiés dans la Feuille d'avis officielle de la République et canton de Genève (ci-après : FAO) du 9 juillet 2013.
b. Les dimanche 4 août et lundi 5 août 2013, l'horaire autorisé pour tous les stands s'étendait de 12h00 à 00h30, l'éventuelle sonorisation devant être arrêtée à 24h00.
- 2) Durant les pré-fêtes et les fêtes de Genève de l'été 2013, Monsieur W_____ a exploité le stand n° _____ à l enseigne « P_____ » sur le Quai Wilson, offrant diverses restaurations chaudes.
- 3) Selon le rapport de dénonciation à la loi sur la restauration, le débit de boissons et l'hébergement du 17 décembre 1987 (LRDBH - I 2 21) établi le 7 août 2013 par le poste de gendarmerie des Pâquis et adressé au Scom, les services de police sont intervenus, la nuit du dimanche 4 au lundi 5 août 2013 à 00h35, sur le stand de M. W_____, en raison de sa « fermeture tardive », l'heure de fermeture autorisée ayant été dépassée de 5 minutes. Le stand précité servant encore des repas chauds à 00h35, les agents de police ont prié M. W_____ de « cesser toute activité ».

Dans sa déclaration du 7 août 2013 à la police, M. W_____ a indiqué qu'il reconnaissait l'infraction reprochée, précisant que les commerces étaient fermés, qu'il avait « encore juste servi deux croûtes au fromage à 00h35 ». Les lumières du stand étaient éteintes et le store principal déjà fermé.

M. W_____ avait été informé de l'établissement du rapport de police.
- 4) Par décision du 8 août 2013, remise à M. W_____ le jour-même sur son stand, le Scom a infligé à l'intéressé une amende administrative de CHF 600.- en raison d'une infraction à la LRDBH.

Lors du contrôle de police, le stand de M. W_____ était encore ouvert et servait des repas chauds à 00h35, à savoir 5 minutes au-delà de l'horaire autorisé. L'intéressé n'avait pas contesté les faits.
- 5) Par acte posté le 20 août 2013, M. W_____ a recouru auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre la décision précitée, concluant principalement à son annulation et à l'allocation d'une indemnité en sa faveur. Subsidiairement, il a conclu à la réduction de l'amende administrative à CHF 100.- et à l'allocation d'une indemnité en sa faveur.

Il appartenait à une famille de forains genevois. Son établissement ambulante était présent aux fêtes de Genève depuis 28 ans et n'avait jamais fait l'objet d'une amende administrative, que ce soit pour le respect de l'hygiène ou celui des horaires.

Le mardi 6 (*recte* : lundi 5) août 2013 à 00h25, des touristes s'étaient présentés à son stand pour commander deux croûtes au fromage, celles-ci ayant été immédiatement encaissées et mises au four. A 00h30, le stand avait été fermé et les lumières éteintes, signifiant ainsi à la clientèle qu'il n'offrait plus de service de restauration. Les croûtes au fromage avaient été sorties du four à 00h33. Les gendarmes étaient intervenus pendant la fin de la cuisson. Il leur avait expliqué qu'il ne pouvait pas refuser une commande intervenue à 00h25 sous prétexte que le stand allait fermer 5 minutes plus tard ou refuser de livrer la commande au motif qu'elle n'était pas encore cuite à 00h30. Il avait enregistré et exécuté la commande avant l'heure de fermeture. Il ne contestait pas avoir servi des croûtes au fromage après 00h30. Les clients auxquels elles étaient destinées devaient les consommer sur la voie publique, tout comme ils l'auraient fait si elles leur avaient été remises à 00h29. Il avait agi dans le but de satisfaire les clients et non pas de s'enrichir en acceptant de violer la loi. L'amende de CHF 600.- était « sans commune mesure » avec la faute prétendument commise et était disproportionnée en comparaison du prix d'une croûte au fromage s'élevant à CHF 8.- pièce.

- 6) Le 18 septembre 2013, le Scm a conclu au rejet du recours et à la confirmation de sa décision du 8 août 2013, les frais et émoluments devant être mis à la charge de M. W_____.

L'heure de fermeture des stands avait été systématiquement fixée 30 minutes après celle de l'arrêt de la musique dans le but de permettre aux clients présents de terminer leurs consommations aux abords des stands et de libérer la voie publique avant 00h30. M. W_____ ne pouvait pas ignorer qu'en prenant des commandes quelques minutes à peine avant l'heure de fermeture, il ne pourrait pas assurer la fermeture de son stand à l'heure dite. Le dépassement de l'horaire était dû à un manque d'organisation de sa part et était intentionnel, puisqu'il aurait pu refuser les commandes. L'intéressé ne faisait pas état de circonstances exceptionnelles l'ayant empêché de respecter l'horaire d'exploitation.

Le prononcé de l'amende – visant à dissuader M. W_____ de réitérer l'infraction commise et à assurer le respect de la tranquillité publique – était justifié et le montant respectait le principe de la proportionnalité. Le recourant ne se prévalait pas de difficultés financières l'empêchant de s'acquitter de ce montant.

- 7) Le 1^{er} octobre 2013, M. W_____ a persisté dans les conclusions de son recours. Il avait respecté l'esprit de la loi et n'avait commis aucune infraction. Le fait de considérer le contraire relevait d'un « esprit de chicane indigne d'une ville internationale comme Genève ».

- 8) Le 3 octobre 2013, le juge délégué a informé les parties que la cause était gardée à juger.

EN DROIT

- 1) Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable de ce point de vue (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) Destinataire de la décision litigieuse et exploitant du stand n° _____ à l'enseigne « P_____ » durant les fêtes de Genève 2013, M. W_____ a la qualité pour recourir (art. 60 al. 1 let. a et b LPA). Le recours est donc recevable.
- 3) Le recours porte sur l'amende de CHF 600.- prononcée par le Scm – au motif que le recourant a enfreint la LRDBH – et contestée par l'intéressé.
- 4) a. L'exploitation à titre onéreux d'établissements voués à la restauration et au débit de boissons à consommer sur place est soumise à la LRDBH (art. 1 let. a LRDBH) et au 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).
- b. La LRDBH a pour but d'assurer qu'aucun établissement qui lui est soumis ne soit susceptible de troubler l'ordre public, en particulier la tranquillité, la santé et la moralité publiques, du fait de son propriétaire ou de son exploitant, ainsi qu'en raison de sa construction, de son aménagement, de son implantation (art. 2 al. 1 LRDBH).
- c. Font notamment partie des établissements visés les buvettes temporaires, soit les débits de boissons exploités occasionnellement, accessoires à des installations destinées aux loisirs, au divertissement, aux activités culturelles, au sport ou à des fins analogues ; il peut y être assuré un service de petite restauration (art. 16 al. 1 let. I et 17 al. 1 let. I LRDBH).
- d. Le stand exploité par le recourant durant les fêtes de Genève de l'été 2013 entre dans la catégorie précitée.
- 5) a. Les buvettes temporaires sont soumises à un horaire fixé de cas en cas par le département en fonction de l'horaire d'exploitation des installations auxquelles elles sont accessoires (art. 18 let. I LRDBH).
- b. L'exploitant est tenu de respecter les heures de fermeture propres à la catégorie à laquelle appartient son établissement (art. 23 al. 1 LRDBH).
- 6) L'exploitant et le personnel des buvettes temporaires ont en principe l'obligation de servir toute personne disposée à payer les mets ou boissons qu'elle commande et ayant une présentation et un comportement appropriés à la catégorie et au style de l'établissement (art. 28 al. 1 LRDBH). L'exploitant est libre de limiter le service de mets à certaines heures du temps d'exploitation de son

établissement (art. 28 al. 2 LRDBH). Toute personne répondant aux conditions de l'art. 28 LRDBH doit non seulement pouvoir entrer librement et sans condition dans ces établissements, mais encore y être servie (art. 26 al. 2 RRDBH).

- 7) En l'espèce, le stand exploité par le recourant pendant les fêtes de Genève est soumis à la LRDBH.

Selon le rapport établi le 7 août 2013, les services de police sont intervenus, la nuit du dimanche 4 au lundi 5 août 2013 à 00h35, sur le stand de M. W_____, en raison de sa « fermeture tardive », l'heure de fermeture autorisée ayant été dépassée de 5 minutes. Le stand précité servant encore des repas chauds à 00h35, les agents de police ont prié M. W_____ de « cesser toute activité ».

Dans sa déclaration du 7 août 2013 à la police, M. W_____ a indiqué qu'il reconnaissait l'infraction reprochée, précisant que les commerces étaient fermés, qu'il avait « encore juste servi deux croûtes au fromage à 00h35 ». Les lumières du stand étaient éteintes et le store principal déjà fermé.

Il ressort de la FAO du 9 juillet 2013 que l'horaire autorisé pour tous les stands s'étendait de 12h00 à 00h30 les dimanche 4 août et lundi 5 août 2013, l'éventuelle sonorisation devant être arrêtée à 24h00.

Le recourant a admis dans son recours qu'il avait servi des croûtes au fromage après 00h30, mais il a précisé qu'il ne pouvait pas refuser une commande intervenue à 00h25 sous prétexte que le stand allait fermer 5 minutes plus tard ou refuser de livrer la commande au motif qu'elle n'était pas encore cuite à 00h30.

Même s'il a l'obligation de servir toute personne qui se présente à son stand, le recourant ne peut pas ignorer que la cuisson des croûtes au fromage qu'il vend nécessite un certain temps, celui-ci étant prévisible et connu de lui. En prenant une commande quelques minutes à peine avant la fermeture du stand, le recourant devait s'attendre à dépasser l'horaire autorisé, de sorte qu'il a objectivement contrevenu à la LRDBH.

Il découle de ce qui précède que l'exploitant a failli à ses obligations et que la violation à la LRDBH constatée par la police et reprochée à l'intéressé par le Scm est avérée.

- 8) a. Est passible d'une amende administrative allant de CHF 100.- à CHF 60'000.- tout contrevenant à la 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/74/2013 du 6 février 2013 et les arrêts cités ; P. MOOR, Droit administratif : les actes administratifs et leur contrôle, vol. 2, Berne 2002, ch. 1.4.5.5, p. 139 ss).

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, sous réserve de celles qui concernent exclusivement le juge pénal (comme notamment les art. 34 ss, 42 ss, 56 ss, 74 ss, 106 al. 2 et 3 et 107 CP ; ATA/61/2014 du 4 février 2014 ; ATA/71/2012 du 31 janvier 2012 ; P. MOOR, *op. cit.*, p. 141).

Il est ainsi nécessaire que le contrevenant ait commis une faute, fût-ce sous la forme d'une simple négligence (U. HÄFELIN/G. MÜLLER/F. UHLMANN, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 6^{ème} éd., Zürich-Bâle-Genève 2006, p. 252, n. 1179). 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 (ATA/74/2013 du 6 février 2013 et les arrêts cités). La juridiction de céans ne la censure qu'en cas d'excès ou d'abus (ATA/160/2009 du 31 mars 2009). Enfin, l'amende doit respecter le principe de la proportionnalité (art. 36 al. 3 Cst. ; ATA/61/2014 du 4 février 2014 ; ATA/74/2013 du 6 février 2013 et les arrêts cités).

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/74/2013 du 6 février 2013).

c. En l'espèce, le Scom a infligé au recourant une amende d'un montant de CHF 600.-, contestée par l'intéressé. Ce dernier indique qu'il n'a pas d'antécédents et que le montant de l'amende est « sans commune mesure » avec la faute prétendument commise et disproportionné en comparaison du prix d'une croûte au fromage s'élevant à CHF 8.- pièce.

Ces éléments n'ont pas fait l'objet d'investigations de la part du Scom avant qu'il ne prenne sa décision. Celle-ci a été rendue le lendemain de l'établissement du rapport de police sur lequel elle se fonde. Le Scom n'a pas invité le recourant à se déterminer sur ce qui lui était reproché et n'a pas non plus procédé à l'audition de l'intéressé, portant en particulier sur sa situation financière.

Si les faits relatifs à l'infraction elle-même sont établis, c'est uniquement grâce au rapport de police et aux indications du recourant quant au déroulement de ceux-ci. L'autorité administrative n'a pas procédé à l'établissement de tous les éléments nécessaires et pertinents pour forger sa détermination, alors qu'il lui incombait de le faire (art. 19 et 20 LPA ; ATA/791/2013 du 3 décembre 2013 ;

ATA/71/2012 du 31 janvier 2012). En n'impardissant pas de délai au recourant pour que celui-ci puisse se déterminer, le Scm n'a pas respecté le droit d'être entendu de l'intéressé. Le dossier ne révèle pas que le Scm se serait heurté à une difficulté particulière à cet égard, ni ne fournit d'explications quant à la précipitation dans laquelle il a agi.

Au vu de l'ensemble des circonstances et par économie de procédure (ATA/791/2013 du 3 décembre 2013 consid. 5d) dès lors que les faits sont reconnus, la chambre administrative confirmera l'amende dans son principe et, au regard du principe de proportionnalité (ATA/74/2013 du 6 février 2013 consid. 6c), en réduira le montant à CHF 100.-, minimum prévu par la loi, en retenant comme élément d'appréciation le peu de gravité de la faute commise et le fait que le dépassement de l'horaire de 5 minutes n'a pas troublé l'ordre public, ce qui n'est pas contesté par le Scm.

- 9) Au vu de ce qui précède, le recours sera partiellement admis. La décision querellée sera partiellement annulée et l'amende administrative sera confirmée dans son principe mais réduite au minimum légal de CHF 100.-.

Malgré l'issue du litige, aucun émoulement ne sera perçu (art. 87 al. 1 LPA). Une indemnité de procédure de CHF 500.- sera allouée au recourant, qui obtient partiellement gain de cause et qui y a conclu (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 20 août 2013 par Monsieur W_____ contre la décision du service du commerce du 8 août 2013 ;

au fond :

l'admet partiellement ;

réduit à CHF 100.- l'amende administrative infligée à Monsieur W_____ ;

confirme la décision attaquée pour le surplus ;

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

alloue une indemnité de procédure de CHF 500.- à Monsieur W_____ ;

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 Christian van Gessel, avocat du recourant, ainsi qu'au service du commerce.

Siégeants : M. Verniory, président, Mme Junod, M. Dumartheray, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière-juriste :

S. Hüsler Enz

le président siégeant :

J.-M. Verniory

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :