

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2735/2021-EXPLOI

ATA/1402/2021

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 20 décembre 2021

1^{ère} section

dans la cause

M. A. _____

contre

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

EN FAIT

- 1) M. A_____ exploite un magasin d'alimentation, de tabac, de boissons et d'alcool à l'enseigne « B_____ » (ci-après : le magasin ou le commerce), sis rue de la Terrassière 10 à Genève.

Du 22 juillet 2020 au 3 septembre 2021, le magasin était exploité sous la forme d'une entreprise individuelle « C_____ ». M. A_____ en était le titulaire avec signature individuelle et M. D_____ bénéficiait d'une procuration collective à deux.

Le 3 septembre 2021, l'entreprise a été radiée du Registre du commerce et la société « C_____ SNC » a repris son actif.

- 2) Selon un rapport du service de police du commerce et de lutte contre le travail au noir (ci-après : PCTN) du 12 mars 2020, le 12 février 2020, à 15h50, un contrôle a été effectué dans le commerce par un inspecteur de la PCTN, au cours duquel il a été constaté que le magasin restait ouvert du lundi au dimanche de 8 h à 21 h. Lors de ce contrôle, M. A_____ aurait déclaré à l'inspecteur qu'il exploitait son commerce avec son épouse, en particulier le soir, le dimanche et les jours fériés.
- 3) Par courrier du 17 février 2020, la PCTN a informé M. A_____ de ce que son magasin était à considérer comme entreprise familiale. Dans cette mesure, il pouvait ne pas être assujéti aux heures normales de fermeture, à condition de fermer son commerce un jour par semaine et de l'afficher sur la porte d'entrée du magasin.
- 4) Le 9 mars 2020, à 10h10, un nouveau contrôle a été effectué par un inspecteur du PCTN. À cette occasion, l'inspecteur a constaté que les horaires d'ouverture du lundi au dimanche de 8h à 21h étaient toujours affichés sur la porte d'entrée du magasin.
- 5) Par courrier du 20 octobre 2020, la PCTN a transmis à M. A_____ son rapport du 12 mars 2020 et a informé l'intéressé qu'il envisageait de prononcer une amende pour non-respect des dispositions cantonales en matière d'heures d'ouverture des magasins. Un délai lui était accordé pour lui faire parvenir ses éventuelles observations.
- 6) Par courriel du 17 novembre 2020, M. E_____, directeur de la société F_____ Sàrl (ci-après: F_____ Sàrl) et agissant pour le compte de M. A_____, a informé la PCTN de ce que le commerce de M. A_____ n'était plus une entreprise familiale, mais qu'il était désormais géré par M. A_____, en collaboration avec M. D_____. Il souhaitait connaître les démarches afin de

pouvoir ouvrir le commerce sept jours sur sept et d'étendre les horaires d'exploitation.

- 7) Par courriel du 25 janvier 2021, la PCTN a répondu qu'en dehors du cas de l'entreprise familiale, seul le propriétaire du magasin ou une personne occupant une fonction dirigeante pouvait travailler au-delà des heures normales de fermeture. M. D_____ pouvait ainsi également travailler dans le magasin à ces heures, à condition d'y occuper une fonction dirigeante élevée et de s'annoncer en tant que tel à l'autorité compétente.
- 8) Par courrier du même jour, la PCTN a imparti à M. A_____ un ultime délai pour lui faire parvenir ses observations dans le cadre de la procédure administrative ouverte à la suite du rapport du 12 mars 2020.
- 9) Le 2 février 2021, F_____ Sàrl a transmis au PCTN un formulaire de fonction dirigeante élevée concernant M. D_____ ainsi qu'un formulaire de situation personnelle et financière de M. A_____.
- 10) Par décision du 22 février 2021, la PCTN a refusé d'entrer en matière sur la déclaration de fonction dirigeante élevée du 2 février 2021 établie en faveur de M. D_____.
- 11) Par courrier du 30 avril 2021, la PCTN a accordé à M. A_____ un délai supplémentaire pour lui faire parvenir ses observations dans le cadre de la procédure administrative ouverte à la suite du rapport de la PCTN du 12 mars 2020 et le renseigner sur sa situation financière et personnelle, étant précisé que le formulaire *ad hoc* de M. A_____ n'était accompagné d'aucune pièce justificative. En l'absence de ces pièces, la situation financière et personnelle de M. A_____ ne pouvait pas être prise en considération dans la fixation du montant de l'amende. Par conséquent, M. A_____ était invité à lui faire parvenir son dernier avis de taxation fiscale.
- 12) Par décision du 29 juillet 2021, la PCTN a infligé une amende de CHF 4'500.- à M. A_____ pour non-respect des heures légales de fermeture prévues par le droit cantonal. Dans la mesure où son commerce était ouvert tous les jours, il ne pouvait pas bénéficier de l'exception à l'assujettissement de la loi sur les heures d'ouverture des magasins du 15 novembre 1968 (LHOM - I 1 05). Dans ces circonstances, M. A_____ devait respecter les heures légales de fermeture prévues aux art. 9 et 14 LHOM. Dans le cadre de la fixation du montant de l'amende, la situation personnelle et financière de M. A_____ n'avait pas été prise en considération en l'absence de production de pièces justificatives.
- 13) Par acte du 19 août 2021, M. A_____ a recouru auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre cetteconcluant à son annulation et à ce que l'office cantonal de l'inspection et des

relations du travail (ci-après: OCIRT) et la PCTN soient invités à lui transmettre la procédure lui permettant de rester ouvert le dimanche, les jours fériés et le soir.

Il avait récemment ouvert son magasin et souhaitait qu'il le soit sept jours sur sept. Il n'avait toutefois reçu aucune information de la part de l'autorité quant aux démarches à entreprendre. Actuellement, son magasin était fermé le dimanche.

- 14) Par réponse du 12 octobre 2021, la PCTN a conclu au rejet du recours.

Bien qu'interrogé à plusieurs reprises, M. A_____ n'avait jamais contesté les faits reprochés. Le fait qu'il avait demandé, par l'intermédiaire de F_____ Sàrl, des renseignements sur la possibilité d'ouvrir son commerce sept jours sur sept en étendant les horaires d'ouverture avec la collaboration d'un associé n'était pas pertinent. Ainsi, dans la mesure où M. A_____ n'apportait aucun élément susceptible de remettre en cause les faits constatés par l'inspecteur dans son rapport du 12 mars 2020, il convenait de retenir que ceux-ci étaient établis. Or, de tels faits étaient constitutifs d'infractions aux art. 9, 16 et 24 LHOM. En n'observant pas un jour de fermeture par semaine, le magasin ne remplissait pas toutes les conditions de l'art. 4 let. h LHOM pour être exclu du champ d'application de la LHOM. Partant, le magasin était soumis aux heures et jours normaux de fermeture prévus par la LHOM. S'agissant du montant de l'amende administrative, la PCTN avait tenu compte du nombre d'infractions et de leur gravité, étant relevé que M. A_____ avait persisté à laisser ouvert son commerce tous les jours, en dépit des possibilités qui lui avaient été offertes pour se mettre en conformité. Il était par ailleurs vraisemblable que ces infractions aient été commises pendant une certaine durée, étant précisé que, selon le contrat de bail, il disposait des locaux depuis le 1^{er} mars 2019. Enfin, dans la mesure où M. A_____ n'avait fourni aucune pièce permettant d'attester de sa situation personnelle et financière, il ne pouvait pas se limiter à invoquer le COVID-19 pour soutenir qu'il était en difficulté financière. Le montant de l'amende respectait ainsi le principe de proportionnalité.

- 15) Par réplique du 29 octobre 2021, M. A_____ a conclu à ce que la PCTN « facilite les démarches administratives afin d'obtenir une autorisation sept jours sur sept et d'être ouvert jusqu'à 21 heures ». Compte tenu de sa bonne foi, il sollicitait « à titre exceptionnel » l'annulation de l'amende, subsidiairement sa réduction avec une possibilité de paiement échelonné.

- 16) Sur quoi, la cause a été gardée à juger, ce dont les parties ont été informées.

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).

Les conclusions tendant à ce que l'OCIRT et la PCTN soient invités à transmettre au recourant la procédure applicable pour que son commerce puisse rester ouvert le dimanche et à ce que l'autorité intimée facilite les démarches administratives à entreprendre dans ce but sont en revanche irrecevables, la chambre de céans n'étant pas compétente pour donner des instructions à ces autorités.

- 2) Le litige porte sur la conformité au droit de l'amende de CHF 4'500.- infligée au recourant.
- 3) La LHOM s'applique à tous les magasins sis sur le territoire du canton de Genève (art. 1 LHOM).

a. Selon l'art. 9 LHOM, sous réserve des régimes particuliers indiqués ci-après ou prévus par le règlement et des dispositions relatives aux fermetures retardées, l'heure de fermeture ordinaire des magasins est 19 h (al. 1). L'heure de fermeture du vendredi est 19 h 30 (al. 2). L'heure de fermeture du samedi est 18 h (al. 3).

Aux termes de l'art. 16 LHOM, sous réserve de l'art. 18 et à moins que la LHOM n'en dispose autrement, tous les magasins qui ne sont pas au bénéfice d'une disposition dérogatoire de l'ordonnance 2 relative à la loi sur le travail du 10 mai 2000 (OLT 2 – RS 822.112), doivent être fermés le dimanche et les jours fériés légaux.

Dans les semaines comptant six jours ouvrables, mais en dehors de la période comprise entre le 16 décembre et le 9 janvier, les commerces assujettis à la présente loi (art. 3 et 5) ont l'obligation d'être fermés une demi-journée en plus du dimanche (art. 24 LHOM).

b. Les magasins et les étalages de marchés considérés comme entreprises familiales au sens de l'art. 4 de la loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce, du 13 mars 1964 (Loi sur le travail, LTr - RS 822.11), ne sont pas assujettis à la LHOM, à condition qu'ils n'occupent pas de personnel les dimanches et jours fériés légaux ainsi qu'au-delà des heures de fermeture normales des magasins et qu'ils observent au moins un jour de fermeture hebdomadaire (art. 4 let. h LHOM). D'après l'art. 4 al. 1 LTr, par entreprises familiales, il faut comprendre les entreprises dans lesquelles sont seuls occupés le conjoint ou le partenaire enregistré du chef de l'entreprise, ses parents en ligne

ascendante et descendante et leurs conjoints ou leurs partenaires enregistrés ainsi que les enfants du conjoint ou du partenaire enregistré du chef de l'entreprise.

Ne sont pas non plus assujettis les magasins, à condition qu'ils n'occupent pas de personnel les dimanches et jours fériés légaux ainsi qu'au-delà des heures de fermeture normales de magasins, étant précisé que ne sont pas considérés comme du personnel les travailleurs exerçant une fonction dirigeante élevée au sens de la LTr et qui sont tenus de s'annoncer au service (art. 4 let. b LHOM).

c. Selon l'art. 28 LHOM, les magasins assujettis à l'obligation de fermer tout ou partie d'un jour ouvrable ou au bénéfice d'un régime spécial de fermeture, doivent indiquer en permanence leurs heures de fermeture de manière à ce que cette indication soit clairement visible de l'extérieur du magasin.

d. En cas d'infraction à la LHOM ou à ses dispositions d'exécution, la PCTN peut infliger une amende administrative de CHF 300.- à CHF 60'000.- en sus du prononcé des mesures prévues à l'art. 32, respectivement à la place de celles-ci (art. 33 LHOM).

e. De jurisprudence constante, la chambre de céans accorde généralement une pleine valeur probante aux constatations figurant dans un rapport de police établi par des agents assermentés, sauf si des éléments du dossier permettent de s'en écarter (ATA/67/2021 du 19 janvier 2021 consid. 2b ; ATA/502/2018 du 22 mai 2018 et les références citées).

- 4) En l'occurrence, il ressort du dossier que, lors du contrôle de l'inspecteur du 12 février 2020, le magasin du recourant mentionnait, sur sa porte d'entrée, qu'il était ouvert sept jours sur sept de 8 h à 21 h. À cette occasion, le recourant a expliqué qu'il exploitait son commerce avec son épouse, en particulier en dehors des heures légales de fermeture, le dimanche et les jours fériés. Par courrier du 17 février 2020, l'autorité intimée a attiré l'attention du recourant sur le fait que, dans la mesure où son commerce devait être considéré comme une entreprise familiale, il lui incombait d'observer au moins un jour de fermeture hebdomadaire s'il entendait bénéficier de l'exception à l'assujettissement à la LHOM. Bien que dûment renseigné sur ce point, le recourant a maintenu son commerce ouvert sept jours sur sept, comme cela a été constaté par l'inspecteur lors de son contrôle du 9 mars 2020.

Devant la chambre de céans, le recourant ne conteste pas ces faits. Il fait uniquement valoir qu'il a entrepris des démarches auprès de l'autorité intimée afin de pouvoir rester ouvert sept jours sur sept et de bénéficier d'heures d'ouverture élargies. Or, ainsi que le fait valoir l'autorité intimée, les démarches entreprises par le recourant afin de bénéficier d'une exception à l'assujettissement à la LHOM ne changent rien au fait que le recourant n'a pas respecté les heures normales de fermeture des magasins (art. 9 LHOM), l'interdiction du travail du dimanche et

des jours fériés (art. 16 LHOM) et l'obligation de fermer une demi-journée ouvrable par semaine (art. 24 LHOM), étant précisé qu'il ne bénéficiait, lors des contrôles effectués par l'inspecteur de l'autorité intimée, d'aucune exception à l'assujettissement au sens de l'art. 4 LHOM. En effet, pour pouvoir bénéficier de l'exception à l'assujettissement, il lui incombait, en tant qu'entreprise familiale, d'observer au moins un jour de fermeture par semaine, ce qu'il n'a pas fait.

Il s'ensuit que les infractions à la LHOM sont réalisées, de sorte que le prononcé d'une amende administrative est fondé quant à son principe.

5) Reste à déterminer si la quotité de l'amende est justifiée.

a. 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/508/2020 du 26 mai 2020 consid. 4b ; Pierre MOOR/Étienne POLTIER, Droit administratif, vol. 2, 3^{ème} éd., 2011, p. 160 n. 1.4.5.5 ; plus nuancé : Thierry TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2^{ème} éd., 2018, p. 413 n. 1211).

b. L'autorité qui prononce une amende administrative ayant le caractère d'une sanction doit également faire application des règles contenues aux art. 47 ss du Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP - RS 311.0 ; principes applicables à la fixation de la peine ; par renvoi de l'art. 1 let. a de la loi pénale genevoise du 17 novembre 2006 - LPG - E 4 05 ; ATA/1158/2019 du 19 juillet 2019 consid. 5b et les références citées). Il est ainsi nécessaire que le contrevenant ait commis une faute, fût-ce sous la forme d'une simple négligence.

Par ailleurs, l'amende doit respecter le principe de la proportionnalité (art. 36 al. 3 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 - Cst. - RS 101). Il y a lieu de tenir compte de la culpabilité de l'auteur et de 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/1158/2019 précité consid. 5b).

La PCTN jouit d'un large pouvoir d'appréciation pour fixer le montant de l'amende. La juridiction de céans ne le censure qu'en cas d'excès ou d'abus (ATA/1158/2019 précité consid. 5b ; ATA/331/2018 du 10 avril 2018 consid. 8b et les références citées).

c. La procédure administrative est régie par la maxime inquisitoire, selon laquelle le juge établit les faits d'office (art. 19 LPA), sans être limité par les allégués et les offres de preuves des parties. Dans la mesure où l'on peut raisonnablement exiger de l'autorité qu'elle les recueille, elle réunit ainsi les renseignements et procède aux enquêtes nécessaires pour fonder sa décision. Elle apprécie les moyens de preuve des parties et recourt s'il y a lieu à d'autres moyens de preuve (art. 20 LPA). Mais ce principe n'est pas absolu, sa portée est restreinte par le devoir des parties de collaborer à la constatation des faits (art. 22 LPA).

Celui-ci comprend en particulier l'obligation des parties d'apporter, dans la mesure où cela peut être raisonnablement exigé d'elles, les preuves commandées par la nature du litige et des faits invoqués, faute de quoi elles risquent de devoir supporter les conséquences de l'absence de preuves (art. 24 al. 2 LPA ; ATF 128 II 139 consid. 2b ; arrêts du Tribunal fédéral 2C_524/2017 du 26 janvier 2018 consid. 4.2 ; 1C_454/2017 du 16 mai 2018 consid. 4.1 ; ATA/844/2020 du 1^{er} septembre 2020 consid. 4a).

- 6) Devant la chambre de céans, le recourant sollicite la réduction de l'amende en raison de sa bonne foi. Il résulte toutefois des considérants qui précèdent que les manquements reprochés au recourant sont effectivement réalisés et qu'ils constituent des fautes passibles d'une amende administrative. En infligeant au recourant une amende à hauteur de CHF 4'500.-, l'autorité intimée a tenu compte de la culpabilité du recourant, qui n'a pas rétabli sa situation de manière conforme au droit alors qu'il avait été dûment invité à le faire. Tenant compte du fait que ce montant se situe dans la fourchette inférieure de l'art. 33 LHOM, il n'apparaît pas que l'autorité ait abusé de son pouvoir d'appréciation.

Il sera relevé pour le surplus que, s'agissant de sa situation personnelle et financière, le recourant s'est limité à remplir le formulaire de la PCTN. Il n'a toutefois produit aucune pièce à l'appui des montants inscrits dans ledit formulaire, quand bien même l'autorité intimée l'avait invité à fournir des justificatifs (dont un avis de taxation fiscale) à deux reprises. De tels documents n'ont pas non plus été transmis dans le cadre du recours devant la chambre de céans. Ainsi, en l'absence de collaboration du recourant sur ce point, la quotité de l'amende ne saurait être réduite pour tenir compte d'une situation financière difficile.

Au vu de ce qui précède, l'amende de CHF 4'500.- doit être confirmée, tant dans son principe que dans sa quotité.

Dans ces circonstances, le recours, entièrement mal fondé, sera rejeté.

- 7) Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 500.- sera mis à la charge du recourant (art. 87 al. 1 LPA). Il ne sera pas alloué d'indemnité de procédure (art. 87 al. 2 LPA).

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 19 août 2021 par M. A_____ contre la décision du service de police du commerce et de lutte contre le travail au noir du 29 juillet 2021 ;

au fond :

le rejette ;

met un émolument de CHF 500.- à la charge de M. A_____ ;

dit qu'il n'est pas alloué d'indemnité de procédure ;

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 M. A_____ ainsi qu'au service de police du commerce et de lutte contre le travail au noir.

Siégeant : Mme Payot Zen-Ruffinen, présidente, Mmes Lauber et McGregor, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière :

S. Cardinaux

la présidente siégeant :

F. Payot Zen-Ruffinen

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :