

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3331/2016-EXPLOI

ATA/412/2017

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 11 avril 2017

2^{ème} section

dans la cause

M. A _____

contre

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

EN FAIT

1. Depuis 2003, M. A_____ est associé gérant, disposant d'une signature individuelle, de la société B_____ Sàrl (ci-après : la société), dont le but social est « l'exploitation de cafés bars culturels et artistiques avec restauration ».
2. Par arrêté du 20 avril 2005, le service du commerce, devenu depuis le 1^{er} janvier 2017 le service de police du commerce et de lutte contre le travail au noir (ci-après : PCTN), rattaché au département de la sécurité et de l'économie (ci-après : DSE), a autorisé M. A_____ à exploiter le café-restaurant à l enseigne « C_____ » (ci-après : l'établissement), sis _____, rue D_____ à Genève, propriété de la société.
3. Le 26 mai 2014, la police municipale a établi un rapport de dénonciation à l'attention du PCTN qui constatait que, le 5 avril 2014 à 00h50, un volume sonore musical excessif, perceptible depuis la rue, provenait de l'établissement, en particulier d'une chaîne hi-fi s'y trouvant. Ce bruit était de nature à déranger le voisinage. Une cinquantaine de personnes se trouvaient à l'intérieur de l'établissement et environ quatre-vingts à l'extérieur. À la demande des agents, M. E_____, gérant, avait baissé le volume de la musique et présenté une pièce d'identité.
4. À compter du 27 juillet 2014, M. A_____ a renoncé à l'exploitation de l'établissement, de sorte que le PCTN a constaté la caducité de l'autorisation susmentionnée par décision du 6 août 2014.
5. Le 1^{er} janvier 2016, la nouvelle loi sur la restauration, le débit de boissons, l'hébergement et le divertissement du 19 mars 2015 (LRDBHD - I 2 22) et son règlement d'exécution du 28 octobre 2015 (RRDBHD - I 2 22.01) sont entrés en vigueur, abrogeant l'ancienne loi sur la restauration, le débit de boissons et l'hébergement du 17 décembre 1987 (aLRDBH - I 2 21) et l'ancien règlement d'exécution de la loi sur la restauration, le débit de boissons et l'hébergement du 31 août 1988 (aRRDBH - I 2 21.01).
6. Le 10 août 2016, le PCTN a informé M. A_____ de son intention de prononcer à son encontre une sanction et/ou une mesure administrative en raison des faits du 5 avril 2014. Il lui impartissait un délai au 22 août 2016 pour exercer son droit d'être entendu.
7. Par courrier du 16 août 2016, M. A_____ a expliqué avoir été l'exploitant de l'établissement jusqu'au 31 juillet 2014, confirmant que M. E_____ en était le responsable jusqu'à cette même date. S'il confirmait que son établissement possédait une chaîne hi-fi, il était toutefois dans l'incapacité d'en indiquer le

volume sonore le soir des faits reprochés, soit deux ans et cinq mois auparavant. Son équipe et lui avaient exploité cet établissement pendant onze ans en respectant scrupuleusement la LRDBHD. L'inspection de son nouvel établissement n'avait posé aucun problème particulier.

8. Par décision du 31 août 2016, le PCTN a infligé à M. A_____ une amende de CHF 400.- selon l'art. 65 LRDBHD pour infraction à l'art. 24 al. 2 LRDBHD, telle que constatée dans le rapport susmentionné.
9. Par acte du 30 septembre 2016, reçu le 3 octobre 2016, M. A_____ a interjeté recours auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre la décision précitée, concluant préalablement à l'audition de M. E_____ et des agents de police municipaux, et principalement à l'annulation de la décision attaquée et de l'amende prononcée à son encontre, « sous suite de frais et dépens ».

Le rapport de dénonciation ne reposait sur aucune plainte du voisinage ni sur aucune mesure concrète du niveau sonore. Il résultait de la seule appréciation subjective des agents municipaux, de sorte que la preuve d'un dérangement du voisinage ce soir-là n'avait pas été apportée. En outre, le gérant présent s'était immédiatement exécuté en baissant le volume sonore de la musique. Lui-même absent le soir des faits reprochés, il était dans l'incapacité de se déterminer sur le volume sonore de la musique. Ainsi, cette sanction ne pouvait viser que son établissement ou M. E_____.

10. Le 30 novembre 2016, après avoir requis et obtenu une prolongation de délai en raison d'une surcharge de travail, le PCTN a transmis à la chambre administrative ses observations sur le recours, concluant au rejet de celui-ci ainsi qu'à la confirmation de la décision querellée, « sous suite de frais et dépens ».

Même absent le soir des faits, en sa qualité d'exploitant, M. A_____ répondait du comportement des personnes le remplaçant, y compris lorsque celles-ci n'avaient pas pris toutes les mesures utiles pour que l'établissement n'engendre pas d'inconvénients pour le voisinage. La responsabilité du propriétaire était subsidiaire à celle de l'exploitant. Cela étant dit, même si l'infraction avait été imputée à la société, l'amende aurait été infligée au recourant en sa qualité de représentant de celle-ci. Aucun élément ne permettait de s'écarter des constatations claires de la police municipale, lesquelles bénéficiant d'une pleine valeur probante, rapportaient un bruit excessif perturbant le voisinage à une heure tardive. Il était aussi vraisemblable que l'attroupement de quatre-vingts personnes à l'extérieur de l'établissement avait généré des inconvénients pour le voisinage. Toutefois, le rapport ne se prononçant pas à ce sujet, le PCTN s'était fondé uniquement sur le bruit de musique excessif émanant de l'établissement pour retenir une violation de l'art. 24 al. 2 LRDBHD. Vu que l'infraction était établie, il

n'était pas nécessaire de donner suite aux demandes d'auditions formulées par le recourant.

11. Le 2 décembre 2016, le juge délégué a accordé aux parties un délai au 16 décembre 2016 pour formuler toutes requêtes complémentaires ou exercer le droit à la réplique, s'agissant du recourant.
12. Dans sa réplique du 16 décembre 2016, M. A_____ a persisté dans ses conclusions.

Dans la mesure où les art. 74 aLRDBH et 65 LRDBHD consacraient une sanction de nature pénale, celle-ci devait être infligée à l'auteur des faits, soit M. E_____. L'admission d'une solidarité automatique entre la société et l'auteur de l'infraction paraissait incompatible avec le principe de l'individualisation de la peine prévalant en droit pénal. Si la commission d'une infraction devait néanmoins lui être imputée, il contestait l'application de l'art. 24 al. 2 LRDBHD. En vertu du principe de la lex mitior, il convenait de se référer l'art. 22 al. 2 aLRDBH, norme sanctionnant des inconvénients graves pour le voisinage. In casu, il contestait qu'un bruit de nature à engendrer des inconvénients graves pour le voisinage ait été perceptible depuis la rue. L'immeuble dans lequel se trouvait l'établissement était entièrement occupé par le théâtre de F_____, lequel était alors fermé. Vu l'absence de voisinage direct et de plainte, y compris durant les années d'exploitation de l'établissement, aucun inconvénient grave n'était à craindre de l'utilisation d'une chaîne hi-fi se trouvant à l'intérieur. Aucun comportement illicite ne pouvait donc être reproché à M. E_____.

13. Sur ce, la cause a été 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 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. Le recourant sollicite l'audition des personnes présentes dans l'établissement le 5 avril 2014, lors de l'intervention des agents de police municipaux, soit notamment ces derniers et le gérant.

Tel qu'il est garanti par l'art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101), le droit d'être entendu comprend notamment le droit pour l'intéressé d'offrir des preuves pertinentes, de prendre connaissance du dossier, d'obtenir qu'il soit donné suite à ses offres de preuves pertinentes (arrêts du Tribunal fédéral 2C_545/2014 du 9 janvier 2015

consid. 3.1 ; 2D_5/2012 du 19 avril 2012 consid. 2.3), de participer à l'administration des preuves essentielles ou à tout le moins de s'exprimer sur son résultat, lorsque cela est de nature à influencer sur la décision à rendre (ATF 138 I 154 consid. 2.3.3 p. 157 ; 138 V 125 consid. 2.1 p. 127 ; 137 II 266 consid. 3.2 p. 270). Le droit de faire administrer des preuves n'empêche cependant pas le juge de renoncer à l'administration de certaines preuves offertes et de procéder à une appréciation anticipée de ces dernières, en particulier s'il acquiert la certitude que celles-ci ne l'amèneront pas à modifier son opinion ou si le fait à établir résulte déjà des constatations ressortant du dossier (ATF 136 I 229 consid. 5.2 p. 236 ; 134 I 140 consid. 5.3 ; 131 I 153 consid. 3 p. 158 ; ATA/73/2017 du 31 janvier 2017 consid. 4a). Le droit d'être entendu ne comprend pas le droit d'être entendu oralement (arrêt du Tribunal fédéral 1C_551/2015 du 22 mars 2016 consid. 2.2) ni celui d'obtenir l'audition de témoins (ATF 130 II 425 consid. 2.1 p. 428 ; ATA/356/2016 du 26 avril 2016).

En l'espèce, l'audition de M. E_____ et des agents de police municipaux n'apporterait pas d'éléments supplémentaires, les faits ayant été constatés dans le rapport de dénonciation du 26 mai 2014, document versé à la procédure. Les parties se sont en outre déterminées par écrit sur les faits de la cause. La chambre administrative dispose ainsi d'un dossier complet lui permettant de se prononcer sur les griefs soulevés par le recourant en toute connaissance de cause.

Il ne sera dès lors pas donné suite à la requête d'instruction.

3. Le litige porte sur la conformité au droit de la décision du 31 août 2016 du PCTN prononçant une amende de CHF 400.- à l'encontre du recourant, à titre de sanction pour les faits commis le 5 avril 2014 en se fondant sur la LRDBHD, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2016.
4. a. L'art. 24 al. 2 LRDBHD, obligeant l'exploitant à exploiter l'entreprise de manière à ne pas engendrer d'inconvénients pour le voisinage, reprend les termes de l'art. 22 al. 2 aLRDBH sans référence à la mention « graves inconvénients ».
- b. À teneur de l'art. 65 al. 1 LRDBHD, 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.
- c. L'art. 65 al. 5 LRDBHD dispose que les faits constatés avant l'entrée en vigueur de la loi se poursuivent selon le nouveau droit, se fondant sur l'art. 69 LRDBHD autorisant le Conseil d'État à fixer l'entrée en vigueur de cette loi.

5. L'art. 74 al. 1 aLRDBH prévoyait quant à lui que le département pouvait infliger une amende administrative de CHF 100.- à CHF 60'000.-.
6. En règle générale, s'appliquent aux faits dont les conséquences juridiques sont en cause, les normes en vigueur au moment où ces faits se produisent (ATA/1184/2015 du 3 novembre 2015 ; ATA/113/2013 du 26 février 2013 ; Pierre MOOR/Alexandre FLÜCKIGER/Vincent MARTENET, Droit administratif, 3^{ème} éd., 2012, vol. 1, p. 184).

Liée aux principes de sécurité du droit et de prévisibilité, l'interdiction de la rétroactivité des lois résulte du droit à l'égalité de l'art. 8 Cst., de l'interdiction de l'arbitraire et de la protection de la bonne foi garanties par les art. 5 et 9 Cst.

L'interdiction de la rétroactivité (proprement dite) fait obstacle à l'application d'une norme à des faits entièrement révolus avant son entrée en vigueur, car les personnes concernées ne pouvaient, au moment où ces faits se sont déroulés, connaître les conséquences juridiques découlant de ces faits et se déterminer en connaissance de cause. Une exception à cette règle n'est possible qu'à des conditions strictes, soit en présence d'une base légale suffisamment claire, d'un intérêt public prépondérant, et moyennant le respect de l'égalité de traitement et des droits acquis (ATF 138 I 189 consid. 3.4 p. 193; 119 Ia 254 consid. 3b p. 258 et la jurisprudence citée). La rétroactivité doit en outre être raisonnablement limitée dans le temps (ATF 125 I 182 consid. 2b/cc ; ATF 122 V 405 consid. 3b/aa ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_366/2016 du 13 février 2017 consid. 2.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_273/2014 du 23 juillet 2014 consid. 4.1 ; ACST/1/2015 du 23 janvier 2015 consid. 7c ; Pascal MAHON, Droit constitutionnel, 3^{ème} éd., 2014, vol. I, n. 167 p. 281 ss ; Pierre MOOR/Alexandre FLÜCKIGER/Vincent MARTENET, op. cit., p. 198 ss ; Thierry TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2012, n. 420 p. 135 ; René WIEDERKHER/Paul RICHLI, Praxis des allgemeinen Verwaltungsrecht, 2012, n. 843 p. 282).

7. L'examen de la conformité au droit de la décision querellée implique de déterminer à titre préjudiciel le droit applicable in casu compte tenu du changement de législation le 1^{er} janvier 2016 tandis que les faits reprochés se sont déroulés le 5 avril 2014.

Le contenu de l'art. 65 al. 5 RRDBHD constitue une clause de rétroactivité proprement dite, puisqu'il a pour effet de soumettre à la LRDBHD les exploitants et propriétaires d'établissements qui ont fait l'objet d'un rapport de dénonciation par la police municipale avant le 1^{er} janvier 2016, date de l'entrée en vigueur de ladite loi.

Bien que l'art. 69 LRDBHD permette au Conseil d'État de fixer la date d'entrée en vigueur de cette loi, l'application rétroactive, telle qu'inscrite dans le RRDBHD, n'est pas prévue dans une loi au sens formel. De plus, les dispositions transitoires de l'art. 70 LRDBHD ne mentionnent aucune application rétroactive aux infractions constatées avant le 1^{er} janvier 2016. Elles tendent au contraire à accorder aux établissements différents délais pour se conformer à la nouvelle législation.

À cela s'ajoute que le seuil minimal de l'art. 65 al. 1 LRDBHD permet d'infliger une amende sensiblement plus élevée que le prévoit l'art. 74 aLRDBH. Hormis l'éventuel intérêt financier de la collectivité, il n'apparaît pas d'autres considérations pouvant justifier un intérêt public nécessitant une application rétroactive de la loi. Cet aspect n'est cependant pas suffisant pour la justifier (ATF 95 I 6 consid. 3 ; Jacques DUBEY/Jean-Baptiste ZUFFEREY, Droit administratif général, 2014, n. 384 p. 137).

Par ailleurs, l'art. 65 al. 5 RRDBHD ne comporte aucune limite temporelle quant à la rétroactivité qu'il instaure.

En conséquence, la décision attaquée n'est pas conforme au droit, car fondée sur une disposition transgressant le principe de non-rétroactivité des normes, trois des cinq conditions cumulatives d'une dérogation faisant défaut.

8. Au vu de ce qui précède, il y a lieu d'appliquer les dispositions de l'aLRDBH au cas d'espèce, en particulier l'art. 74 al. 1 aLRDBH relatif à l'amende administrative.
9. 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/12/2015 du 6 janvier 2015 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).
- b. En vertu de l'art. 1 al. 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 (notamment les art. 34 ss, 42 ss, 56 ss, 74 ss, 106 al. 1 et 3 et 107 CP). L'aLRDBH ne contenant pas de disposition réglant la question de la prescription, il y a lieu de faire application, par analogie, de l'art. 109 CP, à teneur duquel la prescription de l'action pénale est de trois ans (ATA/913/2015 du 8 septembre 2015 et les références citées).

c. Elle cesse de courir si, avant son échéance, un jugement de première instance a été rendu (art. 97 al. 3 CP).

d. La prescription est une question de droit matériel qu'il y a lieu d'examiner d'office lorsqu'elle joue en faveur de l'administré (ATF 138 II 169 consid. 3.2 p. 171).

e. En l'espèce, la prescription est aujourd'hui acquise pour l'infraction commise le 5 avril 2014, sanctionnée par l'intimé en août 2016 seulement, ce qui ne laissait que trop peu de temps à la chambre de céans pour instruire le recours du 30 septembre 2016.

10. En conséquence, le recours sera admis, et la décision litigieuse sera annulée.

11. Au vu de cette issue, aucun émolument ne sera mis à la charge du recourant, (art. 87 al. 1 LPA) et aucune indemnité de procédure ne lui sera allouée (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS

LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 30 septembre 2016 par M. A_____ contre la décision du service de police et du commerce et de lutte contre le travail au noir du 31 août 2016 ;

au fond :

l'admet ;

annule la décision du service de police du commerce et de lutte contre le travail au noir du 31 août 2016 ;

dit qu'il n'est pas perçu d'émolument, ni 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.

communiqué le présent arrêt à M. A_____, ainsi qu'au service de police du commerce et de lutte contre le travail au noir.

Siégeants : M. Verniory, président, MM. Thélin et Dumartheray, juges.

Au nom de la chambre administrative :

le greffier-juriste :

F. Scheffre

le président siégeant :

J.-M. Verniory

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :