

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1202/2008-LCR

ATA/19/2009

ARRÊT

DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

du 13 janvier 2009

2^{ème} section

dans la cause

Monsieur L_____

représenté par Me Bénédicte Fontanet, avocat

contre

OFFICE CANTONAL DES AUTOMOBILES ET DE LA NAVIGATION

EN FAIT

1. Monsieur L_____ est un citoyen américain résidant à Genève. Il est titulaire d'un permis de conduire suisse et d'un permis de conduire américain.
2. Le 21 mars 2007, le service des automobiles et de la navigation devenu l'office cantonal des automobiles et de la navigation (ci-après : OCAN) a prononcé à son encontre une mesure de retrait de permis pour une durée de 3 mois pour un dépassement de la vitesse maximale autorisée hors localité de 35 kilomètres, le 16 juillet 2006. Cette décision n'a pas fait l'objet d'une contestation.

M. L_____ n'était pas autorisé à faire usage de son permis de conduire et l'usage de tout permis de conduire étranger ou international était interdit pendant la durée du retrait sur le territoire de la Confédération et du Liechtenstein.
3. M. L_____ a déposé son permis de conduire suisse auprès de l'OCAN le 9 mai 2007.
4. Le 6 juillet 2007, il a été contrôlé à la douane de Thônex-Vallard par les gardes frontières, alors qu'il se présentait au point de contrôle au volant d'un véhicule automobile.
5. Ayant constaté que M. L_____ était sous le coup d'une mesure de retrait de permis, les gardes frontières ont appelé la gendarmerie qui est intervenue.
6. Le 3 septembre 2007, un rapport a été établi par la gendarmerie suite à cette intervention.

M. L_____ s'était présenté de France circulant en direction de la Suisse au volant d'un véhicule immatriculé en France. A la hauteur de la douane de Thônex-Vallard il avait été interpellé par les gardes frontières et lors du contrôle qui s'en était suivi, il s'était avéré qu'il faisait l'objet d'une mesure de retrait de permis de conduire mais qu'il était en possession d'un permis de conduire américain. Selon ses dires, M. L_____ avait l'intention de stopper son véhicule à la douane afin que son épouse puisse se mettre au volant de la voiture.
7. Dans des observations qu'il a adressées à l'OCAN le 4 octobre 2007, M. L_____, par l'intermédiaire de son conseil, a considéré qu'il ne pouvait pas faire l'objet d'une nouvelle sanction administrative. Selon le rapport de gendarmerie, il roulait en direction de la Suisse si bien qu'au moment où il avait été contrôlé par les douaniers, il n'était pas encore sur territoire helvétique. D'autre part, si l'on devait admettre qu'il avait conduit quelques mètres en Suisse, aucune mesure ne pourrait être prononcée à son encontre en raison d'une erreur de droit. En effet, sa volonté était de s'arrêter sur le parking de la douane utilisé par les

automobilistes afin de déclarer leurs marchandises importées aux douaniers. Il n'avait ainsi pas conscience de rouler sur le territoire helvétique.

8. Le 9 octobre 2007, l'OCAN a demandé au conseil de M. L_____ de l'informer si son mandant entendait contester la contravention qui serait adressée par l'autorité pénale.

Le 16 octobre 2007, l'avocat a répondu qu'il n'avait pas encore reçu de contravention mais que si tel était le cas, il la contesterait pour les mêmes raisons que celles qu'il avait exposées le 4 octobre 2007.

9. Le 17 octobre 2007, l'OCAN a fait savoir à M. L_____ qu'il suspendait l'instruction du dossier dans l'attente de l'issue de l'affaire au plan pénal.

10. Le 18 octobre 2007, le Procureur général a fait notifier à M. L_____ une ordonnance de condamnation le déclarant coupable d'infraction à l'article 95 chiffre 2 de la loi fédérale sur la circulation routière du 19 décembre 1958 (LCR - RS 741.01). Il était condamné à une peine pécuniaire de 15 jours amende avec sursis pendant 3 ans ainsi qu'à une amende de CHF 800.-.

11. Le 26 novembre 2007, M. L_____ a fait opposition à cette ordonnance de condamnation, qu'il a retirée par lettre du 11 mars 2008. Il persistait à considérer qu'il n'avait "commis aucune faute justifiant le prononcé d'une mesure en particulier administrative, à son endroit".

12. Le 11 mars 2008, M. L_____ a également avisé l'OCAN du retrait de son opposition à l'ordonnance de condamnation. Il n'avait commis aucune faute justifiant un retrait de permis. L'autorité administrative pouvait s'écarter d'un jugement pénal lorsqu'elle était en mesure de fonder sa décision sur des constatations de faits inconnues du juge pénal ou qui n'avaient pas été prises en considération par celui-ci s'il écartait des preuves nouvelles dont l'appréciation conduisait à un autre résultat ou si le juge pénal n'avait pas élucidé toutes les questions de droit. Tant le rapport de police qui indiquait que M. L_____ circulait en direction de la Suisse que l'erreur de droit, n'avaient pas été pris en considération par le Procureur général dans son ordonnance de condamnation. Les autorités administratives devaient dès lors en tenir compte et prononcer aucune mesure administrative à son encontre.

13. Le 19 mars 2008, l'OCAN a notifié à M. L_____ une décision de retrait du permis de conduire pour une durée de 12 mois, sous déduction de la durée déjà subie du 9 août au 9 septembre 2007. La conduite sous retrait de permis était une infraction grave. Après une telle infraction, le permis de conduire pouvait être retiré pour 12 mois au minimum si, au cours des 5 ans, précédent le permis avait déjà été retiré une fois en raison d'une infraction grave ou à deux reprises en raison d'une infraction grave, ce qui était le cas. M. L_____ avait été condamné

le 18 octobre 2007 pour les faits du 6 juillet 2007 et n'avait pas contesté cette ordonnance. Il était condamné à une mesure qui ne s'écartait pas du minimum légal.

14. Le 9 avril 2008, M. L_____ a recouru au Tribunal administratif contre cette décision. Il conclut à son annulation.

Il n'avait commis aucune infraction à la loi sur la circulation routière dans la mesure où, à teneur du rapport de police, il était constaté qu'il circulait en direction de la Suisse et voulait s'arrêter sur le parking destiné à dédouaner de la marchandise. Subsidiairement, s'il était malgré tout retenu qu'il avait conduit sur territoire suisse, il devait être mis au bénéfice de l'erreur de droit. Il pensait être autorisé à s'arrêter sur le parking de la douane destiné aux automobilistes qui avaient des marchandises à déclarer, croyant que celui-ci n'était pas encore situé en Suisse.

Même s'il avait retiré son opposition à l'ordonnance de condamnation du Procureur général du 18 décembre 2007, il avait toujours persisté à considérer qu'il n'avait commis aucune faute justifiant le prononcé d'une mesure administrative. Tant le Procureur général que l'OCAN n'avaient d'ailleurs examiné le grief de l'erreur de droit qu'il avait soulevé, si bien qu'il pouvait invoquer celui-ci devant le Tribunal administratif.

Subsidiairement, si une infraction à la LCR devait être admise, sa faute était légère et la mesure de retrait devait être réduite à un mois, pour respecter le principe de proportionnalité.

15. L'OCAN a transmis son dossier le 14 avril 2008.
16. Le 25 avril 2008, le Procureur général a transmis la procédure pénale P/13343/2007 ouverte à la suite du rapport de gendarmerie du 3 septembre 2007.
17. Le 13 juin 2008, s'est tenue une audience de comparution personnelle des parties.

L'OCAN conclut au rejet du recours.

M. L_____ a quant à lui confirmé les termes de celui-ci. Le 6 juillet 2007, il revenait de France, pays dans lequel il avait conduit un véhicule de location en faisant usage de son permis de conduire américain. Il avait l'intention de changer de place à la douane pour laisser son épouse conduire. Il s'était parqué de lui-même dans l'une des places de stationnement des marchandises. Un douanier se tenait à cet endroit. Il lui avait expliqué son intention de changer de place avec son épouse. Il avait pas compris ce que le douanier lui avait demandé, mais lui avait tendu spontanément son permis de conduire américain. Le douanier l'avait pris et était parti. A son retour, il lui avait dit qu'il faisait l'objet d'une mesure de

suspension de son permis de conduire suisse. Il l'avait admis en indiquant que c'était pour cette raison qu'il venait de changer de place avec son épouse. Il ne pensait pas qu'il était déjà en Suisse, lorsqu'il avait parké sa voiture et n'avait jamais eu l'intention de circuler en Suisse.

18. Le 7 novembre 2008, le douanier E_____, a été entendu comme témoin par le Tribunal administratif.

C'était lui qui avait contrôlé M. L_____ le 6 juillet 2007 et rédigé le rapport du même jour. Il avait fait signe au recourant de ranger son véhicule car il avait décidé de le contrôler. M. L_____ était au volant et ne lui avait rien dit de particulier. A sa demande, ce conducteur lui avait remis les passeports de toute sa famille. Il les avait pris dans son bureau pour contrôle. Il avait constaté par la fenêtre que le recourant et son épouse changeaient de place. Le registre des mesures lui avait signalé que M. L_____ était sous mesure de retrait de permis de conduire. Il était retourné vers le véhicule pour lui faire part de son constat. M. L_____ n'avait pas contesté l'existence de la mesure, mais lui avait indiqué que son intention était de laisser le volant à son épouse à la douane. Il lui avait fait remarquer qu'il avait déjà pénétré sous territoire suisse et qu'il aurait pu procéder au changement de conducteur sur le parking précédent le poste de douane, sur territoire français.

19. Le 24 novembre 2008, Madame B_____, épouse de M. L_____, a été entendue à titre de renseignement. Elle voulait reprendre le volant à la douane mais en raison de barrières, entravant l'accès aux places de parkings où l'on pouvait stationner si l'on souhaitait déclarer des marchandises, son mari avait pris l'option de prendre la voie de circulation soumise au contrôle des douaniers. L'un d'eux leur avait fait signe de s'arrêter. Il leur avait demandé les passeports et les papiers de la voiture avant que son mari ait pu se parker. Ce dernier avait présenté son permis de conduire américain. Pendant que le douanier procédait au contrôle, ils avaient changé de place dans la voiture. Lorsque le douanier était revenu, il leur avait demandé de garer leur véhicule. La police était ensuite intervenue.

20. A la fin de cette audition, le juge a avisé les parties de ce qu'il gardait l'affaire à juger.

EN DROIT

1. Le 18 septembre 2008, le Grand Conseil de la République et canton de Genève a modifié la loi d'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 (LOJ - E 2 05), notamment en créant une commission de recours administrative compétente pour connaître, en première instance, des décisions prises par l'OCAN en application de la loi fédérale sur la circulation routière du 19 décembre 1958 (LCR - RS 741.01 ; art. 56Y LOJ) et de l'article 17 de la loi d'application de la législation fédérale sur la circulation routière du 18 décembre 1987 (LaLCR - H 1 05). Ces dispositions sont entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2009. Toutefois, selon la disposition transitoire adoptée par le législateur (art. 162 al. 4 LOJ), le Tribunal administratif reste compétent pour trancher les recours dont il a été saisi contre les décisions rendues par l'OCAN avant le 31 décembre 2008.

Dès lors, interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable (art. 63 al. 1 let. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).

2. Selon l'article 95 alinéa 2 LCR, constitue un délit le fait, pour un conducteur, de conduire un véhicule automobile alors que le permis de conduire lui a été retiré.
3. Selon l'article 16 alinéa 1 LCR la conduite sous retrait de permis est une infraction grave qui, si le conducteur s'est fait retirer son permis pour une infraction grave dans les 5 ans qui précède, a pour conséquence un nouveau retrait de permis pour une durée de 12 mois au minimum (article 16c alinéa 2 LCR).
4. Le juge administratif est lié par le jugement pénal rendu sur l'état de fait qu'il a à connaître (ATF 119 Ib 163:ATA/547/2008 du 28 octobre 2008. Il ne peut s'en écarter que s'il est en mesure de fonder sa décision sur des constats de faits inconnus du juge pénal ou qu'il n'a pas pris en considération, s'il existe des preuves nouvelles dont l'appréciation conduit à un autre résultat, si l'appréciation à laquelle s'est livré le juge pénal se heurte clairement aux faits constatés ou si le juge pénal n'a pas discuté toutes les questions de droit, en partie celles qui touchent à la violation des règles de la circulation (ATF 119 I b 163 ss consid.3 ATA/547/2008 du 28 octobre 2008). Ce principe s'applique également lorsqu'il y a prononcé d'une ordonnances de condamnation (Yvan Jeanneret, Procédures simplifiées et infractions routières, in Journées du droit de la circulation routière 2008, p. 183), mais seulement lorsque cette dernière a été rendue à la suite d'une procédure contradictoire (ATA/277/2001 du 24 avril 2001).
5. Il est avéré que le recourant se trouvait au moment des faits sous le coup d'une mesure de retrait de son permis de conduire suisse, et d'interdiction d'usage sur territoire suisse de son permis de conduire américain, à la suite de la

commission d'une infraction grave à la législation routière (dépassement de la vitesse autorisée de plus de 35 km/h hors localité).

A titre principal, l'intéressé prétend que l'infraction de conduite sous retrait de permis n'est pas réalisée parce que, lorsqu'il a été contrôlé, il n'avait pas encore pénétré sur territoire suisse. Il ressort cependant du dossier de la procédure pénale P/13343/2007 sur la base duquel a été prononcée l'ordonnance de condamnation du 18 octobre 2007, que lorsqu'il s'est fait contrôler par les gardes-frontière, l'intéressé se trouvait au volant de son véhicule sur territoire suisse (rapport de police du 3 septembre 2007).

Le Tribunal administratif, qui n'est pas lié par l'ordonnance de condamnation du 18 octobre 2007, entrée en force suite au retrait d'opposition intervenu, parce que celle-ci a été rendue sur la seule base du dossier de police, a mené une instruction complémentaire dans le cadre de la présente cause. Celle-ci n'a cependant pas amené d'éléments permettant de remettre en question le constat dressé par la police. Selon ses propres déclarations, même s'il en avait l'intention, le recourant n'a pas pu s'arrêter avant le poste de contrôle douanier suisse et c'est donc bien sur territoire suisse qu'il a été contrôlé.

6. Selon le recourant, au cas où le Tribunal administratif venait à considérer qu'il a conduit sur le territoire suisse, il devrait tout de même annuler la mesure administrative prise ou subsidiairement en réduire la durée, en raison de l'erreur de droit au sens de l'article 21 CP dans laquelle il se trouvait au moment des faits, élément qui n'a pas été examiné par l'autorité pénale.

Sous l'ancien, comme le nouveau droit, l'auteur n'est excusable que s'il n'a pas conscience du caractère illicite de ces actes, car il croit que son comportement est admis alors qu'en réalité il a été interdit (I. DUFOUR, La culpabilité, in : La nouvelle partie générale du code pénal suisse, Berne 2006, p. 56 ; J. HURTADO POZO, Droit pénal : partie générale II, Zurich 2008, n° 922 ss). Selon la jurisprudence, l'erreur sur l'illicéité ne doit être admise que de manière restrictive, car il incombe en principe à chacun de se renseigner sur ses droits et ses obligations (ATF 129 IV p. 238, consid. 3.1 ; 128 IV 201 consid. 2. p. 210/211). Un tel devoir s'impose d'autant plus dans le cas où l'auteur avait des raisons de penser que son comportement pouvait être contraire au droit (Arrêt du Tribunal pénal fédéral SK 2007.4 du 21 juin 2007 consid. 6.3.7 ; ATA/486/2008).

Le Tribunal administratif laissera ouverte la question de savoir s'il doit entrer en matière sur une telle argumentation dès lors que le recourant aurait pu la développer devant le juge pénal s'il avait logiquement maintenu son opposition. En effet, la jurisprudence admet que l'erreur de droit peut être invoquée dans le cadre du contentieux en matière de retrait de permis.

Dans le cas d'espèce, de son propre aveu, le recourant admet qu'il savait ne pas avoir le droit, le jour en question, de conduire en Suisse, et que, dès la frontière française, son comportement violerait la loi suisse. S'il veut ainsi prétendre s'être trompé en pensant qu'il n'avait pas encore franchi la frontière lorsqu'il a été contrôlé par le douanier, ce n'est pas l'erreur de droit au sens de l'article 21 CP dont il doit se prévaloir, mais l'erreur sur les faits au sens de l'article 13 CP, également invocable dans ce type de contentieux administratif.

7. Selon l'article 13 CP, quiconque agit sous l'influence d'une appréciation erronée des faits est jugé d'après cette appréciation si elle lui est favorable. L'erreur sur les faits est une erreur commise par un auteur qui réalise les éléments constitutifs de l'infraction mais dont l'intention ne s'étendait pas à tous ces éléments (FF 1999 p. 1810 ; ATA/561/2007 du 30 octobre 2007 ; ATA/473/2007 du 18 septembre 2007). Cependant, l'erreur sur les faits ne peut être invoquée lorsqu'elle est évitable (art. 13 al. 2 CP).

En l'espèce, l'instruction de la procédure a mis en évidence que, si l'on admet que le recourant avait, le jour en question, envisagé de céder le volant à son épouse à la hauteur du poste de douane de Thônex-Vallard il ne s'est aucunement préoccupé ni n'a pris des dispositions pour savoir où se situait exactement la limite de frontière. Il a donc accepté de prendre le risque de conduire, ne serait-ce que sur quelques mètres, sur le territoire de la Confédération. Son erreur était évitable au sens de l'article 13 alinéa 2 CP et il ne peut être considéré qu'il a agi sous le coup d'une conception erronée de la situation. L'article 13 CP ne trouve donc pas application, dans une mesure qui empêcherait que soit prise une mesure administrative à son encontre, ou en réduirait la durée.

8. Selon l'article 16 c alinéa 2 lettre c LCR, la durée minimale du retrait de permis de conduire est de 12 mois au minimum. Cette durée minimale ne peut être réduite (art. 16 al. 3 in fine LCR) et ceci indépendamment des circonstances particulières, comme l'a encore rappelé récemment le Tribunal fédéral (Arrêt du Tribunal fédéral 1 C 83/2008 du 16 octobre 2008 consid. 2.1 in fine).
9. C'est donc à juste titre qu'ayant retenu que le recourant avait circulé sur territoire suisse, l'autorité administrative a prononcé la mesure administrative dont est recours.
10. Le recours sera rejeté et le recourant qui succombe, sera condamné à un émolument de CHF 400.- (article 87 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 9 avril 2008 par Monsieur L._____ contre la décision de l'office cantonal des automobiles et de la navigation du 19 mars 2008 ;

au fond :

le rejette ;

met à la charge du recourant un émolument de CHF 400.-.

dit que, conformément aux articles 82 et suivants 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'article 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 Bénédicte Fontanet, avocat du recourant ainsi qu'à l'office cantonal des automobiles et de la navigation et à l'office fédéral des routes à Berne.

Siégeants : M. Bovy, présidente, Mme Junod, M. Dumartheray, juges.

Au nom du Tribunal administratif :

la greffière-juriste adj. :

M. Tonossi

la présidente :

L. Bovy

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :