RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1340/2021-EXPLOI **ATA/818/2021**

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 10 août 2021

1ère section

dans la cause

Monsieur A_____
représenté par Me Kaveh Mirfakhraei, avocat

contre

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

EN FAIT

1) Monsieur A_____ exploite, sous la forme d'une entreprise individuelle, un magasin d'alimentation, de tabacs et journaux à l'enseigne, B_____ au boulevard C_____, à Genève (ci-après : le magasin).

2) Selon un rapport et deux questionnaires de l'inspection paritaire des entreprises (ci-après : IPE), transmis comme dénonciation au service de police du commerce et de lutte contre le travail au noir (ci-après : PCTN), le dimanche 26 janvier 2020 à 11h, le magasin était ouvert lors du passage des deux membres de l'IPE. Monsieur D_____ était derrière le comptoir assis, en train d'encaisser les achats d'une cliente. Il avait indiqué être salarié de l'établissement à 20 % depuis le 5 janvier 2020 pour un salaire mensuel de CHF 780.-, avoir comme horaire de travail de 9h15 à 11h et travailler en alternance avec son patron, M. A_____, et une autre personne. Deux autres clients, ayant terminé leurs courses, s'étaient présentés au comptoir pour payer. M. D_____ avait encaissé leurs courses et les clients avaient quitté le magasin. Il n'y avait pas d'autres travailleurs dans l'établissement. Pendant le contrôle, M. D_____ avait téléphoné à son patron, qui était arrivé après quelques minutes.

3) Le 7 janvier 2021, le PCTN a transmis une copie de la dénonciation de l'IPE à M. A_____, lui a indiqué envisager de prononcer à son encontre une sanction et/ou une mesure administrative et lui a imparti un délai au 18 janvier 2021 pour lui adresser ses éventuelles observations par écrit, lui retourner le formulaire de situation personnelle et financière annexé et produire une copie de son dernier avis de taxation fiscale, faute de quoi sa situation financière ne serait pas prise en compte dans la fixation de l'amende.

Dans la mesure où aucune disposition contraire à l'obligation de fermer le dimanche n'était applicable à son commerce pour le 26 janvier 2020 et que ce dernier n'était pas au bénéfice d'une disposition dérogatoire de la réglementation fédérale sur le travail, il lui était reproché une violation de l'obligation de fermeture prévue par la législation sur les heures d'ouverture des magasins. Le montant de l'amende pouvait s'élever de CHF 300.- à CHF 60'000.-.

4) Le 1er mars 2021, M. A_____ a rempli le formulaire de situation personnelle et financière, qu'il a communiqué au PCTN avec le bilan et les comptes d'exploitation du magasin au 31 décembre 2019 ainsi que ses avis de taxation pour ses activités indépendantes pour l'impôt cantonal et communal (ci-après : ICC) et l'impôt fédéral direct (ci-après : IFD) 2018. L'autorité a reçu l'ensemble de ces documents le 4 mars 2021.

5) Par décision du 22 mars 2021, le PCTN a infligé une amende de CHF 7'020.- à M. A_____ en raison des faits constatés le 26 janvier précédent, tenant compte de sa situation financière.

6) Par acte du 19 avril 2021, accompagné d'une liste de témoins comportant uniquement M. D_____, le « commerce B_____, représenté par M. A_____ » a recouru auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre cette décision, concluant à son annulation et à l'octroi d'une indemnité équitable à titre de dépens.

M. A_____ disposait d'une signature individuelle et avait une fonction dirigeante dans le magasin. Le 26 janvier 2020, il y travaillait et M. D_____, qui était de passage, l'avait à sa demande remplacé pendant trente minutes pour qu'il puisse prendre une douche, sans recevoir aucun salaire ou compensation. M. D_____ ne pouvait être considéré comme du personnel du dimanche.

7) Par réponse du 19 mai 2021, le PCTN s'en est rapporté à justice sur la recevabilité du recours et a conclu à son rejet.

Le magasin était une entreprise individuelle, qui n'avait pas la personnalité juridique, et le destinataire de la décision était M. A_____ et non cette dernière.

La version des faits présentée dans le recours n'était pas crédible et était contestée. M. A_____ n'avait pas indiqué cela lorsqu'il avait été invité à exercer son droit d'être entendu. La nouvelle version était par ailleurs en contradiction avec les déclarations de M. D_____ lors du contrôle, lesquelles étaient détaillées et emportaient conviction. Ce dernier était en tout état un employé du commerce, de sorte qu'il s'agissait de personnel occupé le dimanche, même à supposer qu'il n'ait travaillé que pour trente minutes sans compensation supplémentaire. Le fait de vouloir prétendument prendre une douche ne justifiait pas l'infraction. Le montant de l'amende correspondait à la culpabilité et à la situation personnelle et financière de M. A_____.

8) Sur ce, en l'absence de réplique dans le délai imparti à cet effet, la cause a été gardée à juger, ce dont les parties ont été informées.

EN DROIT

1) Le recours a été interjeté en temps utile et devant la juridiction compétente (art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ – E 2 05 ; art. 62 al. 1 let. a et 63 al. 1 let. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).

2) a. Aux termes de l'art. 8 LPA, toute partie qui, à teneur du droit public ou du droit privé, peut agir personnellement ou par un mandataire de son choix a capacité d'ester. La capacité d'ester en justice (« Prozessfähigkeit ») est la faculté de mener soi-même le procès ou de désigner soi-même un mandataire qualifié pour le faire. Elle appartient à toute personne qui a la capacité d'être partie (« Parteifähigkeit »), c'est-à-dire à toute personne qui a la faculté de figurer comme partie dans un procès. Aussi bien la capacité d'être partie que la capacité d'ester en justice sont des notions de procédure et relèvent donc, théoriquement, du droit cantonal. Elles découlent néanmoins du droit matériel puisque la capacité d'être partie appartient à quiconque a la jouissance des droits civils, de même que la capacité d'ester en justice est le corollaire de l'exercice des droits civils. Tant la capacité d'être partie que celle d'ester en justice sont des conditions sine qua non de l'exercice des droits de partie devant les autorités et juridictions administratives. En conséquence, vu leur caractère impératif, ces conditions ne peuvent faire défaut et il est naturellement exclu de pallier un éventuel défaut par un accord des parties (ATA/1300/2015 du 8 décembre 2015 consid. 4a et les références citées).

b. En l'espèce, le recours a été formé au nom du magasin, entreprise individuelle dépourvue de la personnalité juridique et qui n'a donc pas la capacité d'être partie au présent litige. Toutefois, le recours indique également que l'entreprise individuelle est représentée par M. A_____. Ce dernier, destinataire de la décision attaquée, a signé la procuration annexée au recours, dont il ressort clairement que c'est en réalité lui qui conteste l'amende infligée. Le recours ne peut dans ce contexte être déclaré irrecevable, sauf à faire preuve de formalisme excessif.

Par conséquent, le recours doit être considéré comme ayant été interjeté par M. A_____ et sera déclaré recevable.

3) Le litige porte sur la conformité au droit de l'amende de CHF 7'020.- infligée au recourant.

4) Sans y conclure formellement, le recourant a versé à la procédure une liste de témoins sur laquelle seul figure le nom de M. D_____.

a. Tel qu'il est garanti par l'art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale 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 et d'obtenir qu'il y soit donné suite (ATF 132 II 485 consid. 3.2 ; 127 I 54 consid. 2b). Ce droit ne s'étend qu'aux éléments pertinents pour l'issue du litige et n'empêche pas le juge de renoncer à l'administration de certaines preuves et de procéder à une appréciation anticipée de ces dernières, 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 138 III 374 consid. 4.3.2 ; 131 I 153 consid. 3). En outre, il

n'implique pas le droit d'être entendu oralement, ni celui d'obtenir l'audition de témoins (ATF 134 I 140 consid. 5.3 ; 130 II 425 consid. 2.1).

b. En l'espèce, le dossier en mains de la chambre administrative comprend la dénonciation de l'IPE, laquelle inclut le questionnaire de cette dernière à M. D_____ et le questionnaire au recourant, ainsi que les éléments transmis par ce dernier à l'autorité intimée après avoir été informé du fait que le prononcé d'une amende administrative était envisagé. Ces éléments suffisent à permettre à la chambre administrative de trancher le litige en toute connaissance de cause.

Il ne sera par conséquent pas donné suite à la requête du recourant.

5) Le recourant conteste qu'une amende puisse lui être infligée.

a. La loi sur les heures d'ouverture des magasins du 15 novembre 1968 (LHOM - I 1 05) s'applique à tous les magasins sis sur le territoire du canton de Genève (art. 1 LHOM).

Les magasins ne sont pas soumis 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 de magasins, étant précisé que ne sont pas considérés comme du personnel les travailleurs exerçant une fonction dirigeante élevée au sens de la loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce du 13 mars 1964 (LTr - RS 822.11) et qui sont tenus de s'annoncer au PCTN (art. 4 let. b LHOM).

b. Sous réserve de l’art. 18 et à moins que 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 (art. 16 LHOM).

Le 31 décembre, les commerces sont autorisés à ouvrir au public jusqu’à 17h et à employer du personnel sans autorisation en lui accordant les compensations prévues par les usages de leur secteur d’activité en application de l’art. 19 al. 6 LTr (art. 18 LHOM).

En application de l’art. 19 al. 6 LTr, le personnel peut être employé sans autorisation et les commerces peuvent ouvrir au public trois dimanches par an jusqu’à 17h lorsqu’il existe une convention collective de travail étendue au sens des art. 1, 1a et 2 de la loi fédérale permettant d’étendre le champ d’application de la convention collective de travail du 28 septembre 1956 (RS 221.215.311), dans la branche du commerce de détail du canton de Genève (art. 18A al. 1 LHOM). Après consultation des partenaires sociaux, le PCTN fixe les dimanches concernés de l’année. Ceux-ci sont annoncés dans les meilleurs délais (art. 18A al. 2 LHOM).

c. En cas d'infraction à la LHOM ou à ses dispositions d'exécution, le 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).

6) a. La constatation des faits, en procédure administrative, est gouvernée par le principe de la libre appréciation des preuves, qui signifie que le juge forme librement sa conviction, en analysant la force probante des preuves administrées, dont ni le genre, ni le nombre n'est déterminant, mais uniquement la force de persuasion (art. 20 al. 1 LPA ; ATA/600/2021 du 8 juin 2021 consid. 7b).

b. Conformément à la jurisprudence constante de la chambre administrative, en présence de déclarations contradictoires, la préférence doit en principe être accordée à celles que l'intéressé a données en premier lieu, alors qu'il en ignorait les conséquences juridiques, les explications nouvelles pouvant être, consciemment ou non, le produit de réflexions ultérieures (ATA/601/2021 du 8 juin 2021 consid. 7a et les références citées).

7) En l'espèce, le recourant conteste la décision litigieuse en affirmant que c'était lui, dirigeant, qui travaillait dans le magasin le 26 janvier 2020 et que M. D_____ n'était que de passage et l'avait uniquement remplacé pendant trente minutes pour lui permettre de prendre une douche, sans être rémunéré, de sorte que l'art. 4 let. b LHOM serait applicable.

Or, non seulement cette version des faits n'a jamais été mentionnée avant le recours devant la chambre administrative, que cela soit le jour-même lors du contrôle de l'IPE ou même ultérieurement lorsque la dénonciation a été communiquée au recourant et que l'occasion lui a été donnée de faire valoir son droit d'être entendu, mais elle est en outre contredite par les éléments au dossier.

En effet, M. D_____ a expliqué à l'IPE travailler au magasin en alternance avec son patron et un autre employé, son taux de travail étant de 20 % pour un salaire mensuel de CHF 780.-. Il a par ailleurs spécifié ses horaires, de 9h15 à 11h, étant rappelé que le contrôle litigieux a eu lieu le dimanche 26 janvier 2020 à 11h, alors qu'il officiait à la caisse.

Par ailleurs, le questionnaire de l'IPE au recourant comporte simplement deux noms, soit celui de M. D_____ et d'un tiers, vraisemblablement le deuxième employé, mais ne fait aucune mention de la version du recourant devant la chambre administrative.

De surcroît, le recourant ne s'est pas annoncé au PCTN au sens de l'art. 46 LHOM.

Finalement, lorsque l'opportunité lui a été donnée de faire valoir sa version des faits, le recourant a simplement transmis ses informations financières. À cette

occasion encore il n'a nullement fait mention de la version des faits avancée devant la chambre administrative.

Au vu de ces éléments, les allégations du recourant avancées sur le tard, en contradiction avec les observations des deux personnes ayant procédé au contrôle et les explications de son employé, sont dénuées de toute crédibilité. La chambre administrative retiendra que M. D_____ travaillait au magasin le dimanche 26 janvier 2020. Le grief sera donc écarté.

Le recourant ne se prévaut pas, et il ne ressort pas du dossier, qu'une autre dérogation ou exception à l'art. 16 LHOM serait applicable dans le cas d'espèce, de sorte que l'infraction à cette disposition est réalisée et le principe de l'amende fondé.

8) 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, 3ème éd., 2011, p. 160 n. 1.4.5.5 ; plus nuancé : Thierry TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2ème éd., 2018, p. 413 n. 1211).

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. On doit cependant réserver celles qui concernent exclusivement les juridictions pénales (notamment les art. 34 ss, 42 ss, 56 ss, 74 ss et 106 al. 1 et 2 CP ; ATA/422/2020 du 30 avril 2020 consid. 18c).

Il est ainsi nécessaire que la personne contrevenante ait commis une faute, fût-ce sous la forme d'une simple négligence (ATA/407/2020 du 30 avril 2020 consid. 7c ; Ulrich HÄFELIN/Georg MÜLLER/Felix UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8ème éd., 2020, p. 343 n. 1493).

c. 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. La chambre administrative ne la censure qu'en cas d'excès ou d'abus (ATA/526/2020 du 26 mai 2020 consid. 10b).

d. L'autorité prend en considération la nature, la gravité et la fréquence des infractions commises, dans le respect du principe de proportionnalité (art. 36 al. 3 Cst. ; ATA/326/2020 du 7 avril 2020 consid. 8b ; ATA/1365/2017 du 9 octobre 2017 consid. 9e).

9) En l'espèce, le recourant ne conteste pas la quotité de l'amende.

Il ressort du dossier que l'autorité intimée a tenu compte de la culpabilité et de la situation personnelle et financière de ce dernier pour fixer l'amende à CHF 7'020.-, montant qui se situe dans la fourchette inférieure de l'art. 33 LHOM. Au surplus, il sera relevé que le recourant n'a nullement pris conscience de sa culpabilité puisqu'il persiste à contester l'amende litigieuse en soutenant une version des faits allant à l'encontre des éléments au dossier, ce qui démontre son absence de toute prise de conscience.

Au vu de ce qui précède, il n'apparaît pas que l'autorité intimée ait abusé de son pouvoir d'appréciation en fixant l'amende à CHF 7'020.-, de sorte que sa quotité est fondée et doit être confirmée.

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

10) Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 800.- 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 avril 2021 par Monsieur A_____ contre la décision du service de police du commerce et de lutte contre le travail au noir du 22 mars 2021 ;

au fond :

le rejette ;

met un émolument de CHF 800.- à la charge de Monsieur 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 Me Kaveh Mirfakhraei, avocat du recourant, 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 Tombesi, juges.

Au nom de la chambre administrative :

le greffier-juriste :	la présidente siégeant :
F. Scheffre	F. Payot Zen-Ruffinen

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le la greffière :