RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2820/2020-EXPLOI **ATA/83/2021**

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 26 janvier 2021

1ère section

dans la cause

Messieurs A_____ et B_____
représentés par Me Pascal Pétroz, avocat

contre

COMMUNE DE C_____
représentée par Me François Bellanger, avocat

EN FAIT

1. Par courrier du 23 juin 2020, le service de la gérance du département des infrastructures (ci-après : le département) a autorisé Messieurs A_____ et B_____ à utiliser le domaine public pour l'installation de la buvette « D_____ », par la suite renommée « D_____» (ci-après : D_____) sur la parcelle n°1_____ (ci-après : parcelle) de la commune de C_____ (ci-après : la commune) pour la période du 15 juin au 30 septembre 2020. Un plan précisait l'endroit où elle serait installée, la structure prévue étant de 45m^2 environ. Cette autorisation était subordonnée à l'accord de la commune.

2. Par courriel du 24 juin 2020, M. A_____ a annoncé à la commune avoir obtenu l'autorisation d'utiliser le domaine public pour le « D_____ ».

3. Par courriel du 26 juin 2020, Madame E_____, conseillère administrative de la commune, a demandé à M. A_____ de lui remettre copie de l'autorisation précitée et, si une terrasse devait être aménagée sur la parcelle, l'a prié de déposer une demande à cet égard auprès de la commune.

4. Par courriel du 28 juin 2020, M. A_____ a transmis une copie de ladite autorisation à Mme E_____. Il a précisé que l'équipe du « D_____ » ne souhaitait pas installer de terrasse.

5. Par courriel du 29 juin 2020, Mme E_____ a indiqué à M. A_____ que l'autorisation précédemment transmise se rapportait uniquement à l'occupation du domaine public et qu'il ne s'agissait pas d'une autorisation d'exploitation de buvette ; celle-ci devant être délivrée par le service de police du commerce et de lutte contre le travail au noir (ci-après : PCTN).

6. Par courriel du même jour, M. A_____ a répondu qu'une autorisation du PCTN ne leur était pas nécessaire dans la mesure où leur activité se limitait à la vente d'aliments et de boissons à l'emporter et qu'aucune terrasse, bien qu'initialement prévue par les plans, ne serait établie sur la parcelle.

7. Par courriel du 1er juillet 2020, le PCTN a confirmé à Mme E_____ qu'aucune autorisation de sa part n'était requise pour la vente de boissons et d'aliments à l'emporter, pour autant qu'il ne s'agisse pas de vente à consommer sur place (« pas de tables, de chaises, de manges-debout, de terrasse avec tables et chaises ») ou de vente d'alcool à l'emporter.

8. Le 18 juillet 2020, l'exploitation du Food truck « D_____ » a commencé.

9. Par courriel du 21 juillet 2020 adressé à M. A_____, Mme E_____ est notamment revenue sur un contrôle effectué par la police municipale. Lors de

celui-ci, les agents municipaux avaient relevé la présence de chaises longues aux abords de l'installation « D_____ », sans qu'aucune autorisation en faveur de l'exploitation d'une terrasse ne lui ait été délivrée. Partant, Mme E_____ a prié M. A_____ de retirer tous les accessoires et installations mobiles (chaises, chaises longues, plancher…) sous peine de dénonciation.

Il sera revenu en tant que de besoin dans la partie en droit du présent arrêt sur la description précise de l'installation.

10. Par courriel du 22 juillet 2020, M. A_____ a indiqué à Mme E_____ que leur stand ne disposait pas de terrasse et que celle-ci n'était pas souhaitée par l'équipe du « D_____ ». Les chaises longues étaient dorénavant pliées et rangées, mais demeuraient à la disposition des usagers du site en échange d'une pièce d'identité.

11. Par contrôles effectués les 23 et 25 juillet 2020, la police municipale de la commune a constaté l'installation d'une terrasse ainsi qu'une structure solide sur la parcelle. Les agents municipaux ont enjoint aux intéressés d'immédiatement démonter cette installation.

12. Lors de son audition du 30 juillet 2020 par des représentants de la commune, M. A_____ a déclaré que sa structure n'était pas une terrasse, mais un support destiné à recevoir des installations d'exploitation en raison de l'irrégularité du terrain de la parcelle. Il n'avait pas eu le temps de retirer cet aménagement. En outre, il trouvait disproportionné de devoir démonter ladite structure sans qu'une décision formelle ne lui ait été adressée au préalable. L'absence d'autorisation formelle pour la terrasse relevait d'un simple malentendu et il allait entreprendre les démarches pour en obtenir une.

13. Par décision du 30 juillet 2020, la commune a infligé une amende administrative de CHF 3'000.- à MM. A_____ et B_____, pris conjointement et solidairement, et les a sommés de démonter l'installation dans les quarante-huit heures.

14. Le 5 août 2020, la police municipale a constaté que la structure était toujours en place.

15. Par acte du 14 septembre 2020, MM. A_____ et B_____, agissant conjointement, ont recouru auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre la décision précitée en concluant à son annulation.

Selon le projet originel et les plans annexés, une terrasse était initialement prévue à côté du Food truck « D_____ ». Or, dans la mesure où ils souhaitaient uniquement faire commerce d'aliments et de boissons à consommer à l'emporter, ils avaient renoncé à installer une terrasse.

Monsieur F_____, conseiller administratif de la commune, s'était rendu sur le site une fois le stand érigé sans jamais invoquer un quelconque défaut d'autorisation d'exploitation.

Par ailleurs, Monsieur G_____, chef du secteur inspectorat du PCTN, leur avait expliqué qu'ils n'étaient pas soumis à la loi du 19 mars 2015 sur la restauration, le débit de boissons, l'hébergement et le divertissement (LRDBHD - RS I 2 22), dans la mesure où le Food truck « D_____ » ne permettait pas à leur clientèle de consommer des aliments et des boissons sur place.

Toutefois, si la chambre de céans devait considérer que cette loi était applicable, il n'en demeurerait pas moins que leur installation n'était pas une terrasse au sens de la loi. En effet, leur activité se limitait à la vente d'aliments et de boissons à l'emporter, sans que leur clientèle ait la possibilité – même debout – de consommer sur place. Par ailleurs, leur structure servait uniquement à entreposer le Food truck « D_____ » ainsi que le matériel et la marchandise destinée à la vente.

Par ailleurs, dans la mesure où le département et la commune les avaient autorisés à installer leur stand, ils disposaient de toutes les autorisations nécessaires. La sanction était infondée, subsidiairement disproportionnée.

16. La commune a conclu au rejet du recours.

Les plans annexés à l'autorisation du département indiquaient l'emplacement initial de la remorque « D_____ », l'espace destiné au rangement technique ainsi qu'une grande terrasse dont la mise en place était conditionnée à l'autorisation de la commune.

Or, sans pour autant en obtenir l'autorisation, les intéressés avaient érigé une terrasse sur laquelle avait notamment été disposées une table et des chaises longues, permettant ainsi à la clientèle du « D_____ » de consommer des aliments et des boissons sur place. Dès lors, les recourants étaient soumis à la LRDBHD et devaient obtenir une autorisation de la commune pour l'aménagement de cette terrasse sur le domaine public.

Par ailleurs, même si les recourants n'avaient pas érigé de terrasse, il n'en demeurait pas moins qu'ils avaient installé un bar, leurs réfrigérateurs et leurs mobiliers sur le domaine public communal sans y avoir été autorisés. Partant, la commune était compétente et légitimée à prendre des sanctions administratives. À ce titre, l'amende administrative infligée aux intéressés n'était pas disproportionnée, étant précisé que celle-ci avait été établie en tenant compte de l'élaboration de différents rapports, de l'audition des intéressés et des nombreuses correspondances avec ceux-ci, soit une activité ayant nécessité une vingtaine

d'heures de travail représentant CHF 3'000.- au tarif de CHF 150.- de l'heure (20 heures X CHF 150.- = CHF 3'000.-).

17. Par réplique du 19 novembre 2020, les recourants ont précisé leurs précédentes écritures.

Les chaises, initialement proposées à la clientèle pour qu'elle puisse s'installer au bord du lac Léman, avaient été retirées à la suite d'une discussion avec les agents municipaux. Par ailleurs, ils ne proposaient pas de tables, chaises, mange-debout ou terrasse à leurs clients. Ceux-ci ne pouvaient dès lors pas consommer d'aliments et de boissons sur place. En sus, l'espace destiné à ce que les clients puissent retirer leurs marchandises était restreint et ne s'apparentait pas à « un comptoir de bar ».

Le 6 août 2020, ils avaient une nouvelle fois pris contact avec M. G_____, qui leur avait assuré que leur stand ne contrevenait pas à l'autorisation qui leur avait été délivrée. Par ailleurs, ils avaient simplement interchangé l'emplacement, originairement prévu par les plans, de la remorque avec celui de la tente technique pour des raisons de logistique.

18. Sur ce, les parties ont été informées que la cause était 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 recours peut être formé pour violation du droit y compris l'excès et l'abus du pouvoir d'appréciation et pour constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents (art. 61 al. 1 let. a et b LPA). Les juridictions administratives n'ont pas de compétence pour apprécier l'opportunité de la décision attaquée, sauf exception prévue par la loi (art. 61 al. 2 LPA).

3. Dans un premier grief, les recourants considèrent que leur activité n'était pas couverte par le champs d'application de la LRDBHD.

a. La LRDBHD a pour but de régler les conditions d'exploitation des entreprises vouées à la restauration et/ou au débit de boissons à consommer sur place, à l'hébergement, ou encore au divertissement public (art. 1 LRDBHD). Les exceptions au champ d'application sont prévues à l'art. 2 LRDBHD.

Cette loi définit une entreprise comme toute forme d'exploitation d'une activité vouée à la restauration et/ou au débit de boissons à consommer sur place,

à l'hébergement, ou encore au divertissement public, exercée contre rémunération ou à titre professionnel (art. 3 let. a LRDBHD).

b. En l'espèce, il est admis par les recourants que leur activité a consisté en la vente d'aliments et de boissons. Seul est contesté, par les intéressés, le caractère de consommation « sur place » de leurs produits.

La notion de consommation « sur place », n'est pas définie par la LRDBHD et son règlement d'application du 28 octobre 2015 (RRDBHD - I 2 22.0).

Il ressort notamment des plans d'exploitation de la parcelle que le Food truck « D_____ », d'un diamètre d'environ 2,4 m, devait être placé à côté d'une terrasse large d'environ 4,5 m, étant rappelé que les recourants ont à plusieurs reprises exprimé leur volonté de renoncer à l'établissement d'une terrasse sise sur la parcelle.

Or, il apparaît que les recourants ont érigé, à l'emplacement initialement prévu pour la terrasse, une structure en bois large d'environ 4 m, qui était accessible par deux marches d'escaliers, longeant la structure sur presque l'entier de la longueur, et soutenue par des cylindres en acier posés sur des plaques de béton ou de pierre.

Ont notamment été positionnés sur cette structure le Food truck « D_____ » ainsi qu'une tente technique. Sous celle-ci, se trouvent certes deux réfrigérateurs, mais aussi une table, des chaises, des chaises longues à disposition et surtout un bar composé de deux éléments dont chacun fait, selon les photographies, au minimum la même longueur que le diamètre du « D_____ ». C'est ainsi une longueur de bar d'environ 5 m qui est offerte à la clientèle sous une tente, rectangulaire, d'une hauteur de plus de 2,5 m et d'une surface, en conséquence, de plus de 20 m^2.

Ledit mobilier, soit notamment le comptoir, a permis aux clients d'acheter et donc, de consommer des aliments et des boissons.

Selon la jurisprudence, l'installation d'un mobilier fréquemment visible au sein d'un d'établissement public dans lequel il est possible de consommer des aliments et/ou boissons, conduit à retenir que la clientèle devait pouvoir emporter les produits achetés, mais également les consommer sur place (ATA/34/2018 du 16 janvier 2018 consid. 4c).

Les recourants ont, par ailleurs, proposé à leur clientèle, contre dépôt de leur pièce d'identité, des chaises longues qui pouvaient être disposées aux abords de la parcelle. Partant, dans la mesure où ils ont procuré du mobilier devant leur être restitué, ils ont offert à leur clientèle la possibilité de consommer sur place les aliments et boissons vendus. À cet égard, il importe peu que lesdites chaises aient été disposées à l'intérieur ou à l'extérieur du périmètre de la parcelle.

À l'aune des éléments susmentionnés, il convient donc de conclure que c'est à tort que les recourants ont considéré qu'ils n'étaient pas soumis à la LRDBHD, dès lors qu'ils ont exploité une entreprise vouée à la restauration et/ou débit de boissons à consommer notamment sur place au sens de l'art.1 LRDBHD.

Ce grief sera donc rejeté et la LRDBHD appliquée au présent cas.

4. Dans un second grief, les intéressés considèrent que l'installation litigieuse n'est pas une terrasse au sens de la LRDBHD.

a. La LRDBHD définit la terrasse comme étant un espace en plein air qui peut être saisonnière ou permanente, couvert ou fermé, permettant la consommation de boissons ou d'aliments, qui est accessoire à une entreprise et qui se situe sur domaine public ou privé (art. 3 let. r LRDBHD).

b. En l'espèce, les recourants ont exploité le Food truck « D_____ ». La définition du statut du « D_____ » au sens de la LRDBHD souffrira de rester indécise compte tenu de ce qui suit.

Au regard des éléments du cas d'espèce, la structure litigieuse doit être qualifiée de terrasse. En effet, elle a été temporairement érigée en plein air, a permis la consommation de boissons et d'aliments et était accessoire au Food truck « D_____ », de sorte qu'elle correspond aux caractéristiques d'une terrasse au sens de la LRDBHD.

Ainsi, ce grief sera également écarté.

5. Les recourants invoquent le défaut de compétence de la commune pour leur infliger une sanction administrative, qu'ils considèrent par ailleurs comme étant disproportionnée.

a. La commune du lieu de situation de l'entreprise est compétente pour autoriser l'exploitation des terrasses. Si la terrasse est située sur domaine privé, l'accord du propriétaire du terrain est également nécessaire (art. 4 al. 2 LRDBHD).

Les communes fixent les conditions d'exploitation propres à chaque terrasse, notamment les horaires, en tenant compte de la configuration des lieux, de la proximité et du type de voisinage, ainsi que de tout autre élément pertinent (art. 15 al. 1 LRDBHD). Pour des motifs d'ordre public et/ou en cas de violation des conditions d'exploitation visées notamment à l'art. 15 al. 1 LRDBHD, les communes sont habilitées à prendre, pour ce qui touche à l'exploitation de la terrasse concernée, les mesures et sanctions prévues par la LRDBHD, lesquelles sont applicables par analogie (art. 15 al. 3 LRDBHD et art. 4 al. 2 RRDBHD).

b. Selon l'art. 60 al. 1 LRDBHD, le département est l'autorité compétente pour décider des mesures et sanctions relatives à l'application de la LRDBHD. Sont

réservées les dispositions spéciales de la LRDBHD qui désignent d'autres autorités, de même que les mesures et sanctions prévues par d'autres lois et règlements qui relèvent notamment des domaines visés à l'art. 1 al. 4 LRDBHD.

Le département intime l'ordre de cesser immédiatement l'exploitation de toute entreprise exploitée sans autorisation en vigueur (art. 61 al. 1 LRDBHD). Aux termes de l'art. 65 LRDBHD intitulé « amendes administratives », en cas d'infraction à ladite 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, respectivement à la place ou en sus du prononcé de l'une des mesures prévues à l'art. 63 LRDBHD (al. 1). Si l'infraction a été commise dans la gestion d'une personne morale, d'une société en commandite, d'une société en nom collectif ou d'une entreprise en raison individuelle, la sanction de l'amende est applicable aux personnes qui ont agi ou auraient dû agir en son nom. La personne morale, la société ou le propriétaire de l'entreprise individuelle répondent solidairement des amendes. La sanction est applicable directement aux sociétés ou entreprises précitées lorsqu'il n'apparaît pas de prime abord quelles sont les personnes responsables (art. 65 al. 2 LRDBHD).

c. 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/82/2020 du 28 janvier 2020 consid. 9b ; ATA/1599/2019 du 29 octobre 2019 consid. 12b ; ATA/1411/2017 du 17 octobre 2017 consid. 6b et les références citées).

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. On doit cependant réserver celles qui concernent exclusivement le juge pénal (ATA/82/2020 du 28 janvier 2020 consid. 9b ; ATA/319/2017 du 21 mars 2017 consid. 3d et les références citées).

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/319/2017 précité consid. 3d et les références citées).

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 juridiction de céans ne la censure qu'en cas d'excès ou d'abus. Enfin, l'amende doit respecter le principe de la proportionnalité (art. 36 al. 3 Cst. ; ATA/82/2020 du 28 janvier 2020 consid. 9b ; ATA/1249/2019 du 13 août 2019 consid. 5c et les références citées).

La chambre de céans a notamment jugée qu'une amende administrative à hauteur de CHF 400.- pour l'exploitation d'un établissement ayant engendré des inconvénients pour le voisinage respectait le principe de proportionnalité (ATA/344/2020 du 4 avril 2020 consid. 6c). Dans des causes relatives à des infractions de prête-nom, la chambre administrative a retenu que des amendes administratives de CHF 1'500.- et de CHF 2'740.- n'étaient pas disproportionnées (ATA/280/2020 du 10 mars 2020 consid. 6c ; ATA/82/2020 du 28 janvier 2020 consid. 8d).

d. Dans le cas d'espèce, la commune était compétente pour autoriser l'exploitation d'une terrasse sise sur son territoire communal. Dans la mesure où les recourants ont érigé une terrasse sans y avoir été autorisés par la précitée, celle-ci était également habilitée à les sanctionner. Partant, les intéressés ayant contrevenu aux dispositions légales relatives à l'établissement d'une terrasse, une sanction administrative est dès lors justifiée (art. 15 al. 3 LRDBHD et art. 4 al. 2 RRDBHD). À ce titre, il sera rappelé que la fermeture d'une exploitation sans autorisation ainsi qu'une amende administrative sont des mesures prévues par la LRDBHD (art. 61 al. 1 LRDBHD et art. 65 al. 1 LRDBHD) et auxquelles la commune pouvait recourir pour sanctionner les manquements des intéressés. Toutefois, l'injonction de démonter la terrasse étant devenue sans objet, la chambre de céans examinera uniquement si l'amende infligée était correctement établie au regard des principes applicables à la fixation de la peine.

À cet égard, force est de constater que les éléments pris en considération par la commune pour l'établissement du montant de l'amende administrative ne relèvent pas des principes applicables à la fixation de la peine. En effet, la commune a fixé l'amende de CHF 3'000.- eu égard aux heures de travail déployées par ses différents services, alors que la précitée aurait dû en réalité tenir compte de la culpabilité des intéressés, de leurs antécédents et de leur situation personnelle pour en établir le montant.

Ainsi, bien que l'amende administrative soit confirmée dans son principe, la chambre administrative renverra le dossier à la commune pour qu'elle en fixe la quotité conformément aux critères précités.

Le recours sera admis sur ce seul élément.

6. Vu l'admission partielle du recours, un émolument, réduit, de CHF 250.- sera mis à la charge des recourants (art. 87 al. 1 LPA), et aucune indemnité de procédure ne sera allouée, le principe de l'amende ayant été confirmé et seule la quotité de celle-ci restant à déterminer (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 14 septembre 2020 par Messieurs A_____ et B_____ contre la décision de la commune de C_____ du 30 juillet 2020 ;

au fond :

l'admet partiellement ;

annule la décision du 30 juillet 2020 en tant que le montant de l'amende est fixé à CHF 3'000.- et la confirme pour le surplus ;

renvoie le dossier à la commune au sens des considérants ;

met un émolument de CHF 250.- à la charge de Messieurs A_____ et B_____ , pris solidairement ;

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 Pascal Pétroz, avocat des recourants, ainsi qu'à Me François Bellanger, avocat de la commune de C_____.

Siégeant : Mme Payot Zen-Ruffinen, présidente, M. Verniory, Mme Lauber, 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 :