RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

**A/4034/2020-EXPLOI** **ATA/154/2021**

# COUR DE JUSTICE

## Chambre administrative

## Arrêt du 9 février 2021

**1ère section**

dans la cause

**A_____**
représentée par Me Guy Braun, avocat

contre

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

## EN FAIT

1) La société A_____ (ci-après : A_____), ayant son siège à Genève, dont Monsieur B_____ est l'administrateur, exploite, selon autorisation du 13 mars 2017, rue C_____, un salon de jeux au sens de l'art. 3 let. c de la loi sur la restauration, le débit de boissons, l'hébergement et le divertissement du 19 mars 2015 (LRDBHD - I 2 22), à l'enseigne « D_____ ».

Selon la requête en autorisation d'exploiter déposée le 29 novembre 2016, il était question d'un cybercafé comportant trente ordinateurs. Il ressort de l'autorisation d'exploitation du 13 mars 2017 que l'horaire maximal était fixé de 17h00 à 24h00 du lundi au jeudi inclus et de 17h00 à 0200 les vendredis et samedis, le dimanche étant jour de fermeture.

2) Selon un rapport établi le mercredi 28 octobre 2020 par la police de proximité du poste du Bourg-de-Four, un contrôle effectué le même jour à 21h55 au « D_____ » en lien avec les mesures Covid-19 avait permis de constater que Messieurs E_____ et F_____ étaient en train d'y jouer en ligne, sur deux ordinateurs. Aucun responsable de l'établissement n'était présent, M. E_____ ayant toutefois indiqué qu'il était responsable des lieux le soir, sans que cela ne fût officiel. Il n'avait pas été en mesure de présenter les autorisations d'exploiter. Il n'avait pas été informé de ses devoirs. La police avait, en vain, cherché à joindre M. B_____ par téléphone.

Des agents de police avaient ordonné la fermeture immédiate de l'établissement. M. B_____ serait mis en contravention pour poursuite de l'activité en violation de l'obligation de fermeture ordonnée (art. 40 et 83 de la loi fédérale sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme du 28 septembre 2012 (LeP - RS 818.01 ; art. 5, 15 et 17 des arrêtés du conseil d'État des 14 août et 23 octobre 2020), et absence de désignation d'un remplaçant compétent et instruit de ses devoirs assumant la responsabilité de l'exploitation (art. 22 al. 3 LRDBHD et 40 al. 6 à 8 du règlement d'exécution de la loi sur la restauration, le débit de boissons, l'hébergement et le divertissement du 28 octobre 2015 [RRDBHD - I 2 22.01]).

3) Par décision du 5 novembre 2020, déclarée exécutoire nonobstant recours, le service de police du commerce et de lutte contre le travail au noir (ci-après : PCTN) a ordonné la fermeture immédiate du « D_____ » avec pose de scellés, jusqu'au 20 décembre 2020 inclus, soit vingt et un jours de plus que la fermeture décidée par le Conseil d'État par arrêté du 1er novembre 2020, la décision pouvant être prolongée par le PCTN en cas de prolongation de la fermeture des établissements de divertissement et de loisirs par le Conseil d'État.

La poursuite de l'activité constatée le 28 octobre 2020, en violation de l'obligation de fermeture ordonnée par arrêtés du Conseil d'État des 23 et 29 octobre 2020, puis 1er novembre 2020, favorisait très activement et très gravement la circulation du Covid-19. L'art. 62 LRDBHD permettait au département, soit pour lui au PCTN, de procéder à la fermeture, avec apposition de scellés, pour une durée maximale de quatre mois, toute entreprise dont l'exploitation perturbait ou menaçait gravement l'ordre public, notamment en matière de tranquillité, de santé, de sécurité et de moralité publiques.

4) La décision a été notifiée à M. B_____ en mains propres le 11 novembre 2020.

5) Par acte déposé au greffe le 1er décembre 2020, A_____ a recouru contre la décision du 5 novembre 2020 auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative), concluant à son annulation. Préalablement, l'effet suspensif devait être restitué au recours et la comparution personnelle des parties ordonnée.

Au moment des faits litigieux, M. B_____ était en vacances au Brésil. Il y avait séjourné du 5 octobre au 3 novembre 2020. Durant son absence, il avait confié les clés du « D_____ » à M. E_____, une connaissance, aux fins de surveillance et d'entretien (mises à jour, etc.) des installations informatiques. Ce n'était qu'à son retour du Brésil qu'il avait eu connaissance de la décision attaquée et, dans le même temps, des mesures de protection anti-Covid-19 décrétées par le Conseil d'État entre le 23 octobre et le 1er novembre 2020.

Lors du contrôle de police du 28 octobre 2020, à une heure avancée, l'établissement était fermé au public. Ce n'était qu'après sollicitation expresse de la police que les deux connaissances, non rémunérées, qui manipulaient les installations aux fins de service et qui n'avaient nullement pour mission de gérer l'établissement, avaient déverrouillé la porte. Il ressortait d'ailleurs expressément du rapport qu'« A première vue l'établissement sembl[ait] fermé (stores baissés)», que la lumière était faible (« tamisée ») et les fenêtres ouvertes. La police n'y avait trouvé que deux personnes, lesquelles gardaient les lieux en utilisant les ordinateurs à bien plaire, sans recevoir la moindre rémunération à cet effet. C'était à juste titre que M. E_____ avait expliqué à la police ne pas avoir été informé de ses devoirs sur place, puisque l'établissement n'était pas destiné à être ouvert au public. Il avait ainsi été retenu à tort que l'établissement était alors accessible à la clientèle de sorte que la décision devait être annulée pour cette raison.

La destination de cybercafé du « D_____ », conformément à son but social, soit un lieu de consommation, de divers services informatiques au moyen d'ordinateurs en réseau, parmi lesquels des jeux, mais pas uniquement, l'excluait du champ d'application des établissements concernés par les divers arrêtés du Conseil d'État. Si cet établissement tombait bien sous le coup de l'arrêté du

1er novembre 2020, il n'en allait pas de même de celui du 23 octobre 2020, concernant les salles de jeux sur lequel se fondait à tort la décision querellée.

Ladite décision consacrait une inégalité de traitement avec des établissements se présentant comme de simples cybercafés, proposant le même type de configuration de salle et de clientèle, lesquels n'avaient pas été sanctionnés, certains restant autorisés, selon arrêté du 23 octobre 2020, alors qu'ils proposaient également des jeux en ligne.

Subsidiairement, la sanction devait être annulée en raison de la bonne foi de M. B_____, qui était à l'étranger au moment du contrôle de police du 28 octobre 2020 et ignorait tout des mesures sanitaires décrétées par le Conseil d'État depuis le 23 octobre 2020, ainsi que d'une gravité relative de la faute. La décision de fermeture querellée, après les fermetures décrétées au printemps 2020, puis selon arrêté du 1er novembre 2020, risquait de précipiter la faillite de A_____ de sorte que plus subsidiairement encore et en application du principe de proportionnalité, son effet devait être reporté à une date ultérieure.

6) Le PCTN a procédé, le 10 décembre 2020, à l'audition de M. F_____, lequel a expliqué s'être trouvé le 28 octobre 2020 à 22h05 dans les locaux de A_____ pour jouer, ayant « payé pour internet pour 5h ou 6h ». Il était passé et l'établissement était ouvert. Il était alors le seul joueur. Il ne connaissait ni M. B_____, ni M. E_____. Il ignorait tout des mesures visant les établissements de la catégorie LRDBHD devant être fermés en raison du Covid-19.

7) Le 11 décembre 2020, M. E_____ a indiqué devant le PCTN que M. B_____ était un ami. Il n'était pas lié par un contrat de travail avec lui. M. B_____ lui créditait du temps de jeu en échange de sa présence et de tests et mises à jour des programmes.

Il connaissait de vue M. F_____, un habitué du « D_____ ». Le jour du contrôle, il pensait que la fermeture était à 23h00. Il remplaçait M. B_____ et ignorait tout des mesures visant les établissements de la catégorie LRDBHD pour lutter contre le Covid-19. Le jour du contrôle, l'établissement était fermé au public. Il ne laissait entrer que les habitués qu'il connaissait. Il avait été sur place durant l'après-midi où il avait dû voir trois ou quatre personnes. Les « clients » avaient un compte et les heures utilisées sur internet étaient décomptées. La porte de l'établissement était constamment fermée à clé.

8) Le 22 décembre 2020, A_____ a retiré sa demande en restitution de l'effet suspensif.

9) Au terme de sa réponse du 23 décembre 2020, le PCTN a conclu au rejet du recours.

Les cybercafés n'étaient pas une catégorie au sens de la LRDBHD. L'exploitation du « D_____ » avait été autorisée le 13 mars 2017 en tant qu'établissement public de catégorie salon de jeux, de sorte qu'il était expressément visé par l'arrêté du Conseil d'État du 23 octobre 2020. A_____ admettait elle-même qu'elle proposait notamment des jeux en ligne.

Le 28 octobre 2020, l'établissement était bel et bien ouvert au public, tel que cela ressortait du rapport de police et des déclarations de M. F_____ du 10 décembre 2020 selon lesquelles il était alors présent en tant que client et avait payé pour jouer en ligne. M. E_____ avait de son côté indiqué avoir laissé entrer les habitués, au nombre de trois ou quatre le jour du contrôle.

La décision litigieuse ne violait pas le principe de l'égalité de traitement dans la mesure où l'arrêté du Conseil d'État du 23 octobre 2020 s'appliquait à tous les établissements y visés, dont les salons de jeux. Le recourant n'amenait pas le moindre élément de preuve démontrant que certains cybercafés étaient restés ouverts nonobstant cet arrêté.

A_____ ne pouvait valablement soutenir, compte tenu de la responsabilité d'exploitant de M. B_____, que celui-ci n'était pas au courant des mesures sanitaires en vigueur dès lors qu'il se trouvait au Brésil et qu'il n'aurait eu aucune possibilité de réagir. Par ailleurs, A_____ elle-même, en sa qualité de propriétaire, aurait pu prendre les mesures nécessaires en son absence.

10) Le 14 décembre 2020, la recourante a répliqué.

Elle insistait sur les griefs de bonne foi et de proportionnalité, s'agissant à cet égard de difficultés financières rencontrées de par la fermeture de son établissement, alors même que par sa destination, sa fréquentation était plus importante en hiver qu'en été. La fermeture litigieuse privait A_____ de ses revenus pendant un mois et participait au risque de précipiter sa faillite comme en témoignaient ses difficultés à payer son loyer.

Sous l'angle de la bonne foi, en sus du séjour de M. B_____ à l'étranger, la déferlante de mesures édictées par le Conseil d'État entre le 23 octobre et le 1er novembre 2020 devenait au fil du temps difficilement compréhensible pour un tenancier d'établissement lambda.

La chambre administrative devait donc revoir la sanction et l'annuler ou subsidiairement la réduire.

11) La chambre administrative a interpellé le PCTN le 22 janvier 2021 sur une apparente violation du droit d'être entendu de A_____ avant que ne soit rendue la décision litigieuse.

12) Le PCTN a répondu, le 1er février 2021, qu'il s'en rapportait à justice sur ce point.

13) Les parties ont été informées, le 2 février 2021, 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 a pour objet la conformité au droit de la décision de fermeture du 5 novembre 2020.

3) a. Le droit d'être entendu garanti par l'art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101) comprend, notamment, le droit pour l'intéressé de prendre connaissance du dossier, de s'exprimer sur les éléments pertinents avant qu'une décision ne soit prise, de produire des preuves pertinentes, d'obtenir qu'il soit donné suite à ses offres de preuves pertinentes, de participer à l'administration des preuves ou à tout le moins de s'exprimer sur son résultat (ATF 143 III 65 consid. 3.2 ; 142 II 218 consid. 2.3 ; 137 IV 33 consid. 9.2).

b. La réparation du droit d'être entendu en instance de recours n'est possible que lorsque l'autorité dispose du même pouvoir d'examen que l'autorité inférieure. Elle dépend toutefois de la gravité et de l'étendue de l'atteinte portée au droit d'être entendu et doit rester l'exception. Elle peut cependant se justifier en présence d'un vice grave lorsque le renvoi constituerait une vaine formalité et aboutirait à un allongement inutile de la procédure (ATF 142 II 218 consid. 2.8.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 1B_556/2017 du 5 juin 2018 consid. 2.1 ; ATA/714/2018 du 10 juillet 2018). En outre, la possibilité de recourir doit être propre à effacer les conséquences de cette violation. Autrement dit, la partie lésée doit avoir le loisir de faire valoir ses arguments en cours de procédure contentieuse aussi efficacement qu'elle aurait dû pouvoir le faire avant le prononcé de la décision litigieuse (ATA/944/2020 du 22 septembre 2020 consid. 4c ; ATA/711/2020 du 4 août 2020 consid. 4b).

c. Le recours à la chambre administrative ayant un effet dévolutif complet, celle-ci dispose d'un libre pouvoir d'examen en fait et en droit (art. 61 LPA). Celui-ci implique la possibilité de guérir une violation du droit d'être entendu, même si l'autorité de recours n'a pas la compétence d'apprécier l'opportunité de la décision attaquée (ATF 145 I 167 consid. 4.4 ; 137 I 195 consid. 2.3.2), sous

réserve que ledit vice ne revête pas un caractère de gravité (arrêts du Tribunal fédéral 8C_541/2017 du 14 mai 2018 consid. 2.5 ; ATA/791/2020 du 25 août 2020 consid. 6c et les références citées).

4) a. Selon l'art. 62 al. 1 LRDBHD, si les circonstances le justifient, un commissaire de police procède à la fermeture immédiate, avec apposition de scellés, pour une durée maximale de dix jours, de toute entreprise dans laquelle survient une perturbation grave et flagrante de l'ordre public, notamment en matière de tranquillité, santé, sécurité et moralité publiques. La police fait rapport sans délai au département ainsi qu'à l'autorité compétente, si l'un des domaines visés à l'art. 1 al. 4 LRDBHD est concerné. Le département examine s'il y a lieu de prolonger la mesure, en application de l'al. 2.

Aux termes de l'art. 62 al. 2 LRDBHD, le département peut procéder à la fermeture, avec apposition de scellés, pour une durée maximale de quatre mois, de toute entreprise dont l'exploitation perturbe ou menace gravement l'ordre public, notamment en matière de tranquillité, santé, sécurité et moralité publiques.

b. Il ressort des travaux préparatoires, en lien avec l'adoption de l'art. 62 al. 1 LRDBHD, que le pouvoir de fermeture du commissaire de police devrait être exercé avec la plus grande prudence, étant entendu que la notion de perturbation grave et flagrante de l'ordre public devrait être interprétée de manière restrictive, et ne couvrir que les cas où l'intervention immédiate de la police était justifiée du fait de la gravité constatée, et qu'elle était la seule envisageable pour mettre fin aux troubles en question. Au vu des cas visés, la situation était suffisamment claire et grave pour que la décision de fermeture soit prise sans délai. Il s'agissait d'une exception au principe général du droit d'être entendu, conformément à l'art. 43 let. d LPA.

L'al. 2 de l'art 62 LRDBHD permettrait au département de prolonger la fermeture de l'entreprise, afin d'assurer le retour à une situation conforme à l'ordre public. Il pourrait également décider de la fermeture de sa propre initiative, sans fermeture préalable de la police. Au vu de l'intérêt public poursuivi, le délai octroyé à l'entreprise (son exploitant / son propriétaire exploitant) pour faire valoir son droit d'être entendu serait nécessairement bref (PL 11282 75/84).

5) a. En l'espèce, ni l'exploitant, ni la propriétaire de l'établissement public n'ont pu exercer leur droit d'être entendus avant que la décision querellée ne soit rendue. Alors que la police est intervenue sur place le 28 octobre 2020 et a ordonné une fermeture immédiate, la décision du PCTN a été rendue sept jours plus tard.

b. À rigueur de texte, l'art. 62 al. 1 LRDBHD permet au commissaire de police, en cas de perturbation grave et flagrante de l'ordre public, notamment en matière de santé, d'ordonner la fermeture immédiate pour une durée maximale de

dix jours d'un établissement, fermeture que le PCTN peut prolonger si les conditions sont réunies. Ce mécanisme aménage la possibilité d'une mesure immédiate lorsque la perturbation de l'ordre public grave et flagrante le justifie, mesure dont le maintien n'est ordonné que dans un second temps, ce qui permet à l'intéressé de s'exprimer. Or, en l'occurrence, la mesure contestée a été rendue par des agents de police, et non par le commissaire de police, immédiatement à la suite d'une constatation de faits le justifiant, mais par le PCTN une semaine après le constat des agents de police. La manière de procéder de l'autorité intimée, ordonnant la fermeture de l'établissement sans audition préalable du responsable des lieux, s'apparente toutefois à un tel procédé, réservé de lege au seul commissaire de police, quand bien même il ressort toutefois des travaux préparatoires que le législateur n'a pas exclu qu'une telle fermeture puisse être le fait du département, sans intervention préalable de la police.

6) En l'espèce, en raison de la crise sanitaire liée au Covid-19, les salles de jeux ont été fermées par arrêté du Conseil d'État du 23 octobre 2020 jusqu'au 30 novembre 2020. Lorsque l'autorité intimée a rendu sa décision, le 5 novembre 2020, il n'y avait donc a priori pas d'urgence particulière, notamment pas d'urgence sanitaire, justifiant qu'aucun délai, même bref, ne soit imparti à la recourante pour se déterminer avant que la décision les concernant ne soit prononcée. Il ne ressort pas non plus du rapport de police d'indication permettant de retenir que les deux personnes présentes lors du contrôle auraient eu la possibilité de s'exprimer immédiatement sur les faits reprochés, étant relevé qu'elles ne l'ont été que les 10 et 11 décembre 2020, soit après que le PCTN se soit vu impartir, le 3 décembre 2020, un délai au 6 janvier 2021 pour répondre au recours.

Dans ces conditions, la chambre administrative considère que la décision du du 5 novembre 2020 souffre d'un vice de forme dans la mesure où elle a été rendue par le PCTN sans procéder à l'audition de l'exploitant ou d'un représentant de la recourante ou lui accorder un bref délai pour faire valoir son point-de-vue par écrit.

Compte tenu de la violation de son d'être entendue, dont la réparation devant la chambre de céans doit demeurer l'exception, la recourante n'a pas été à même d'exposer ses arguments et sa version des faits avant que ne soit rendue la décision attaquée, ni d'apporter les éléments de preuve à l'appui de celle-ci.

Le recours sera, partant, admis partiellement et la décision querellée annulée. Le dossier sera renvoyé à l'autorité intimée afin qu'elle rende une nouvelle décision en respectant le droit d'être entendue de la recourante.

7) Vu l'issue du litige, aucun émolument ne sera perçu (art. 87 al. 1 LPA) et la recourante, qui obtient partiellement gain de cause, se verra octroyer une indemnité de procédure de CHF 700.- (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

**PAR CES MOTIFS**
**LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE**

**à la forme :**

déclare recevable le recours interjeté le 1er décembre 2020 par A_____ contre la décision du service de police du commerce et de lutte contre le travail au noir du 5 novembre 2020 ;

**au fond :**

l'admet partiellement ;

annule la décision précitée et renvoie le dossier au service de police du commerce et de lutte contre le travail au noir pour nouvelle décision au sens des considérants ;

dit qu'il n'est pas perçu d'émolument ;

alloue à A_____ une indemnité de procédure de CHF 700.-, à la charge de l'État de Genève ;

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 Guy Braun, avocat de la recourante, ainsi qu'au service de police du commerce et de lutte contre le travail au noir.

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

Au nom de la chambre administrative :

| la greffière-juriste : | la présidente siégeant : |
| --- | --- |
| S. Hüsler Enz | F. Payot Zen Ruffinen |

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le la greffière :