RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/484/2021-EXPLOI **ATA/509/2021**

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 11 mai 2021

2ème section

dans la cause

Monsieur A_____
représenté par Me Stéphanie Butikofer, avocate

contre

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

EN FAIT

1) Monsieur A_____ est propriétaire et exploitant de l'établissement à l'enseigne « B_____», sis avenue C_____ à Genève.

2) Selon le rapport de police établi le 19 janvier 2021, le même jour à 20h10, neuf personnes consommaient une bière sur la terrasse de l'établissement et ne portaient pas le masque de protection. Par ailleurs, trois tables hautes et des cendriers étaient mis à disposition des clients. Ces faits contrevenaient aux mesures ordonnées par le Conseil d'État.

3) Invité par le service de police du commerce et de lutte contre le travail au noir (ci-après : PCTN) à se déterminer au sujet de ces constats, qui, notamment du fait que l'établissement était ouvert et avait servi des clients, pouvaient donner lieu à une décision de fermeture de l'établissement, M. A_____ a exposé, par courrier du 22 janvier 2021, que son établissement était fermé, seule la vente à l'emporter avait lieu. Il ne pouvait pas « faire la police » avec le peu de clients qui commandaient à l'emporter. Cela ne dépendait pas de lui que certains aient bu leur boisson sans masque. Des personnes utilisaient sa terrasse pour se protéger du mauvais temps. Le ruban rouge et blanc indiquant qu'il était interdit de rester sur la terrasse avait été cassé. Il n'avait pas la place de ranger les tables hautes à l'intérieur de son restaurant. Il avait oublié de rentrer les cendriers.

4) Par décision du 2 février 2021, notifiée le 8 février 2021, le PCTN a ordonné la fermeture immédiate de l'établissement « pour une durée de 28 jours supplémentaires à compter du 1er mars 2021, soit jusqu'au 28 mars inclus ».

Le fait d'avoir toléré que des clients consomment des boissons sur la terrasse contrevenait aux arrêtés du Conseil d'État relatifs aux mesures destinées à lutter contre l'épidémie de Covid-19, notamment l'arrêté du 7 décembre 2020 du Conseil d'État et ses versions précédentes. Le non-respect de ces mesures favorisait activement la circulation du virus de Covid-19 et constituait un trouble grave à la santé publique. La fermeture immédiate de l'établissement était donc prononcée.

À la suite de la modification du 13 janvier 2021 de l'ordonnance du Conseil fédéral sur les mesures destinées à lutter contre l'épidémie de Covid-19 en situation particulière du 19 juin 2020 et de l'arrêté du Conseil d'État du 20 janvier 2021 modifiant l'arrêté du 1er novembre 2020 d'application des mesures fédérales destinées à lutter contre l'épidémie de Covid-19 en situation particulière, l'exploitation des restaurants était interdite jusqu'au 28 février 2021.

La fermeture immédiate de l'établissement était donc prononcée pour vingt-huit jours supplémentaires à compter du 1er mars 2021, soit jusqu'au 28 mars 2021.

5) Par acte expédié le 11 février 2021 à la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : chambre administrative), M. A_____ a recouru contre cette décision, dont il a demandé l'annulation. Il a conclu, sur mesures provisionnelles, à la restitution de l'effet suspensif, à la réouverture immédiate de son établissement et à son audition.

Il s'était contenté d'offrir la vente de nourriture à l'emporter. Il avait posé un panneau précisant que la consommation en terrasse était interdite ainsi que des rubans limitant l'accès à la terrasse. Il avait laissé une table haute pour y déposer du gel hydro-alcoolique et l'autre pour poser les commandes à l'emporter, afin de respecter la distance sanitaire avec les clients.

Selon la capture d'écran des images de vidéo-surveillance qu'il produisait, huit clients séparés en deux groupes de trois personnes et un groupe de deux personnes se trouvaient sur la terrasse de son établissement. Certains consommaient une boisson. Il avait réduit son personnel et ne pouvait en permanence surveiller la terrasse. Sa situation financière était difficile, son épouse ne réalisant plus aucun revenu.

Son droit d'être entendu avait été violé du fait que la décision ne mentionnait pas sa détermination du 22 janvier 2021. Par ailleurs, la décision violait le principe de la proportionnalité, dès lors que la durée totale de la fermeture était de 55 jours, alors qu'il n'avait aucun antécédent depuis l'ouverture de son restaurant en décembre 2015.

6) Le PCTN a conclu au rejet du recours.

La photographie produite ne permettait pas de retenir que le jour du contrôle de police, le panneau signalant l'interdiction de consommer sur la terrasse avait été posé. La disposition des tables hautes permettait la consommation sur place. Par ailleurs, selon la capture d'écran des images de vidéo-surveillance, la distance entre les personnes consommant sur la terrasse n'était pas respectée.

Il appartenait à l'exploitante de veiller au respect des mesures sanitaires. Le non-respect de celles-ci constituait un trouble grave à l'ordre public, dès lors qu'il favorisait la propagation du virus de Covid-19. La décision était donc fondée.

7) Par décision du 8 mars 2021, l'effet suspensif a été restitué au recours.

8) Dans sa réplique, le recourant a relevé que ce n'était que dans les observations sur effet suspensif du PCTN du 3 mars 2021 que celui-ci avait précisé que malgré la fermeture immédiate du restaurant, le recourant pouvait continuer à vendre de la nourriture à l'emporter. Si cette possibilité avait été indiquée au recourant, il n'aurait pas recouru contre la décision du 2 février 2021. Par la faute du PCTN, il avait subi un préjudice financier, d'une part en subissant un manque à gagner et d'autre part en devant recourir aux services d'une avocate.

Il réclamait ainsi le paiement de la note d'honoraires de CHF 4'092.60, correspondant à 10 heures d'activité à CHF 380.-/heure.

9) Le PCTN a contesté avoir adapté un comportement contradictoire. La vente à l'emporter n'était pas régie par la loi sur la restauration, le débit de boissons, l'hébergement et le divertissement du 19 mars 2015 (LRDBHD - I 2 22), de sorte que sa décision de fermeture immédiate ne pouvait qu'être comprise comme se rapportant à la restauration sur place. Il n'avait donc pas à mentionner dans sa décision que ladite fermeture ne concernait pas la vente à l'emporter. Enfin, en tant qu'il indiquait qu'il n'aurait pas recouru s'il avait su qu'il pouvait continuer à proposer de la vente à l'emporter, le recourant ne contestait pas les faits reprochés.

10) Sur ce, les parties ont été informées que la cause était gardée à juger tant sur effet suspensif que sur le fond.

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) Bien que la durée de la fermeture ordonnée ait pris fin le 28 mars 2021, le recourant conserve un intérêt actuel à ce que le bienfondé de la décision soit examiné, dès lors que la situation pourrait se reproduire dans des circonstances semblables, d'une part, et que la sanction prononcée à son encontre pourrait, en cas d'inobservation d'autres prescriptions, être prise en compte à titre d'antécédent, d'autre part (ATF 135 I 79 consid. 1 ; 131 II 361 consid. 1.2 ; ATA/460/2021 du 27 avril 2021 consid. 2; ATA/340/2021 du 23 mars 2021 consid. 1).

3) Le recourant a sollicité, dans le cadre des mesures provisionnelles, son audition. Il n'y a pas lieu de donner suite à ce chef de conclusions, dès lors qu'il a déjà été statué sur effet suspensif.

Par ailleurs, à supposer qu'il faille considérer que la demande d'audition ne se limitait pas aux mesures provisionnelles requises, il est relevé que la chambre de céans est en possession de l'ensemble des éléments permettant de trancher le litige, que le recourant s'est exprimé à plusieurs reprises par écrit devant le PCTN, puis la chambre de céans et qu'il n'apparaît pas que son audition serait de nature à modifier l'issue du litige.

Partant, il ne sera pas procédé à son audition.

4) Le recourant se plaint d'une violation de son droit d'être entendu, la décision querellée ne faisant aucune référence à ses déterminations du 22 janvier 2021.

a. La jurisprudence déduit du droit d'être entendu, consacré par l'art. 29 al. 2 Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101), le devoir pour l'autorité de motiver sa décision, afin que le justiciable puisse en saisir la portée et, le cas échéant, l'attaquer en connaissance de cause. Pour répondre à ces exigences, il suffit que l'autorité mentionne, au moins brièvement, les motifs qui l'ont guidée et sur lesquels elle a fondé sa décision (ATF 141 IV 249 consid. 1.3.1 ; 139 IV 179 consid. 2.2). Elle n'est pas tenue de discuter tous les arguments soulevés par les parties, mais peut se limiter à l'examen des questions décisives pour l'issue du litige (ATF 139 IV 179 consid. 2.2).

b. En l'espèce, la décision querellée indique les faits et les fondements juridiques la motivant. Comme cela vient d'être exposé, il n'était pas nécessaire qu'elle discute les points soulevés par l'intéressé dans ses observations précédant la décision. Dès lors que l'on peut discerner les motifs qui ont guidé le PCTN, le droit à une décision motivée a été respecté. Le recourant a d'ailleurs été en mesure de faire valoir ses griefs se rapportant tant aux faits qu'au fond du litige.

Le grief de violation du droit d'être entendu sera donc rejeté.

5) Le recourant conteste les faits retenus dans la décision. Il soutient que son établissement était fermé, qu'il avait posé un panneau précisant que la consommation en terrasse était interdite ainsi que des rubans limitant l'accès à la terrasse, qu'il y avait que deux tables hautes, l'une pour y déposer du gel hydro-alcoolique et l'autre pour poser les commandes à l'emporter, afin de respecter la distance sanitaire avec les clients.

a. De jurisprudence constante, la chambre de céans accorde généralement une pleine valeur probante aux constatations figurant dans un rapport de police, établi par des agents assermentés, sauf si des éléments permettent de s'en écarter (ATA/67/2021 du 19 janvier 2021 consid. 2b ; ATA/502/2018 du 22 mai 2018 et les références citées).

b. En l'espèce, le rapport de police fait le constat que neuf clients consommaient une bière sur la terrasse de l'établissement, ne portaient pas le masque de protection et que trois tables hautes et des cendriers étaient mis à leur disposition. Dans ses déterminations du 22 janvier 2021, le recourant a reconnu que le ruban rouge et blanc interdisant l'accès à sa terrasse avait été cassé, qu'un cendrier était resté, par oubli, sur une table et qu'il avait laissé des tables hautes sur la terrasse, n'ayant pas la place de les stocker à l'intérieur de son restaurant. Selon le recourant, les personnes présentes attendaient leur commande de consommation à l'emporter. Il s'agissait donc de clients du recourant. Il ressort

par ailleurs de la capture d'écran de vidéo-surveillance que trois tables hautes étaient disponibles, les autres étant retournées. Les trois tables étaient utilisées par en tout cas huit personnes ayant déposé des boissons, contenues dans des verres ou gobelets. Un cendrier est bien visible. Une photo représente le panneau avec l'indication « Boissons à l'emporter consommation en terrasse interdite ».

Les éléments qui précèdent ne permettent pas de mettre en doute les faits retenus dans le rapport de police. Au contraire, ils les renforcent. Il sera ainsi retenu que le 21 janvier 2021, trois tables hautes étaient utilisées par en tout cas huit clients, qui attendaient leur commande à l'emporter et consommaient des boissons sur la terrasse de l'établissement exploité par le recourant, des cendriers ayant été posés sur lesdites tables.

6) Le recourant conteste la qualification des infractions retenues à son encontre. Son établissement était fermé ; il n'offrait que des consommations à emporter.

a. Selon l'art. 24 al. 1 de la loi sur la restauration, le débit de boissons, l'hébergement et le divertissement du 19 mars 2015 (LRDBHD - I 2 22), l'exploitant doit veiller au maintien de l'ordre dans son établissement, qui comprend sa terrasse, et prendre toutes les mesures utiles à cette fin. Les manquements graves de l'exploitant sont opposables au propriétaire, en tant que responsable subsidiaire (art. 23 al. 3 LRDBHD).

b. Selon l'art. 11 al. 1 let. d de l'arrêté du 7 décembre 2020 du Conseil d'État modifiant l'arrêté, du 1er novembre 2020, d'application de l'ordonnance fédérale sur les mesures destinées à lutter contre l'épidémie de Covid-19 en situation particulière du 19 juin 2020 et sur les mesures de protection de la population, dans sa version applicable au moment des faits, les installations et établissements offrant des consommations, les boissons et/ou la restauration étaient fermés. Faisaient exception à l'obligation de fermeture, « entre 6h00 et 23h00, les établissements qui proposent de la nourriture et des boissons à l'emporter ou qui livrent des repas à domicile » (art. 11 al. 2 let. a de l'arrêté).

c. Dès lors que la loi impose clairement à l'exploitant l'obligation de veiller à l'observation des règles applicables à l'exploitation de son établissement, il incombait au recourant de prendre les mesures nécessaires à cet égard. Il devait, en particulier, veiller à ce que les mesures sanitaires soient respectées, soit en agissant personnellement, soit en instruisant son personnel de manière adéquate et suffisante pour que leur observation soit assurée. L'arrêté du Conseil d'État précité rappelait clairement que la responsabilité de l'observation des règles sanitaires incombait à l'exploitant.

Il convient de relever que le port du masque à l'extérieur des établissements n'était, au moment des faits, plus exigé dès lors que la fermeture de ceux-ci avait

été prononcée. Certes, le fait qu'en tout cas huit personnes aient utilisé la terrasse de l'établissement pour boire leur bière en attendant leur commande de nourriture ou boisson à l'emporter n'est pas comparable à la situation où le restaurant aurait accueilli sa clientèle et l'aurait servie comme si l'établissement était ouvert. Il n'en demeure pas moins que le recourant a toléré que des clients utilisent sa terrasse pour y consommer une boisson et fumer. En ne prenant pas les mesures nécessaires pour s'assurer que tel ne soit pas le cas, le recourant a failli à ses obligations. Le prononcé d'une sanction était donc justifié en son principe.

7) Il convient encore d'examiner la quotité de la sanction, que le recourant estime disproportionnée.

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. Le principe de la proportionnalité, garanti par les art. 5 al. 2 et 36 al. 3 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101), exige qu'une mesure restrictive soit apte à produire les résultats escomptés et que ceux-ci ne puissent être atteints par une mesure moins incisive. En outre, il interdit toute limitation allant au-delà du but visé et exige un rapport raisonnable entre celui-ci et les intérêts publics ou privés compromis (ATF 126 I 219 consid. 2c et les références citées).

8) a. En l'espèce, les faits reprochés au recourant concernent l'inobservation de l'obligation de fermeture des établissements publics. Le non-respect de cette règle est susceptible de favoriser la propagation du coronavirus et est ainsi constitutif d'un grave trouble à la santé publique au sens de l'art. 62 al. 2 LRDBHD.

La loi autorise d'ordonner dans ce cas une fermeture d'une durée maximale de quatre mois.

b. Il ressort de la motivation de la décision attaquée que la fermeture de l'établissement a pris effet immédiatement, soit lors de sa notification le 8 février 2021, pour une durée allant jusqu'à vingt-huit jours après la réouverture

des restaurants, qui était alors prévue le 1er mars 2021. Ainsi, la durée totale de la fermeture était de sept semaines, dont quatre semaines devaient concerner une période de réouverture (prévue) des restaurants.

Il est précisé que dans la mesure où, le 21 janvier 2021, seule la vente à l'emporter était autorisée, le recourant pouvait, de bonne foi, considérer que la fermeture immédiate prononcée concernait également cette activité. En effet, la précision de l'effet immédiat de la sanction – et non à compter de la réouverture des établissements publics prévue le 1er mars 2021 – pouvait, de bonne foi, être comprise comme une mesure affectant immédiatement son activité de restaurateur, ce d'autant plus que la mesure repose sur des considérations de santé publique et retient l'existence d'une atteinte grave à la santé publique.

c. Dans la fixation de la durée de la mesure de fermeture, il convient de tenir compte du fait qu'à teneur du dossier, le recourant ne présente pas d'antécédents en sa qualité de propriétaire et exploitant d'un établissement public et que les faits retenus sont d'avoir toléré qu'en tout cas huit clients buvaient une bière et fumaient sur sa terrasse.

Dans un cas récent (ATA/284/2021 du 2 mars 2021 consid. 4d), la durée de fermeture prononcée en raison de l'inobservation des règles sanitaires a été fixée à cinq semaines. Le restaurateur avait accueilli, au minimum à cinq reprises, des clients au nombre de cinq ou six dans son établissement, malgré la fermeture des restaurants. Il n'avait pas mis à disposition de sa clientèle de gel hydro-alcoolique, n'avait pas fait respecter les distances de sécurité dans son établissement ni l'obligation de porter le masque d'hygiène.

Dans un autre arrêt (ATA/340/2021 précité consid. 5c), la durée de la fermeture en raison de l'inobservation des règles sanitaires consistant à avoir dépassé, pour une table, le nombre de personnes alors autorisées à une table et à avoir toléré une distance insuffisante entre certaines tables a été fixée à deux semaines.

Enfin, dans un arrêt très récent (ATA/460/2021 précité consid. 5b), qui concernait des faits présentant une forte similitude avec la présente espèce puisque l'infraction retenue consistait à avoir toléré que deux personnes consomment des boissons sur la terrasse de l'établissement, la sanction avait été fixée à une semaine.

d. En l'espèce, les faits reprochés sont nettement moins graves que ceux du premier exemple cité ci-dessus et moins graves que ceux du second exemple. L'infraction concerne huit personnes, qui consommaient leur boisson à l'extérieur de l'établissement. Elle se rapporte toutefois également à un trouble grave à la santé publique, dès lors qu'elle est propre à favoriser la propagation du coronavirus.

Compte tenu de l'ensemble des circonstances, de la gravité des faits, de la faute du recourant, de l'absence d'antécédents ainsi que du contexte de crise et de mesures sanitaires ayant frappé tous les restaurateurs, la durée de la fermeture ordonnée par la décision attaquée apparaît disproportionnée et sera, dès lors, ramenée à une semaine.

e. En principe, la mesure prononcée ne saurait être exécutée durant les périodes de fermeture générale, sous peine d'être privée de tout ou partie de son efficience et de consacrer ainsi une inégalité de traitement avec les restaurateurs respectant la loi (ATA/340/2021 précité consid. 5c ; ATA/284/2021 précité consid. 4d).

Telle que fixée dans la décision attaquée en l'espèce, la mesure a désormais pris fin. Dès lors que la chambre de céans, liée par le principe de l'interdiction de la reformatio in pejus, (ATA/652/2015 du 23 juin 2015 consid. 11c ; ATA/285/2013 consid. 16 et la jurisprudence citée), ne peut péjorer la situation du recourant, elle annulera donc la décision uniquement en ce qui concerne la durée de la mesure et non son exécution, qui ne sera ainsi pas reportée au moment où les établissements publics seront autorisés à rouvrir (complètement) leurs portes.

En conclusion, le recours sera partiellement admis et la décision attaquée modifiée en ce que la durée de la fermeture sera ramenée à une semaine.

9) Le recourant, succombant sur le principe de la sanction, mais obtenant en grande partie gain de cause sur la durée de celle-ci, il ne sera pas perçu d'émolument (art. 87 al. 1 LPA), et il se verra allouer une indemnité de procédure, réduite, de CHF 800.-, ayant recouru aux services d'une avocate (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 11 février 2021 par Monsieur A_____ contre la décision du service de police du commerce et de lutte contre le travail au noir du 2 février 2021 ;

au fond :

l'admet partiellement ;

annule la décision du 2 février 2021 uniquement en tant que la durée de la fermeture de l'établissement à l'enseigne « B_____» est ramenée à une semaine ;

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

alloue à Monsieur A_____ une indemnité de procédure de CHF 800.-, 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 Stéphanie Butikofer, avocate du recourant, ainsi qu'au service de police du commerce et de lutte contre le travail au noir.

Siégeant : M. Mascotto, président, Mme Krauskopf, M. Verniory, juges.

Au nom de la chambre administrative :

le greffier-juriste :	le président siégeant :
F. Scheffre	C. Mascotto

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le la greffière :