

# **GE\_GERICHTE ATA/716/2013 vom 29. Oktober 2013**

GE Cour de justice, 2013-10-29, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATA\\_716\\_2013](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATA_716_2013)

FR: GE\_GERICHTE ATA/716/2013 du 29 octobre 2013

IT: GE\_GERICHTE ATA/716/2013 del 29 ottobre 2013

## **Regeste**

Résumé: Le service du commerce a constaté, un samedi soir aux environs de 23h, qu'un apprenti aidait le directeur de l'épicerie à l'encaissement, en violation de la loi sur le travail. Par décision rendue environ un mois après et déclarée exécutoire nonobstant recours, le service du commerce a ordonné la fermeture immédiate du commerce pour une durée de dix jours. Lors du dépôt du recours, la sanction avait été entièrement exécutée. Cependant, la chambre administrative a renoncé à l'exigence de l'intérêt actuel, faute de quoi les fermetures immédiates ordonnées par le service du commerce ne pourraient jamais faire l'objet d'un examen par le juge, ce en contrariété avec la garantie constitutionnelle d'accès au juge. L'exécution immédiate de la sanction était, en l'espèce, contraire au droit car la fermeture immédiate du magasin ne reposait sur aucune base légale et ne visait pas à assurer la sécurité publique (hygiène déficiente, risque de transmission de maladies, etc).

## **Erwägungen**

### **E. 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)

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, la qualité pour recourir suppose un intérêt actuel au recours (ATF 135 I 79 consid. 1 p. 82 ; 131 II 361 consid. 1.2 p. 365 ; 128 II 34 consid. 1b p. 36 ; Arrêts du Tribunal fédéral 1C\_133/2009 du 4 juin 2009 consid. 3 ; 1C\_76/2009 du 30 avril 2009 consid. 2 ; 6B\_34/2009 du 20 avril 2009 consid. 1.3 ; H. SEILER, Handkommentar zum Bundesgerichtsgesetz [BGG], Berne 2007, n. 33 ad art. 89 LTF p. 365 ;

- 6/11 - A/2702/2012 K. SPUHLER/A. DOLGE/D. VOCK, Kurzkommentar zum Bundesgerichtsgesetz [BGG], Zurich/St-Gall 2006, n. 5 ad art. 89 LTF p. 167).

La condition de l'intérêt actuel fait défaut en particulier lorsque, notamment, la décision attaquée a été exécutée et a sorti tous ses effets (ATF 125 I 394 consid. 4 p. 396-398 ; 120 Ia 165 consid. 1a p. 166 et les références citées ; ATA/588/2013 du 3 septembre 2013 consid. 3 ; ATA/328/2009 du 30 juin 2009 consid. 3 ; ATA/192/2009 du 21 avril 2009).

Il est toutefois renoncé à l'exigence d'un intérêt actuel lorsque cette condition de recours fait obstacle au contrôle de la légalité d'un acte qui pourrait se reproduire en tout temps, dans des circonstances semblables et qui, en raison de sa brève durée ou de ses effets limités dans le temps, échapperait ainsi toujours à la censure de l'autorité de recours (ATF 135 I 79 consid. 1 ; 131 II 361 consid. 1.2 ; 129 I 113 consid. 1.7 ; 128 II 34 consid. 1b ; Arrêt du Tribunal fédéral 8C\_194/2011 du 8 février 2012 consid. 2.2.1 ; ATA/588/2013 précité consid. 3 ; ATA/365/2009 du 28 juillet 2009 ; ATA/351/2009 du 28 juillet 2009 ; ATA/328/2009 précité ; ATA/146/2009 du 24 mars 2009 consid. 3). 3)

En l'espèce, la décision attaquée a été entièrement exécutée. La société conserve toutefois un intérêt actuel à ne pas voir cette sanction maintenue à titre d'antécédent. Il y a lieu en outre de renoncer en l'espèce à l'exigence de l'intérêt actuel pour les autres aspects de la décision, dans la mesure où à défaut, les fermetures immédiates ordonnées par le Scm ne pourraient jamais faire l'objet d'un examen par le juge, ce en contrariété avec la garantie d'accès au juge conférée par l'art. 29a de la Constitution fédérale de la Confédération suisse, du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101). 4)

Le recours est donc recevable dans son principe. Les conclusions de la recourante tendant à la condamnation de l'Etat au préjudice occasionné, qu'elle estime à CHF 25'000.-, sont toutefois irrecevables. En effet, la chambre administrative n'a aucune compétence pour statuer sur une telle demande d'indemnisation, ni l'art. 132 LOJ ni aucune autre base légale ne lui conférant ce rôle, qui est dévolu au Tribunal de première instance de par l'art. 7 de la loi sur la responsabilité de l'Etat et des communes, du 24 février 1989 (LREC - A 2 40 ; ATA/772/2012 du 13 novembre 2012 consid. 15). 5)

La recourante sollicite de la chambre de céans l'audition des quatre personnes non entendues figurant sur la liste de témoins qu'elle a déposée le 20 décembre 2012. 6) a. Tel qu'il est garanti par l'art. 29 al. 2 Cst., le droit d'être entendu comprend le droit pour les parties de faire valoir leur point de vue avant qu'une décision ne soit prise, de fournir des preuves quant aux faits de nature à influencer sur la décision, d'avoir accès au dossier, de participer à l'administration des preuves, d'en prendre

- 7/11 - A/2702/2012 connaissance et de se déterminer à leur propos (ATF 138 II 252 consid. 2.2 p. 255 ; Arrêts du Tribunal fédéral 8C\_866/2010 du 12 mars 2012 consid. 4.1.1 ; 8C\_643/2011 du 9 mars 2012 consid. 4.3 et les références citées ; 1C\_161/2010 du 21 octobre 2010 consid. 2.1 ; 5A\_150/2010 du 20 mai 2010 consid. 4.3 ; ATA/276/2012 du 8 mai 2012 consid. 2 et les arrêts cités).

b. Le droit d'être entendu comprend notamment le droit pour l'intéressé d'offrir des preuves pertinentes, de prendre connaissance du dossier, d'obtenir qu'il soit donné suite à ses offres de preuves pertinentes (Arrêt du Tribunal fédéral 2D\_5/2012 du 19 avril 2012 consid. 2.3), de participer à l'administration des preuves essentielles ou à tout le moins de s'exprimer sur son résultat, lorsque cela est de nature à influencer sur la décision à rendre (ATF 138 I 154 consid. 2.3.3 p. 157 ; 138 V 125 consid. 2.1 p. 127 ; 137 II 266 consid. 3.2 p. 270 ; 137 I 195 consid. 2.3.1 p. 197 ; 136 I 265 consid. 3.2 ; 135 II 286 consid. 5.1 p. 293 ; Arrêts du Tribunal fédéral 5A\_12/2013 du 8 mars 2013 consid. 4.1 ; 2C\_552/2011 du 15 mars 2012 consid. 3.1). Le droit de faire administrer des preuves n'empêche cependant pas le juge de renoncer à l'administration de certaines preuves offertes ; l'autorité de décision peut ainsi se livrer à une appréciation de la pertinence du fait à prouver et de l'utilité du moyen de preuve offert et, sur cette base, refuser de l'administrer. Ce refus ne viole le droit d'être entendu que si l'appréciation à laquelle elle a ainsi procédé est entachée d'arbitraire (ATF 136 I 229 consid. 5.3 ; 134 I 140 consid. 5.3 ; 131 I 153 consid. 3 ; 130 I 425 consid. 2.1 ; ATA/275/2012 du 8 mai 2012 ; ATA/655/2010 du 21 septembre 2010 et les références citées).

c. La procédure administrative est en principe écrite ; toutefois, si le règlement et la nature de l'affaire le requièrent, l'autorité peut procéder oralement (art. 18 LPA). 7)

En l'espèce, malgré la demande en ce sens accompagnant l'invitation à déposer une liste de témoins, la recourante n'a absolument pas indiqué en quoi les témoignages de Mmes

E\_\_\_\_\_ et D\_\_\_\_\_ et de MM. F\_\_\_\_\_ et A\_\_\_\_\_ seraient pertinents. Seul ce dernier était apparemment présent lors des faits, et l'on ne voit guère que son témoignage puisse différer foncièrement de celui de M. B\_\_\_\_\_, étant précisé que tous deux sont employés par M. Y\_\_\_\_\_.

La chambre administrative renoncera dès lors aux auditions sollicitées, disposant de toutes précisions utiles quant au déroulement des faits présentés par les deux parties. 8) a. La loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce du 13 mars 1964 (LTr - RS 822.11) s'applique, sous réserve des art. 2 à 4, à toutes les entreprises publiques et privées (art. 1 al. 1 LTr).

b. Sont notamment exclus du champ d'application de la LTr les travailleurs exerçant une fonction dirigeante élevée (art. 3 let. d LTr).

- 8/11 - A/2702/2012

c. Aux termes de l'art. 18 al. 1 LTr, du samedi à 23 heures au dimanche à 23 heures, il est interdit d'occuper des travailleurs. Les dérogations prévues à l'art. 19 LTr sont réservées.

d. Le jour de repos hebdomadaire est, sauf exception, le dimanche (art. 21 al. 1 de l'ordonnance 1 relative à la loi sur le travail, du 10 mai 2000 (OLT 1 – RS 822.111). 9) 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). Le département des affaires régionales, de l'économie et de la santé (ci-après : le département) – dont dépend le Scm – est chargé de l'application de cette loi (art. 2 LHOM).

b. L'art. 4 let. b LHOM prévoit que ne sont notamment pas assujettis les magasins, à condition qu'ils n'occupent pas de personnel les dimanches et jours fériés légaux, ainsi qu'au-delà des heures de fermeture normales des magasins ; ne sont pas considérés comme du personnel au sens de cette disposition les travailleurs exerçant une fonction dirigeante élevée au sens de la LTr et qui sont tenus de s'annoncer au département.

c. Sous réserve des régimes particuliers et des dispositions relatives aux fermetures retardées, l'heure de fermeture ordinaire des magasins est 19 heures (art. 9 al. 1 LHOM). L'heure de fermeture du vendredi est 19 heures 30 (art. 9 al. 2 LHOM). Celle du samedi est 18 heures (art. 9 al. 3 LHOM). Les magasins peuvent rester ouverts un soir par semaine jusqu'à 21 heures (art. 14 LHOM).

d. Sous réserve de dispositions particulières de la LHOM, 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).

e. Tout exploitant, gérant ou mandataire responsable d'un magasin est tenu de fournir en tout temps, sur demande, tous renseignements utiles pour l'exécution de la LHOM et de son règlement, au département ou aux agents désignés par lui à cet effet (art. 30 al. 1 LHOM). Les travailleurs exerçant une fonction dirigeante élevée au sens de l'art. 3 let. d LTr, visés par l'art. 4 let. b LHOM, sont tenus de s'annoncer au département (art. 30 al. 2 LHOM). 10) MM. Y\_\_\_\_\_ et A\_\_\_\_\_ étant enregistrés auprès du Scm comme travailleurs exerçant une fonction dirigeante élevée, seule la présence de M. A\_\_\_\_\_ sur les lieux le 14 juillet 2012 à 23h10, soit en dehors des heures de fermeture légales, est susceptible de constituer une infraction à la LHOM et donc de fonder la sanction infligée.

- 9/11 - A/2702/2012 11) La recourante conteste que M. B\_\_\_\_\_ ait été en train de travailler dans le magasin lors du contrôle. Elle invoque dès lors une constatation inexacte des faits pertinents, comme le lui permet l'art. 61 al. 1 let. b LPA.

En procédure administrative, tant fédérale que cantonale, la constatation des faits est gouvernée par le principe de la libre appréciation des preuves (art. 20 al. 1 2ème phr. LPA ; ATF 139 II 185 consid. 9.2 ; 130 II 482 consid. 3.2 ; Arrêt du Tribunal fédéral 2C\_668/2011 du 12 avril 2011 consid. 3.3 ; ATA/538/2013 du

#### **E. 27**

août 2013 consid. 2a ; ATA/426/2012 du 3 juillet 2012 consid. 9). Selon ce dernier, le juge forme librement sa conviction en analysant la force probante des preuves administrées : ce n'est ainsi ni le genre ni le nombre des preuves qui est déterminant mais leur force de persuasion. 12) M. B\_\_\_\_\_ déclare être passé brièvement, soit moins de cinq minutes, afin de satisfaire un besoin urgent et de prendre éventuellement à crédit quelques boissons avant de retrouver ses trois amies. De son côté, l'inspecteur du Scm déclare avoir vu M. B\_\_\_\_\_ aux abords de la caisse, en train d'assister M. A\_\_\_\_\_, étant précisé que vu les circonstances, le magasin était fort achalandé ce soir-là et – au vu des opérations révélées par le rouleau de caisse – qu'une personne seule aurait eu de la peine à répondre à la demande de la clientèle.

Force est de constater que cette seconde version apparaît nettement plus conforme à l'expérience générale de la vie. La probabilité que M. B\_\_\_\_\_ soit passé, un samedi soir en fin de soirée, chez son employeur cinq minutes pour satisfaire un besoin pressant, et que les inspecteurs du Scm soient arrivés non seulement pendant ces cinq minutes mais pendant la minute ou deux où il revenait des toilettes et discutait, aux abords de la caisse, avec M. A\_\_\_\_\_, apparaît des plus faibles, d'autant que ce dernier était fort occupé à servir une nombreuse clientèle. La version très favorable à son employeur livrée par M. B\_\_\_\_\_ apparaît donc largement comme étant de circonstance, étant rappelé au surplus que dans son acte de recours, la société fait état de ce que l'apprenti était passé pour saluer son patron, et non pour satisfaire un besoin pressant ou acheter des boissons.

La constatation des faits telle qu'opérée par le Scm sera dès lors confirmée par la chambre de céans. 13) Selon l'art. 32 al. 1 LHOM, indépendamment des sanctions pénales prévues à l'art. 34 LHOM, le département peut ordonner le retrait de l'autorisation ou la fermeture pour une durée de deux semaines au plus, de tout magasin ou exposition dont l'exploitant aurait contrevenu de manière grave ou répétée aux dispositions de la présente loi ou de son règlement. En cas de récidive, la durée de fermeture peut être portée à un mois (art. 32 al. 2 LHOM).

- 10/11 - A/2702/2012 14) La recourante ne conteste que l'établissement des faits, et ne s'est à aucun moment prononcée sur le choix et la quotité de la sanction.

Compte tenu des antécédents de la société, le Scm était légitimé à considérer que la LHOM avait été violée de manière répétée et à prononcer une fermeture d'une durée de dix jours, cette sanction étant prévue par la loi et conforme au principe de proportionnalité.

On doit toutefois se demander s'il était en droit de prononcer, dans les circonstances d'espèce, une fermeture immédiate du magasin. Tel n'est pas le cas. En effet, l'exécution d'une sanction avant que la décision qui la prononce ne soit définitive n'est en règle générale pas justifiée (ATA/84/2013 du 15 février 2013). Des exceptions sont certes concevables,

mais dans des domaines où l'exécution de la sanction assure également la sécurité publique, laquelle nécessiterait par hypothèse une telle exécution immédiate (hygiène déficiente, risque de transmission de maladies, etc.). En l'occurrence, la fermeture immédiate de l'épicerie ne poursuivait pas de tels buts ; cet aspect de la sanction, qui n'est du reste pas expressément prévu par l'art. 32 LHOM, n'était donc pas justifié, ce d'autant moins qu'il a pour effet d'affaiblir la protection juridique des administrés. 15) Au vu de ce qui précède, le recours sera partiellement admis dans la mesure où il est recevable. Dans la mesure où tant le principe que la quotité de la sanction doivent être confirmés, et que celle-ci a déjà été entièrement exécutée, il ne se justifie pas d'annuler la décision attaquée, et seul le caractère contraire au droit de l'exécution immédiate de la sanction sera constaté. 16) Un émolument de CHF 500.- sera mis à la charge de la recourante, qui succombe pour l'essentiel (art. 87 al. 1 LPA). Vu le gain partiel du litige, une indemnité réduite, d'un montant de CHF 500.-, sera allouée à la recourante, à la charge de l'Etat de Genève (art. 87 al. 2 LPA).

\* \* \* \* \*

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.