

GE_GERICHTE ATA/768/2016 vom 13. September 2016

GE Cour de justice, 2016-09-13, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATA_768_2016

FR: GE_GERICHTE ATA/768/2016 du 13 septembre 2016

IT: GE_GERICHTE ATA/768/2016 del 13 settembre 2016

Regeste

Résumé: Admission partielle du recours contre une décision infligeant une amende administrative à la société propriétaire et à l'exploitant d'un établissement ayant engagé du personnel de sécurité sans les autorisations nécessaires. Le département a excédé son pouvoir d'appréciation en ne tenant pas compte de tous les éléments particuliers du cas d'espèce et en fondant la sanction sur des éléments insuffisants. La quotité de l'amende s'avérant disproportionnée, elle doit être réduite.

Erwägungen

E. 1

Interjetés en temps utile devant la juridiction compétente, les recours sont recevables de ce point de vue (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).

E. 2

Si tel n'est pas le cas pour le recours de A_____, la question de la recevabilité du recours de M. B_____ se pose.

a. Aux termes de l'art. 65 LPA, l'acte de recours contient, sous peine d'irrecevabilité, la désignation de la décision attaquée et les conclusions du recourant (al. 1) ; l'acte de recours contient également l'exposé des motifs ainsi que l'indication des moyens de preuve. Les pièces dont dispose le recourant doivent être jointes. À défaut, la juridiction saisie impartit un bref délai au recourant pour satisfaire à ces exigences, sous peine d'irrecevabilité (al. 2).

b. Compte tenu du caractère peu formaliste de cette disposition, il convient de ne pas se montrer trop strict sur la manière dont sont formulées les conclusions du recourant. Le fait que ces dernières ne ressortent pas expressément de l'acte de recours n'est pas en soi un motif d'irrecevabilité, pourvu que la chambre

- 15/23 -

administrative et la partie adverse puissent comprendre avec certitude les fins du recourant (ATA/641/2016 du 26 juillet 2016 consid. 2b et les références citées).

c. L'exigence de motivation de l'art. 65 al. 2 LPA a pour but de permettre à la juridiction administrative de déterminer l'objet du litige qui lui est soumis et de donner l'occasion à la partie intimée de répondre aux griefs formulés à son encontre (ATA/641/2016 précité consid. 2c et les références citées).

d. En l'espèce, M. B_____, comparant en personne, a, dans une écriture certes succincte, désigné la décision attaquée et conclu expressément à son annulation. S'agissant de la

motivation du recours, il s'est rapporté au contenu du recours déposé le même jour par A_____. L'exploitant de l'établissement ayant été condamné à une amende administrative solidairement avec la société, on peut comprendre de sa démarche qu'il conteste la décision du département du 6 janvier 2016, ce dernier ayant eu l'occasion de se déterminer sur les griefs formulés par A_____, auxquels M. B_____ a déclaré se rallier.

Les deux recours des deux destinataires de la décision attaquée sont en conséquence recevables.

E. 3

Le présent litige porte sur la décision du 6 janvier 2016 par laquelle le département a infligé à A_____, solidairement avec M. B_____, une amende administrative de CHF 3'000.-.

E. 4

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

Il n'en résulte toutefois pas que l'autorité est libre d'agir comme bon lui semble (ATA/637/2016 du 26 juillet 2016 consid. 5 et les références citées).

Il y a abus du pouvoir d'appréciation lorsque l'autorité, tout en restant dans les limites du pouvoir d'appréciation qui est le sien, se fonde sur des considérations qui manquent de pertinence et sont étrangères au but visé par les dispositions légales applicables, ou viole des principes généraux de droit tels que l'interdiction de l'arbitraire et de l'inégalité de traitement, le principe de la bonne foi et le principe de la proportionnalité (ATF 137 V 71 consid. 5.1 p. 73 ; 123 V 150 consid. 2 p. 152 et les références citées).

E. 5

Le département reproche à A_____ et M. B_____, suite au contrôle effectué le 20 novembre 2015 par le SAEA, d'avoir continué à employer, sans autorisation, MM. G_____ et F_____ en qualité d'agents de sécurité affectés à des tâches de surveillance et de protection du bar-restaurant A_____, ce au

- 16/23 -

mépris de sa décision du 26 octobre 2015 et en violation des dispositions applicables du CES, ce que contestent les recourants.

E. 6

a. À teneur de l'art. 4 al. 1 CES, cet accord intercantonal régit la surveillance ou la garde de biens mobiliers ou immobiliers (let. a), la protection des personnes (let. b) et le transport de sécurité de biens ou de valeurs (let. c), lorsque ces activités sont pratiquées par les entreprises de sécurité pour des tiers, sous contrat de mandat (al. 2).

b. Par extension, sont également soumises au concordat les tâches de protection et de surveillance exercées, sous contrat de travail, par les employés engagés par un employeur (personne physique ou morale), dans les établissements publics et les commerces, la commission concordataire précisant les endroits concernés (art. 5 al. 1 CES). Les employeurs visés par l'al. 1 doivent obtenir une autorisation d'engager du personnel conformément aux art. 9 et 10A par le canton où l'activité s'exerce, les dispositions du

concordat s'appliquant par analogie (art. 5 al. 2 CES).

Selon l'art. 9 al. 1 CES, l'autorisation d'engager du personnel n'est accordée que si l'agent de sécurité ou le chef de succursale est de nationalité suisse, ressortissant d'un État membre de l'Union européenne ou de l'Association européenne de libre-échange ou, pour les ressortissants d'autres États étrangers, titulaire d'un permis d'établissement ou d'un permis de séjour depuis deux ans au moins (let. a) ; a l'exercice des droits civils (let. b) ; est solvable ou ne fait pas l'objet d'actes de défaut de biens définitifs (let. c) ; offre, par ses antécédents, par son caractère et son comportement, toute garantie d'honorabilité concernant la sphère d'activité envisagée (let. d.).

c. La commission concordataire concernant les entreprises de sécurité a émis une directive le 28 mai 2009, dont le ch. 1.1.3 précise que le contrôle d'entrée à des établissements ou à des manifestations est une activité tombant dans le champ d'application du CES, si ce contrôle se fait dans un endroit clé canalisant le public et si les intéressés sont en mesure d'écarter les importuns, de bloquer l'entrée ou de refouler les personnes non agréées. Par contre, une simple délivrance de tickets assis derrière un comptoir fermé (guérite), ne constitue en soi pas une activité soumise au concordat.

d. Suite à l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions du CES le 1er avril 2014, en particulier l'art. 5 CES, la commission concordataire concernant les entreprises de sécurité a émis une nouvelle directive le 4 juillet 2014 concernant le personnel de surveillance d'établissements publics et de commerces.

Aux termes du ch. 2.1 de cette directive du 1er avril 2014, la notion d'établissement public au sens de l'art. 5 al. 1 CES désigne toute installation permanente ou saisonnière établie pour l'exploitation et le fonctionnement d'une

- 17/23 -

entreprise qui offre, contre rémunération, à un nombre indéterminé de personnes, logements, mets ou boissons à consommer sur place. Sont ainsi par exemple visés les dancings, discothèques, cabarets, night-clubs, hôtels, cafés, pubs, cafés-restaurants et tea-rooms. Ne le sont en revanche pas les manifestations temporaires, notamment les buvettes provisoires.

Selon le ch. 3 de la directive du 1er avril 2014, les employés concernés par l'art. 5 CES sont ceux qui assurent, de façon spécialisée et prépondérante, même à temps partiel, pour l'établissement public ou le commerce, des tâches visées par le concordat (ch. 3.1), à savoir par exemple les gardiens et surveillants de dancings et restaurants, notamment les personnes dénommées « videurs de bistrot », « physionomistes », etc. (let. a), ou encore le responsable de la sécurité de l'établissement ou commerce (let. c). Les employeurs eux-mêmes ne sont pas soumis à autorisation, de même que l'employé gérant qui a, entre autres tâches, celle de veiller à la sécurité (ch. 3.2). Les employés concernés portent la dénomination d' « agents de sécurité » (ch. 3.3).

E. 7

Dans un premier grief, les recourants relèvent que la décision du 26 octobre 2015 n'était pas encore entrée en force lors du contrôle du SAEA le 20 novembre 2015.

a. Selon l'art. 53 al. 1 LPA, une décision est exécutoire lorsque : elle ne peut plus être attaquée par réclamation ou par recours (let. a), le recours ou la réclamation n'a pas d'effet

suspensif (let. b) ; l'effet suspensif a été retiré (let. c).

L'art. 53 al. 2 LPA prévoit que nul ne peut user des prérogatives que lui confère une décision avant que celle-ci ne soit exécutoire.

b. À teneur de l'art. 66 LPA, sauf disposition légale contraire, le recours a effet suspensif à moins que l'autorité qui a pris la décision attaquée n'ait ordonné l'exécution nonobstant recours (al. 1). Toutefois, lorsqu'aucun intérêt public ou privé prépondérant ne s'y oppose, la juridiction de recours peut, sur la demande de la partie dont les intérêts sont gravement menacés, retirer ou restituer l'effet suspensif (al. 3).

c. En l'espèce, les recourants se sont vus notifier le 27 octobre 2015 la décision du 26 octobre 2015, laquelle n'a pas été déclarée immédiatement exécutoire. Bien qu'ils aient indiqué, le 24 novembre 2015, renoncer à recourir contre cette décision, celle-ci n'a ainsi déployé ses effets qu'après l'échéance du délai de recours le 26 novembre 2015. Si cela n'empêchait pas le SAEA de procéder à un nouveau contrôle de l'établissement moins d'un mois après dans le cadre de son enquête suite au drame du _____ 2015, et si les recourants ne pouvaient pas purement et simplement ignorer les faits qui leur étaient reprochés dans le cadre de cette première décision, vu leur gravité, il n'en demeure pas moins que le département ne pouvait pas, pour fonder sa décision du 6 janvier 2016, leur

- 18/23 -

reprocher de ne pas s'être conformés le 20 novembre 2015 déjà à la première décision non encore entrée en force et tenir compte d'une récidive dans la détermination de la seconde sanction.

E. 8

Les recourants allèguent que la décision du 6 janvier 2016 serait fondée sur un établissement inexact des faits pertinents et des constatations erronées des services de police s'agissant de l'activité de MM. G _____ et F _____, de sorte que le département aurait abusé de son pouvoir d'appréciation et rendu une décision entachée d'arbitraire.

Si les faits qui se sont déroulés le _____ 2015 au bar-restaurant A _____ ne sont pas encore définitivement établis dans le cadre de la procédure pénale P/1 _____ et ne peuvent ainsi pas, en tant que tels, servir de fondement à une décision du département, ce qui n'est en l'occurrence pas le cas, les pièces relatives à cet incident produites dans le cadre de la présente procédure, et en particulier le rapport de police du 26 septembre 2015, fournissent des indices permettant de comprendre l'organisation de la sécurité de l'établissement à cette date et par la suite.

Au vu des pièces du dossier, jusqu'au _____ 2015, la recourante assurait la sécurité de l'établissement en collaborant avec une entreprise de sécurité dont les agents pouvaient intervenir, sur appel, en tout temps. Des membres du personnel de la recourante, dont M. E _____, assuraient sur place la protection et la surveillance de l'établissement. Après l'évènement du _____ 2015, lors duquel l'entreprise précitée n'avait pas eu le temps d'intervenir, A _____ a mandaté une autre société de sécurité, laquelle met désormais à disposition sur place des agents de sécurité autorisés, chargés de la protection et de la surveillance de l'établissement et susceptibles d'intervenir en cas de problème. De plus, M. G _____ a depuis lors été autorisé à exercer en qualité d'agent de sécurité, de même qu'une autre personne employée de la recourante pour laquelle une demande d'autorisation a été déposée.

Selon la recourante, M. G _____ a été engagé par la recourante au début de l'année 2015, en qualité d' « agent d'accueil ». Or, aucun contrat de travail le concernant n'a été produit, ni auprès du département, ni dans le cadre de la présente procédure, ce qui ne permet pas de savoir à quel titre et pour quelle rémunération M. G _____ a été initialement engagé. Il ressort cependant du rapport de police du 26 septembre 2015, des constatations opérées par les agents du SAEA le 20 novembre 2015, ainsi que de ses propres déclarations à la police le 1er décembre 2015 que l'intéressé travaillait en tant qu'agent « de sécurité » selon les déclarations de M. E _____ et selon les agents du SAEA, « d'accueil » selon ses propos et ceux des recourants, dont la mission consistait notamment, outre l'accueil de la clientèle au rez-de-chaussée de l'établissement pour la faire monter en ascenseur, à trier les clients s'ils étaient alcoolisés. Une telle activité entre dans le champ d'application du CES. Si des incertitudes, entretenues volontairement par

- 19/23 -

les nuances dans les termes utilisés par les recourants et leur personnel, subsistent quant à ses réelles fonctions depuis la date de son engagement, il convient de rappeler que M. G _____ a déposé, le 2 décembre 2015, une demande concordataire et a été autorisé à exercer une activité d'agent de sécurité le 15 décembre 2015, conformément aux art. 5 al. 2 et 9 CES. Sa situation a ainsi été régularisée depuis cette date, avant que ne soit rendue la décision attaquée. La période sur laquelle le département peut reprocher aux recourants d'avoir employé sans autorisation M. G _____ en qualité d'agent de sécurité depuis sa première décision est ainsi relativement limitée, dite décision étant devenue exécutoire le 26 novembre 2015.

Concernant M. F _____, celui-ci a été engagé par la recourante en février 2015 en qualité d'« agent d'accueil », pour un salaire mensuel brut de CHF 6'920.-. Il ressort du rapport de police du _____ 2015 qu'il exerçait, jusqu'à cette date, la même activité que MM. E _____ et G _____ au rez-de-chaussée, à savoir vraisemblablement celle d'agent de sécurité, ce malgré ses dénégations allant à l'encontre des constats opérés ce jour-là. Lors du contrôle du 20 novembre 2015, il était néanmoins posté au _____ étage en tenue civile, muni d'une oreillette et d'une radio, aux côtés d'une hôtesse d'accueil. Selon ses explications et celles des recourants, lesquelles sont constantes, depuis les consignes émanant de l'intimé et grâce à sa connaissance du milieu des établissements nocturnes depuis plusieurs années, M. F _____ est désormais chargé de l'accueil et des relations publiques et commerciales au bar-restaurant A _____. Son équipement composé d'une oreillette et d'une radio, qu'il aurait cessé de porter à ce jour, était destiné à rester en contact avec les autres employés de l'établissement. Il est exact, comme le relève le département, que des doutes quant à la véracité de ce changement d'activité peuvent persister, notamment en raison du flou entretenu par l'utilisation des termes d' « agent d'accueil », lesquels ont également servi pour désigner MM. E _____ et G _____, et en raison du fait que les recourants n'ont pas produit de pièces, tel qu'un nouveau contrat de travail, permettant de prouver qu'il occupe un nouveau poste ou perçoit un salaire différent. Toutefois, les constats opérés par les agents du SAEA le 20 novembre 2015 ne démontrent, en l'état, pas non plus le contraire, M. F _____ ayant déclaré ne pas trier les clients mais les accueillir au _____ étage pour les placer à table et s'assurer de leur bien-être durant la soirée, et devoir faire appel aux agents de sécurité du rez-de-chaussée en cas de problème. Le département ne pouvait ainsi pas se baser uniquement sur la posture physique, le curriculum vitae et les sports qu'il pratique pour retenir que M. F _____ exerçait forcément une activité d'agent de sécurité, un autre

poste n'étant pour lui pas envisageable.

Il résulte de ce qui précède que la recourante a entrepris, dans les deux à trois mois qui ont suivi l'incident du _____2015, plusieurs démarches destinées à améliorer l'organisation de la sécurité de son établissement, même si celle-ci est encore perfectible, et à se conformer progressivement aux dispositions applicables

- 20/23 -

du concordat en la matière. Par ailleurs, la période durant laquelle la situation de M. G_____ n'était pas régularisée est relativement restreinte. Enfin, si des doutes subsistent quant à l'activité de M. F_____, les critères liés à sa personne ne suffisent pas, seuls, à considérer qu'il serait impossible qu'il exerce au sein de la recourante une autre activité que celle d'agent de sécurité. Le département a dès lors excédé son pouvoir d'appréciation en retenant que les recourants, faisant fi de sa précédente décision et sans procéder à une modification dans leur organisation, avaient persisté à violer les dispositions du CES. L'autorité ne disposait en effet pas des éléments suffisants pour fonder la sanction prononcée.

E. 9

Si le département peut faire preuve de sévérité dans l'application des dispositions du CES et les interpréter de manière restrictive, ce d'autant que l'établissement a été le théâtre d'un dramatique incident le _____ 2015, il doit néanmoins adopter une attitude cohérente et conforme, notamment, aux principes constitutionnels de l'interdiction de l'arbitraire, de l'intérêt public et de la proportionnalité. Il convient en conséquence d'examiner, compte tenu des considérants qui précèdent, si la quotité de la sanction infligée par l'intimé respecte ces principes.

a. Une amende administrative d'un montant maximum de CHF 60'000.- peut être prononcée en cas de contravention aux dispositions du concordat, de ses directives d'application ou de la législation cantonale applicable (art. 22 al. 1 let. c CES ; art. 4 de la loi concernant le concordat sur les entreprises de sécurité du 2 décembre 1999 - L-CES - I 2 14.0).

b. 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/616/2016 du 12 juillet 2016 consid. 10 et les références citées ; Pierre MOOR/Étienne POLTIER, Droit administratif : les actes administratifs et leur contrôle, vol. 2, 2011, ch. 1.4.5.5 p. 160 s).

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/616/2016 précité consid. 10 et les références citées).

Il est ainsi nécessaire que le contrevenant ait commis une faute, fût-ce sous la forme d'une simple négligence. 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

- 21/23 -

principe de la proportionnalité (art. 36 al. 3 Cst. ; ATA/616/2016 précité consid. 10 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 et 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/616/2016 précité consid. 10 et les références citées).

c. En l'espèce, la première amende infligée par le département s'élevait à CHF 2'000.- et la seconde à CHF 3'000.-. Or, l'intimé a excédé son pouvoir d'appréciation en ne tenant pas compte, dans son appréciation et pour la détermination du montant de l'amende, que la première décision n'était pas encore entrée en force au jour du contrôle du 20 novembre 2015, que les recourants ont bel et bien pris des mesures depuis le drame du _____ 2015 pour améliorer leur organisation s'agissant de la sécurité de l'établissement et la rendre conforme aux dispositions du CES, que la période durant laquelle M. G _____ n'était pas autorisé à exercer en tant qu'agent de sécurité ensuite de la première décision a été relativement courte, et que les éléments figurant au dossier ne permettaient pas de retenir de manière certaine, en l'état, que M. F _____ exerçait à ce jour une activité d'agent de sécurité. Le principe de l'amende doit être confirmé, dans la mesure où l'ensemble des circonstances du cas d'espèce conduisent à retenir qu'une violation des art. 5 al. 2 et 9 CES a subsisté entre les décisions du 26 octobre 2015 et du 6 janvier 2016. En revanche, la quotité de l'amende apparaît disproportionnée.

Dans ces circonstances bien particulières, le montant de l'amende administrative infligée le 6 janvier 2016 par l'intimée aux recourants, solidairement, sera, à titre exceptionnel, réduit à CHF 1'500.-, ce qui ne doit toutefois en rien dispenser ces derniers de prendre dans les plus brefs délais toutes les mesures nécessaires pour se conformer aux dispositions légales applicables et mettre sur pied une organisation irréprochable pour faire fonctionner leur établissement.

E. 10

Au vu de ce qui précède, le recours sera partiellement admis. Un émolument réduit de CHF 500.- sera mis à la charge conjointe et solidaire des recourants, qui succombent en partie (art. 87 al. 1 LPA). Une indemnité de procédure réduite de CHF 1'000.-, à la charge de l'État de Genève, sera allouée à A _____ qui y a conclu, dans la mesure où elle n'obtient que partiellement gain de cause (art. 87 al. 2 LPA).

- 22/23 -

* * * * *