

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1495/2020-EXPLOI

ATA/603/2020

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Décision du 17 juin 2020

sur effet suspensif

dans la cause

Monsieur A_____

représenté par Me Dimitri Tzortzis, avocat

contre

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

Attendu, en fait, que :

- 1) Monsieur A_____, né le _____ 1986, a été mis dès le 6 septembre 2010, par décision du service du commerce, devenu entretemps le service de police du commerce et de lutte contre le travail au noir (ci-après : PCTN), au bénéfice d'une autorisation d'exploiter un établissement public à l'enseigne « B_____ », sis place C_____ à Genève.
- 2) À la suite de l'entrée en vigueur, le 1^{er} janvier 2016, de la loi sur la restauration, le débit de boissons, l'hébergement et le divertissement du 19 mars 2015 (LRDBHD - I 2 22), le PCTN a adressé à M. A_____, à une date indéterminée en avril 2016, un courrier-type détaillant les démarches à entreprendre pour pouvoir continuer d'exploiter un établissement, selon que des changements étaient intervenus ou non depuis l'octroi de l'autorisation d'exploiter.
- 3) Le 21 juin 2016, M. A_____ a déposé un formulaire en vue de continuer à exploiter son établissement. Cette requête lui a été renvoyée car incomplète, ce par deux fois dès lors que le premier envoi avait été retourné au PCTN.
- 4) Le 23 décembre 2016, M. A_____ a derechef déposé un formulaire en vue de continuer à exploiter son établissement.
- 5) M. A_____ ou ses collaborateurs ont eu des contacts avec le PCTN au cours de l'année 2017. Ainsi, le 8 mars 2017, la cheffe de secteur du PCTN a envoyé un courriel au directeur du B_____, en demandant confirmation de ce que MM. A_____ étaient bien copropriétaires de l'établissement en tant que personnes physiques.
- 6) Par décision du 7 mai 2018 adressée à M. A_____ à son adresse privée, le PCTN a indiqué qu'en raison de l'entrée en vigueur de la LRDBHD, toutes les autorisations d'exploiter délivrées en vertu de l'ancienne loi avaient pris fin au 31 décembre 2015, et qu'il en allait ainsi de l'autorisation d'exploiter qui avait été délivrée à M. A_____ le 6 septembre 2010. La décision était désignée comme telle et mentionnait les voies et délais de recours.

Selon le suivi des envois de la Poste, elle a été notifiée le 8 mai 2018 à 12h03. Elle n'a pas fait l'objet de recours.
- 7) Le 5 novembre 2019, le PCTN s'est adressé à M. A_____ au sujet d'une infraction à la LRDBHD qui aurait eu lieu le 30 juillet 2017, et qui avait fait l'objet d'un rapport de police le 29 août 2017.

Un délai au 18 novembre 2019 lui était imparti pour se déterminer par écrit.

- 8) Le 26 novembre 2019, M. A_____ a contesté avoir commis une quelconque infraction. Il a indiqué dans ses écritures être au bénéfice d'une autorisation d'exploiter depuis le 6 septembre 2010.
- 9) Le 20 décembre 2019, le PCTN s'est adressé à M. A_____, à l'adresse de son établissement, par pli remis en mains propres d'un collaborateur. Il était constaté « ce jour » que M. A_____ exploitait l'établissement sans autorisation. Le PCTN envisageait dès lors de lui adresser une sommation de fermeture lui intimant de cesser immédiatement l'exploitation de l'établissement. Un délai au 2 janvier 2020 lui était imparti pour se déterminer par écrit.
- 10) L'avocat de M. A_____ a eu le jour même, soit le 20 décembre 2019, un échange de courriels avec le PCTN. Il en résultait que M. A_____ devait fournir au PCTN avant le 15 janvier 2020 un extrait de casier judiciaire et un certificat de bonne vie et mœurs (ci-après : CBVM) récent.
- 11) Le 10 janvier 2020, l'avocat de M. A_____ a écrit au PCTN. Son client avait obtenu le 7 janvier 2020 un extrait de son casier judiciaire, et avait aussitôt demandé un CBVM, mais la confection de ce document prenait en principe dix jours, si bien qu'il demandait que le délai pour le produire soit prolongé au 25 janvier 2020.

Cette demande a été acceptée, et le PCTN a par la suite prolongé ce délai au 20 février 2020.

- 12) Le 28 février 2020, le commissaire de police s'est adressé à l'avocat de M. A_____. Les renseignements à disposition de la police, notamment dans le cadre de la procédure pénale P/1_____ et des procédures jointes, le conduisaient, après nouvel examen approfondi du dossier, à maintenir sa décision du 31 janvier 2020 refusant la délivrance d'un CBVM à M. A_____.
- 13) Par décision du 15 mai 2020, déclarée exécutoire nonobstant recours, le PCTN a rejeté la requête en autorisation d'exploiter déposée le 23 décembre 2016 par M. A_____.

Ce dernier n'avait pas obtenu le CBVM en raison de procédures pénales ouvertes à son encontre, et n'avait pas démontré, malgré une demande en ce sens, l'absence de lien entre les accusations formulées dans ladite procédure pénale et son activité d'exploitant du Baroque.

- 14) Le 19 mai 2020, M. A_____ s'est adressé au PCTN. Aucun délai ne lui avait été fixé pour fournir les renseignements demandés. Il n'y avait en outre pas lieu de retirer l'effet suspensif alors que la demande de poursuite de l'exploitation avait été déposée trois ans et demi auparavant. Il produisait une lettre de son avocat dans la procédure pénale, selon laquelle il avait porté plainte contre le comptable de son groupe pour des détournements, mais ce dernier avait ensuite proféré des accusations à son encontre et à celle de son frère ; les procédures avaient été disjointes.

- 15) Par acte du 27 mai 2020, M. A_____ a interjeté recours auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre la décision du 15 mai 2020, concluant préalablement à la restitution de l'effet suspensif ou à l'octroi de mesures provisionnelles lui permettant de continuer à exploiter l'établissement jusqu'à droit jugé, et principalement à l'annulation de la décision attaquée et au renvoi de la cause au PCTN avec invitation à délivrer l'autorisation d'exploiter sollicitée.

S'agissant de la restitution de l'effet suspensif, lorsque le recourant était au bénéfice d'un droit ou d'un statut dans le régime antérieur, il pouvait demander la restitution de l'effet suspensif même en cas de décision négative. Il n'y avait en l'espèce aucune urgence à exécuter la décision, d'autant que M. A_____ était autorisé de manière continue à exploiter le dancing depuis le 6 septembre 2010, et qu'il n'avait pas obtenu de décision à la suite de sa demande d'autorisation d'exploiter depuis le 23 décembre 2016, malgré diverses relances. Le dancing était fermé depuis le 17 mars 2020 en raison de la crise sanitaire liée à la pandémie de coronavirus, ce qui lui causait déjà un dommage important ; une fermeture plus longue ne lui permettrait probablement pas de continuer à payer ses charges ainsi que les salaires de ses employés. Le recours n'était en outre pas dénué de chances de succès.

Sur le fond, l'acte de recours ne contenait pas de motivation.

- 16) Le 9 juin 2020, le PCTN a conclu au rejet de la demande de restitution de l'effet suspensif au recours.

La décision querellée avait un contenu purement négatif, si bien que la demande de restitution de l'effet suspensif devait être rejetée. Quant à d'éventuelles mesures provisionnelles, M. A_____ ne pouvait se voir accorder par ce biais un régime juridique dont il ne bénéficiait pas auparavant, le maintien d'une situation antérieure illégale n'étant pas prépondérant. Or l'autorisation d'exploiter délivrée le 6 septembre 2010 avait pris fin par décision du 7 mai 2018, et M. A_____ n'avait à ce jour pas obtenu de nouvelle autorisation d'exploiter sous la LRDBHD. Accorder à titre provisoire une telle autorisation revenait à admettre que les conditions en étaient satisfaites, ce qui n'était pas possible à ce stade.

- 17) Le 15 juin 2020, soit encore dans le délai de recours, M. A_____ a déposé un complément à son recours, dans lequel il développait ses arguments au fond.

- 18) Sur ce, la cause a été gardée à juger sur effet suspensif.

Considérant, en droit, que :

- 1) Interjeté en temps utile et devant la juridiction compétente, le recours est, prima facie, recevable sous ces angles (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) La compétence pour ordonner, d'office ou sur requête, des mesures provisionnelles en lien avec un recours appartient au président, respectivement au vice-président, de la chambre administrative (art. 9 al. 1 du règlement interne de la chambre administrative de la Cour de justice du 26 mai 2020).
- 3) 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 (art. 66 al. 1 LPA).

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 (art. 66 al. 3 LPA).

- 4) a. Lorsque l'effet suspensif a été retiré ou n'est pas prévu par la loi, l'autorité de recours doit examiner si les raisons pour exécuter immédiatement la décision entreprise sont plus importantes que celles justifiant le report de son exécution. Elle dispose d'un large pouvoir d'appréciation qui varie selon la nature de l'affaire. La restitution de l'effet suspensif est subordonnée à l'existence de justes motifs, qui résident dans un intérêt public ou privé prépondérant à l'absence d'exécution immédiate de la décision ou de la norme (arrêt du Tribunal fédéral 2C_1161/2013 du 27 février 2014 consid. 5.5.1).
- b. Pour effectuer la pesée des intérêts en présence, l'autorité de recours n'est pas tenue de procéder à des investigations supplémentaires, mais peut statuer sur la base des pièces en sa possession (ATF 117 V 185 consid. 2b ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_435/2008 du 6 février 2009 consid. 2.3 et les arrêts cités).
- 5) a. Selon la jurisprudence et la doctrine, un effet suspensif ne peut être restitué lorsque le recours est dirigé contre une décision à contenu négatif, soit contre une décision qui porte refus d'une prestation. La fonction de l'effet suspensif est de maintenir un régime juridique prévalant avant la décision contestée. Si, sous le régime antérieur, le droit ou le statut dont la reconnaissance fait l'objet du contentieux judiciaire n'existait pas, l'effet suspensif ne peut être restitué car cela reviendrait à accorder au recourant d'être mis au bénéfice d'un régime juridique dont il n'a jamais bénéficié (ATF 127 II 132 ; 126 V 407 ; ATA/1205/2018 du 12 novembre 2018 consid. 7a ; ATA/354/2014 du 14 mai 2014 consid. 4).
- b. Lorsqu'une décision à contenu négatif est portée devant la chambre administrative et que le destinataire de la décision sollicite la restitution de l'effet suspensif, il y a lieu de distinguer entre la situation de celui qui, lorsque la décision intervient, disposait d'un statut légal qui lui était retiré de celui qui ne disposait d'aucun droit. Dans le premier cas, la chambre administrative pourra entrer en matière sur une requête en restitution de l'effet suspensif, aux conditions de l'art. 66 al. 3 LPA, l'acceptation de celle-ci induisant, jusqu'à droit jugé, le maintien des conditions antérieures. Elle ne pourra pas en faire de même dans le deuxième cas, vu

le caractère à contenu négatif de la décision administrative contestée. Dans cette dernière hypothèse, seul l'octroi de mesures provisionnelles, aux conditions cependant restrictives de l'art. 21 LPA, est envisageable (ATA/1205/2018 précité consid. 7b).

- 6) À teneur de l'art. 21 LPA, l'autorité administrative peut ordonner, d'office ou sur requête, des mesures provisionnelles lorsqu'il est nécessaire de régler provisoirement la situation en cause, jusqu'au prononcé de la décision finale.

Selon la jurisprudence constante de la chambre administrative, de telles mesures ne sont légitimes que si elles s'avèrent indispensables au maintien d'un état de fait ou à la sauvegarde d'intérêts compromis (ATF 119 V 503 consid. 3 ; ATA/87/2013 du 18 février 2013 ; ATA/248/2011 du 13 avril 2011 consid. 4 ; ATA/197/2011 du 28 mars 2011 ; ATA/248/2009 du 19 mai 2009 consid. 3 ; ATA/213/2009 du 29 avril 2009 consid. 2). Elles ne sauraient, en principe tout au moins, anticiper le jugement définitif ni équivaloir à une condamnation provisoire sur le fond, pas plus qu'aboutir abusivement à rendre d'emblée illusoire la portée du procès au fond (arrêts précités). Ainsi, dans la plupart des cas, les mesures provisionnelles consistent en un minus, soit une mesure moins importante ou incisive que celle demandée au fond, ou en un aliud, soit une mesure différente de celle demandée au fond (Isabelle HAENER, *Vorsorgliche Massnahmen in Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess*, RDS 1997 II 253-420, p. 265).

- 7) En l'espèce, la situation juridique n'est pas claire. La décision attaquée rejette la demande d'autorisation de poursuivre l'exploitation de l'établissement, déposée en décembre 2016, soit près de trois ans et demi auparavant. Entretemps, l'intimé a émis une décision le 7 mai 2018, qui selon lui constaterait la caducité de l'autorisation du 6 septembre 2010, et qui aurait selon l'intimé pour conséquence que l'exploitation subséquente était illégale. La décision du 7 mai 2018 a bien été – contrairement à ce qu'il semble alléguer – reçue par le recourant, qui n'y a pas régi. La portée de cette décision est toutefois, vu le contexte d'un changement de loi exigeant que de nouvelles autorisations soient sollicitées et obtenues par tous les anciens exploitants au cours de l'année 2016, très incertaine. Quel que soit le cas de figure, la position de l'intimé semble à cet égard contradictoire : soit la décision du 7 mai 2018 emportait refus de la demande du 23 décembre 2016, auquel cas on ne comprend pas pourquoi il aurait émis une seconde décision à ce sujet en 2020 ; soit – ce qui est plus probable – elle ne répondait pas à cette demande, et l'on ne comprend alors pas quelle est la portée du constat de caducité, alors même que l'intimé aurait dû avoir instruit et répondu à la demande de nouvelle autorisation avant mai 2018. Par ailleurs, l'intimé a continué, après cette date, à traiter le recourant comme exploitant de l'établissement.

La chambre administrative fera dès lors, en l'état et au vu de l'examen *prima facie* qui prévaut à ce stade, abstraction de cette décision, et considérera que le recourant était, jusqu'au prononcé de la décision attaquée, au bénéfice d'un statut

antérieur, sinon légal, du moins toléré de fait par l'autorité compétente. Dans cette mesure et selon la jurisprudence précitée, la restitution de l'effet suspensif au recours peut entrer en ligne de compte.

Au vu du temps extrêmement long mis par l'intimé pour réagir à la demande du 23 décembre 2016 et de la tolérance de fait qui en a découlé, force est de constater qu'il n'existe pas d'intérêt public prépondérant au retrait de l'effet suspensif, étant précisé que le refus de CBVM se base sur une enquête en cours, dont les faits ne sont pas encore avérés quand bien même la présomption d'innocence ne vaut en principe que du point de vue du droit pénal.

Il y a donc lieu de restituer l'effet suspensif au recours, le recourant pouvant continuer à exploiter l'établissement concerné jusqu'à droit jugé sur le présent recours, sous réserve de motifs éventuels de révocation de ladite autorisation.

8) Le sort des frais sera réservé jusqu'à droit jugé au fond.

LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

restitue l'effet suspensif au recours ;

réserve le sort des frais de la procédure jusqu'à droit jugé au fond ;

dit que, conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), la présente décision peut être portée 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. La présente décision et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

communiqua la présente décision à Me Dimitri Tzortzis, avocat du recourant ainsi qu'au service de police du commerce et de lutte contre le travail au noir.

La présidente :

F. Payot Zen-Ruffinen

Copie conforme de cette décision a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :