

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2168/2014-EXPLOI

ATA/613/2014

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Décision du 31 juillet 2014

sur effet suspensif

dans la cause

Madame A_____

représentée par Me Pascal Junod, avocat

contre

SERVICE DU COMMERCE

Attendu, en fait, que :

- 1) B_____ Sàrl (ci-après : la société) est une société à responsabilité limitée inscrite au registre du commerce du canton de Genève depuis le 1^{er} octobre 1997. Son but statutaire consiste en l'exploitation d'une imprimerie et de tout autre commerce, notamment de boulangeries-pâtisseries. Ont la signature individuelle pour le compte de la société Madame B_____, associée-gérante détenant l'intégralité du capital de CHF 20'000.-, et Monsieur B_____.

La société est propriétaire de la pâtisserie-salon de thé « B_____ » (ci-après : l'établissement), située au _____, avenue C_____ à Genève.

- 2) Le 22 mai 2012, la société, sous la signature de M. B_____, a conclu avec Monsieur A_____ un contrat de gérance, avec effet au 1^{er} juillet 2012. Dès cette date, l'intégralité des charges et produits du commerce seraient de la responsabilité du gérant, lequel s'engageait également à garder l'activité de pâtisserie-tea room au sein de l'établissement, et à verser des mensualités s'élevant au total à CHF 8'803.- à la société. Le contrat avait une durée initiale de trois ans, puis serait renouvelé tacitement d'année en année sauf résiliation par écrit dans un délai de six mois au moins avant son échéance.

- 3) Le 4 septembre 2012, Monsieur D_____ a déposé au guichet du Service du commerce (ci-après : Scm) une demande d'autorisation d'exploiter l'établissement.

- 4) Le 1^{er} avril 2014, alors que la demande précitée était semble-t-il encore en cours de traitement, M. D_____ a indiqué au Scm ne plus vouloir exploiter l'établissement, ce dont le Scm a pris acte par courrier du 9 avril 2014, considérant ainsi qu'il retirait sa requête d'autorisation du 4 septembre 2012.

- 5) Le 20 mai 2014, le Scm a effectué un contrôle de l'établissement. Celui-ci était exploité sans autorisation à ces fins. M. A_____ a expliqué à l'inspecteur du Scm qu'il était en conflit avec M. B_____ et la société au sujet du bail, une procédure étant pendante auprès du Tribunal des baux et loyers (ci-après : TBL). Il a ajouté être prêt à faire toutes les démarches pour se mettre en conformité ; sa fille, Madame A_____ était titulaire du certificat fédéral de capacité (ci-après : CFC) de cafetier-restaurateur.

Un rapport d'inspection a été établi le jour même.

- 6) Le 10 juin 2014, l'avocat de M. A_____ a écrit au Scm.

L'établissement était en réalité exploité par M. A_____ et sa fille, titulaire du CFC, qui souhaitaient que cette dernière puisse reprendre l'exploitation de l'établissement. M. A_____ était malheureusement en conflit ouvert avec la société, qui avait par deux fois et pour des motifs contestés résilié le bail et qui ne signerait

donc aucun document autorisant l'exploitation de l'établissement par Mme A _____ aussi longtemps que le litige n'aurait pas été tranché par le TBL.

Il sollicitait donc provisoirement l'autorisation d'exploiter au nom de Mme A _____.

- 7) Le 26 juin 2014, le Scom lui a répondu qu'aucune des hypothèses prévues par l'art. 7 de la loi sur la restauration, le débit de boissons et l'hébergement du 17 décembre 1987 (LRDBH - I 2 21) pour l'octroi d'une autorisation à titre précaire n'était réalisée.

Pour obtenir une autorisation d'exploiter, l'administré devait notamment, selon l'art. 5 al. 1 let. g LRDBH, être désigné comme tel par le propriétaire. Aucune autorisation ne pouvait dès lors être délivrée à M. A _____ ou à sa fille sans l'accord de M. B _____ (recte : de la société).

Compte tenu du fait que l'établissement était désormais exploité sans autorisation, le Scom avait imparti à la société un ultime délai au 7 juillet 2014 pour déposer une requête en autorisation et produire les pièces nécessaires. À défaut, la fermeture immédiate de l'établissement serait ordonnée.

- 8) Le 4 juillet 2014, Mme A _____ a déposé une requête d'autorisation, mais celle-ci était à sa seule signature.
- 9) Le 10 juillet 2014, le conseil de M. A _____ a demandé au Scom de patienter encore une semaine pour voir si M. B _____ acceptait de signer le formulaire. En cas de silence ou de refus de sa part, il saisirait le TBL d'une requête en mesures provisionnelles urgentes.
- 10) Par décision du 14 juillet 2014, le Scom a refusé à Mme A _____ l'autorisation d'exploiter, la société propriétaire du fonds de commerce n'ayant pas signé le formulaire et ayant manifesté son désaccord par courriel du 8 juillet 2014. La condition posée par l'art. 5 al. 1 let. f LRDBH n'était dès lors pas réalisée.

Par décision du même jour, le Scom a ordonné la fermeture immédiate de l'établissement, en application des art. 4 et 67 LRDBH. Cette décision était déclarée exécutoire nonobstant recours.

- 11) Par acte déposé le 18 juillet 2014, Mme A _____ a interjeté recours auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre les décisions précitées, concluant préalablement à la restitution de l'effet suspensif au recours contre la décision de cessation d'exploitation, et principalement à l'annulation des deux décisions et à l'octroi de l'autorisation d'exploiter.

Le refus de la société propriétaire de signer le formulaire de demande d'autorisation d'exploiter en sa faveur était fait dans le seul but de contourner la

procédure en cours devant le TBL en entraînant la fermeture de l'établissement et en récupérant ainsi la maîtrise après avoir évincé les actuels exploitants de fait. M. B_____ avait ainsi contrevenu à la plus élémentaire bonne foi.

Il se justifiait de restituer l'effet suspensif. Chaque jour de fermeture entraînait un manque à gagner non négligeable, et des marchandises avaient d'ores et déjà dû être jetées. Aucun intérêt public ne s'opposait au maintien de l'exploitation de l'établissement, toutes les conditions posées par l'art. 5 LRDBH à l'exception de l'accord du propriétaire étant réunies.

L'acte de recours ne donnait aucune indication quant au dépôt éventuel d'une demande de mesures provisionnelles par-devant le TBL.

- 12) Le 25 juillet 2014, le Scm a conclu au rejet de la demande de restitution de l'effet suspensif.

La soumission à autorisation prévue par la LRDBH visait plusieurs intérêts publics, à savoir permettre à l'administration de contrôler les établissements publics, limiter l'activité à un cercle de personnes disposant de connaissances spécifiques et veiller à ce que l'activité ne porte pas atteinte aux droits civils de tiers, ce dernier intérêt étant matérialisé par les conditions posées à l'art. 5 al. 1 let. f et g LRDBH.

En l'espèce, l'octroi de l'effet suspensif empêcherait le propriétaire de l'établissement de disposer de celui-ci, ceci alors que Mme A_____ avait durant deux ans poursuivi son activité d'exploitante à l'insu du Scm et avait ainsi contourné la législation applicable.

- 13) Sur ce, la cause a été gardée à juger sur la question de l'effet suspensif.

Considérant, en droit, que :

- 1) Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est, prima facie, recevable (art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05 ; art. 62 al. 1 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).
- 2) 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).

3) Selon la jurisprudence constante de la chambre administrative, des mesures provisionnelles – au nombre desquelles compte la restitution de l'effet suspensif (Philippe WEISSENBARGER/Astrid HIRZEL, *Der Suspensiveffekt und andere vorsorgliche Massnahmen*, in Isabelle HÄNER/Bernhard WALDMANN [éd.], *Brennpunkte im Verwaltungsprozess*, 2013, 61-85, p. 63) – 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/566/2012 du 21 août 2012 consid. 4 ; 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).

4) L'octroi de mesures provisionnelles présuppose l'urgence, à savoir que le refus de les ordonner crée pour l'intéressé la menace d'un dommage difficile à réparer (ATF 130 II 149 consid. 2.2 ; 127 II 132 consid. 3 = RDAF 2002 I 405).

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).

5) 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).

6) 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 ; 116 Ib 344 ; ATA/354/2014 du 14 mai 2014 consid. 4 ; ATA/87/2013 du 18 février 2013; Ulrich HÄFELIN/Georg MÜLLER/Felix UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6^{ème} éd., 2010, n. 1800 ; Pierre MOOR/Étienne POLTIER, Droit administratif, vol. 2, 3^{ème} éd., 2010, n. 5. 8. 3. 3 p. 814).

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/70/2014 du 5 février 2014 consid. 4b ; ATA/603/2011 du 23 septembre 2011 consid. 2 ; ATA/280/2009 du 11 juin 2009 et ATA/278/2009 du 4 juin 2009).

7) En l'espèce, la recourante ne demande la restitution de l'effet suspensif que pour la décision à contenu positif (bien que défavorable pour elle), soit l'ordre de cessation d'exploitation ; il s'agit du reste, et pour cette raison, de la seule des deux décisions ayant été déclarée exécutoire nonobstant recours.

8) La législation applicable, à savoir les art. 4, 5 et 67 LRDBH, est claire, et prévoit d'une part que cesse immédiatement l'exploitation de tout établissement exploité sans autorisation en vigueur, et d'autre part que l'autorisation d'exploiter suppose l'accord du propriétaire de l'établissement. La recourante ne cite du reste aucune disposition légale ni aucune jurisprudence fédérale ou cantonale à l'appui de sa thèse, se contentant d'invoquer que M. B _____ ne cherche par son comportement qu'à nuire à elle-même et à son père.

Les chances de succès du recours apparaissent ainsi insuffisantes pour pouvoir restituer l'effet suspensif au recours, le maintien d'une situation antérieure illégale n'apparaissant en outre pas comme un intérêt digne d'être protégé et donc prépondérant.

De plus, le fait que la société utilise éventuellement la situation administrative particulière pour contourner la procédure civile en cours ne saurait constituer en l'espèce une fraude à la loi du point de vue du droit administratif, et seul le TBL pourrait le cas échéant décider, par voie de mesures provisionnelles, de préserver l'objet du litige en ordonnant à la société – qui n'est pas partie à la présente procédure – de signer le formulaire de demande d'autorisation d'exploiter. À cet égard, la

recourante ne mentionne d'ailleurs pas dans son recours si elle a finalement déposé une telle demande de mesures provisionnelles.

- 9) Dès lors, la demande de restitution de l'effet suspensif sera rejetée, et le sort des frais sera réservé jusqu'à droit jugé au fond.

Vu l'art. 66 al. 3 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 ;

vu l'art. 7 al. 1 du règlement de la chambre administrative du 21 décembre 2010 ;

LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

refuse de restituer 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 ;

communique la présente décision, en copie, à Me Pascal Junod, avocat de la recourante, ainsi qu'au service du commerce.

Le vice-président :

J.-M. Verniory

Copie conforme de cette décision a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :