RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2684/2022-EXPLOI **ATA/929/2022**

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Décision du 19 septembre 2022

sur effet suspensif et mesures provisionnelles

dans la cause

A_____

et

B_____

représentés par Me Romain Jordan, avocat

contre

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

Attendu, en fait, que :

1) Par décision du 3 octobre 2007, le service du commerce, devenu entretemps le service de police du commerce et de lutte contre le travail au noir (ci-après : PCTN) a autorisé B_____ à exploiter le restaurant de l'établissement médico-social (ci-après : EMS) C_____, sis rue _____ .

2) Le 20 mai 2015, l'association D_____ a informé le PCTN qu'avait été créée une société à responsabilité limitée (ci-après : sàrl) A_____, qui avait repris l'exploitation du café-restaurant. Des travaux d'agrandissement dudit café-restaurant avaient été réalisés. M. B_____ était toujours exploitant.

3) Par décision du 3 juillet 2015, le PCTN a constaté la caducité de l'autorisation d'exploiter. Il l'a communiquée aux intéressés trois jours plus tard en octroyant à la sàrl un délai au 5 août 2015 pour régulariser la situation.

4) M. B_____ a transmis le 29 juillet 2015 un dossier de demande d'autorisation. Des échanges de correspondance s'en sont suivis, des pièces étant manquantes.

5) Le 27 janvier 2016, la E_____, propriétaire de l'EMS, a soumis une demande de non-assujettissement à la loi sur la restauration, le débit de boissons, l'hébergement et le divertissement du 19 mars 2015 (LRDBHD - I 2 22).

Sous point 2.3 du formulaire demandant de renseigner les bénéficiaires des prestations de l'établissement, il était inscrit : « résidents, famille, visiteurs, membres de l'association D_____».

6) Le PCTN a rendu une décision de non-assujettissement à la LRDBHD le 15 avril 2016. Il y était notamment indiqué « le propriétaire de l'établissement est tenu de respecter scrupuleusement la restriction quant au champ des personnes pouvant bénéficier de l'activité non assujettie à la LRDBHD, faute de quoi il s'expose aux sanctions administratives prévues aux art. 60 ss LRDBHD et à l'annulation de la présente décision ».

7) Lors d'un contrôle effectué le 8 août 2022 par une inspectrice du PCTN, il a été constaté que l'établissement A_____ était ouvert à tout public, sans restriction.

8) Le PCTN a communiqué à l'établissement en date du 9 août 2022 un courrier d'intention indiquant qu'il envisageait de lui adresser une sommation de fermeture lui intimant l'ordre de cesser immédiatement l'exploitation de l'établissement en dehors des résidents et de leur famille, et de lui infliger une amende. Un délai au 16 août 2022 lui était imparti pour exercer son droit d'être entendu.

9) Le 15 août 2022, le conseil de la sàrl et de M. B_____ a demandé au PCTN de lui fournir une copie du dossier et de confirmer que son courrier du 9 août 2022, qui témoignait d'une méconnaissance de la situation, était nul et non avenu.

10) Ledit conseil a écrit par courriel au PCTN le 22 août 2022. La fermeture du restaurant au public engendrait un préjudice financier quotidien. Sans réponse dans les vingt-quatre heures à sa demande du 15 août 2022, le déni de justice serait dénoncé.

11) Le PCTN a répondu par courrier du 22 août 2022, non qualifié de décision et ne contenant pas d'indication d'une voie ni d'un délai de recours.

Ledit courrier rappelait sur plus de deux pages – après une mention que la consultation du dossier se faisait exclusivement dans les locaux du service – les conditions légales d'un non-assujettissement à la LRDBHD. La décision de non-assujettissement le concernant réservait la délivrance des services de restauration à des catégories de personnes déterminées. Il avait été constaté que l'établissement servait le public sans distinction. Partant, il ne respectait pas les conditions prévues à l'art. 2 LRDBHD et semblait s'apparenter à une activité de restauration soumise à la loi. De ce fait, l'établissement ne pouvait pas ouvrir aux personnes autres que celles prévues par la loi sans l'obtention d'une autorisation d'exploiter au sens de l'art. 8 LRDBHD.

12) Par acte posté le 25 août 2022, la sàrl et M. B_____ ont interjeté recours auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre le courrier précité, qualifié de décision, concluant préalablement à la restitution de l'effet suspensif au recours et à l'octroi de mesures provisionnelles – à savoir autoriser l'ouverture du restaurant aux « visiteurs » et aux « membres de l'association D_____ » jusqu'à droit jugé au fond –, et principalement à l'annulation de la décision attaquée et au constat que la décision du 15 avril 2016 autorisait la délivrance de prestations aux « visiteurs » et aux « membres de l'association D_____ ».

La décision attaquée ne retirait pas l'effet suspensif au recours, et l'art. 62 al. 2 du règlement d'exécution de la LRDBHD du 28 octobre 2015 (RRDBHD - I 2 22.01) n'était pas une « disposition légale contraire » au sens de l'art. 66 al. 1 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10), puisqu'il s'agissait d'une norme de rang réglementaire. Dans la pesée des intérêts, il y avait lieu de tenir compte de ce que le restaurant était exploité et contrôlé depuis près de vingt ans. Il ne s'agissait donc pas d'un établissement ouvert sans autorisation. La poursuite de l'exploitation était d'ailleurs autorisée, seul étant litigieux le cercle des personnes admises à bénéficier de ses prestations. Le restaurant subissait un préjudice financier quotidien du fait de la décision attaquée, si bien que ses intérêts étaient menacés.

Le recours était recevable, le courrier attaqué étant indéniablement une décision car il réglait de manière unilatérale et contraignante un rapport juridique dans un cas particulier. Sur le fond étaient invoquées des violations du droit d'être entendu, du principe de la bonne foi et des art. 1, 2, 14 et 60 ss LRDBHD ainsi que 31, 38 et 60 RRDBHD.

13) Le 31 août 2022, le PCTN a conclu au rejet de la demande de restitution de l'effet suspensif au recours et de mesures provisionnelles, et sur le fond à l'irrecevabilité du recours, subsidiairement à son rejet.

Le recours était irrecevable car son courrier du 22 août 2022 n'était pas une décision mais une simple ré-explication de la situation.

Pour le surplus, en l'espèce, les recourants n'étaient pas au bénéfice d'une autorisation d'exploiter un établissement public. Le maintien de cette situation ne leur permettrait ainsi pas d'obtenir ce qu'ils demandaient, si bien que seules des mesures provisionnelles étaient envisageables. Restituer l'effet suspensif revenait à leur accorder provisoirement ce qu'ils demandaient au fond, ce qui était prohibé. Le préjudice financier n'était pas prouvé. Il ne pouvait être admis que le PCTN ait toléré la situation pendant plusieurs années.

Ainsi, même en cas de recevabilité du recours, la requête de restitution de l'effet suspensif et de mesures provisionnelles devait être rejetée.

14) Le 12 septembre 2022, les recourants ont persisté dans leurs conclusions préalables. Ils fournissaient un graphique de leur chiffre d'affaires par mois et par type de clientèle. Le courrier attaqué était bien une décision, faisant notamment suite au courrier d'intention du 9 août 2022, ce qui correspondait à la pratique usuelle du service.

15) Sur ce, la cause a été gardée à juger sur effet suspensif et mesures provisionnelles.

Considérant, en droit, que :

1) Selon l'art. 9 al. 1 du règlement interne de la chambre administrative de la Cour de justice du 26 mai 2020, les décisions sur effet suspensif sont prises par la présidente de ladite chambre ou par le vice-président, ou en cas d'empêchement de ceux-ci, par un juge.

2) a. Aux termes 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) ; que 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).

b. L'autorité peut d'office ou sur requête ordonner des mesures provisionnelles en exigeant au besoin des sûretés (art. 21 al. 1 LPA).

c. L'art. 62 al. 2 RRDBHD prévoit que les mesures ordonnées par le PCTN en application des art. 61 à 64 LRDBHD sont exécutoires nonobstant recours, sous

réserve d'exception. La LRDBHD ne contient cependant aucune disposition allant dans ce sens, ni aucune norme de délégation sur les aspects procéduraux.

d. Selon la jurisprudence, 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).

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, il peut être entré en matière sur une requête en restitution de l'effet suspensif, aux conditions de l'art. 66 al. 2 LPA, l'acceptation de celle-ci induisant, jusqu'à droit jugé, le maintien des conditions antérieures. En revanche, il ne peut être entré en matière 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 ; ATA/278/2009 du 4 juin 2009).

e. Selon la jurisprudence constante de la chambre administrative, des mesures provisionnelles – au nombre desquelles compte la restitution de l'effet suspensif (Philippe WEISSENBERGER/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/1112/2020 du 10 novembre 2020 consid. 5 ; ATA/1107/2020 du 3 novembre 2020 consid. 5).

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 HÄNER, Vorsorgliche Massnahmen in Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess in RDS 1997 II 253-420, 265).

f. 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).

3) 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).

4) a. L'exploitation de tout établissement régi par la LRDBHD est soumise à l'obtention préalable d'une autorisation d'exploiter délivrée par le département de l'économie et de l'emploi (art. 8 LRDBHD et 3 al. 1 RRDBHD). Le PCTN reçoit et instruit les requêtes et délivre les autorisations prévues par la LRDBHD (art. 3 al. 2 RRDBHD).

b. Dans sa jurisprudence, la chambre de céans a jugé à plusieurs reprises qu'un exploitant ne peut se voir accorder par le biais de mesures provisionnelles un régime juridique dont il n'a pas bénéficié auparavant, en l'occurrence l'autorisation d'exploiter, le maintien d'une situation antérieure illégale n'apparaissant pas comme un intérêt digne d'être protégé et donc prépondérant ; accorder une telle autorisation reviendrait à admettre à titre préjudiciel que les conditions de l'autorisation sont satisfaites, ce qui n'est normalement possible qu'à l'issue du litige, un éventuel préjudice financier ne pouvant du reste faire échec à ce constat (ATA/418/2018 du 3 mai 2018 consid. 9 ; ATA/15/2014 du 8 janvier 2014 ; ATA/967/2014 du 5 décembre 2014 rendu dans des cas portant sur la condition personnelle d'honorabilité ; ATA/1036/2014 du 19 décembre 2014).

Elle a aussi rejeté les demandes de mesures provisionnelles de restaurants fermés par ordre du PCTN dans des cas où ce dernier avait révoqué l'autorisation d'exploiter du précédent exploitant – décision non contestée –, où les restaurants avaient continué à être exploités et où les requêtes d'autorisation déposées par le nouvel exploitant étaient incomplètes (ATA/1313/2017 du 21 septembre 2017).

Elle a rejeté la demande d'effet suspensif, traitée comme demande de mesures provisionnelles, d'un cabaret-dancing qui avait été fermé suite à un constat d'activités contraires à l'ordre public par la police, considérant notamment que les deux requêtes en autorisation d'exploiter déposées par le propriétaire avaient fait l'objet d'une non-entrée en matière parce que de nombreux documents et renseignements manquaient, et que même avec un dossier complet, on ne pouvait spéculer sur une issue favorable au vu des nombreux problèmes de respect de la législation soulevés par le rapport de police (ATA/1343/2017 du 3 octobre 2017 consid. 9).

Dans un cas de constatation de la caducité de l'autorisation d'exploiter, la chambre de céans a rappelé qu'il n'était en principe pas possible d'attribuer par voie de mesures provisionnelles une autorisation d'exploiter de fait, sans pouvoir être raisonnablement sûr que les conditions d'octroi soient remplies ; elle a néanmoins invité le PCTN à faire preuve de diligence dans le traitement de la requête en autorisation d'exploiter (ATA/1205/2018 du 12 novembre 2018).

5) Pour effectuer la pesée des intérêts en présence qu'un tel examen implique, 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) En l'espèce, la recevabilité du recours sera examinée dans l'arrêt final. Cela étant, l'irrecevabilité plaidée par l'intimé n'est à tout le moins pas manifeste, l'envoi d'un courrier d'explication quinze jours après le courrier d'intention du 9 août 2022 étant assurément peu compréhensible.

S'agissant de l'effet suspensif, la situation est peu claire. En effet, le courrier attaqué, que l'intimé ne considère pas comme une décision, n'est pas déclaré exécutoire nonobstant recours. L'établissement recourant a jadis été au bénéfice d'une autorisation selon l'aLRDBH, mais ne l'est plus depuis 2015. Quant à l'art. 62 al. 2 RRDBHD, sa légalité apparaît à première vue discutable. Cela étant, dans la mesure où l'établissement n'était en 2022 pas au bénéfice d'une autorisation LRDBHD mais souhaite pouvoir continuer à servir le public – à cet égard, son interprétation sous-jacente selon laquelle les « visiteurs » visés par l'autorisation de non-assujettissement pourraient coïncider avec le public en général apparaît prima facie difficilement soutenable –, il convient d'admettre qu'un effet suspensif, qu'il soit ex lege ou restitué par la chambre de céans, n'aurait pas de sens puisqu'il ne permettrait pas aux recourants de pouvoir continuer à exploiter l'établissement comme ils l'ont fait ces dernières années.

S'agissant des mesures provisionnelles, les recourants n'ont certes fourni qu'un décompte peu probant s'agissant des pertes subies. Celles-ci découlent néanmoins de l'expérience générale de la vie, si bien que l'existence d'un dommage sera admis, de même qu'une certaine urgence afin de ne pas mettre en péril les autres services rendus par l'établissement, notamment les prestations aux résidents de l'EMS. Par ailleurs, l'intimé est de prime abord peu crédible lorsqu'il prétend avoir de bonne foi appris seulement en août 2022 que l'établissement recourant servait le public en général. D'une part en effet cette situation était de notoriété publique, du moins dans le quartier, et d'autre part il paraît peu concevable qu'un contrôle de l'autorisation de non-assujettissement n'ait eu lieu que six ans après son prononcé. Au vu de cette tolérance implicite, et du fait que l'établissement fonctionne depuis près de vingt ans, il apparaît contraire aux principes de la proportionnalité et de la bonne foi de

l'administration de ne pas avoir prévu – comme le service intimé l'avait du reste fait spontanément en 2015 – de délai de grâce afin de régulariser la situation.

Dès lors, au vu de ces circonstances très exceptionnelles, la chambre de céans accordera aux recourants, à titre de mesures provisionnelles, un délai de deux mois à compter de la réception de la présente décision pour régulariser leur situation, après quoi ils devront cesser d'accueillir tout public dans leur établissement s'ils n'ont pas obtenu d'autorisation au sens de l'art. 8 LRDBHD.

La demande de restitution de l'effet suspensif au recours sera quant à elle refusée.

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

LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

refuse de restituer l'effet suspensif au recours ;

accorde aux recourants, à titre de mesures provisionnelles, un délai de deux mois à compter de la réception de la présente décision pour régulariser leur situation, après quoi ils devront cesser d'accueillir tout public dans leur établissement s'ils n'ont pas obtenu d'autorisation au sens de l'art. 8 LRDBHD ;

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 jointes à l'envoi ;

communique la présente décision à Me Romain Jordan, avocat des recourants, 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 :