

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2834/2015-EXPLOI

ATA/947/2015

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Décision du 16 septembre 2015

sur mesures provisionnelles

dans la cause

Madame A_____

représentée par Me Philippe Bonnefous, avocat

contre

SERVICE DU COMMERCE

- 1) La boulangerie « B_____ » a été inscrite le 3 septembre 2001 au registre du commerce. Elle avait pour but l'exploitation, notamment à N_____, de boulangeries, pâtisseries et de magasins franchisés. Monsieur C_____ en était l'administrateur président avec signature individuelle.

La société a changé de raison sociale pour s'appeler, respectivement « D_____ » dès le 15 juillet 2004, puis « E_____ » à compter du 11 décembre 2007, avant de se nommer « M_____ SA » depuis le 13 mai 2015. M. C_____ a toujours été administrateur de la société avec signature individuelle.

- 2) Le 6 juin 2006, Monsieur Madame A_____ (ci-après : les époux) ont signé une « convention de fournitures » avec E_____.
- 3) Le 6 juillet 2006, les époux ont signé un contrat de partenariat avec D_____.
- 4) Le 26 décembre 2006, ils ont signé un « avenant aux différents contrats » avec D_____, à l'entête de E_____.

Cet avenant faisait référence au contrat de partenariat. Il précisait l'adresse, soit les numéros _____ - _____ - _____ de la rue de O_____.

Concernant la convention de fournitures, il était mentionné le départ de l'ancien franchisé au 31 décembre 2006, la continuation de l'exploitation par les soins de D_____ en janvier 2007 et la reprise par les époux A_____ en février 2007. Il faisait état de la vente du fonds de commerce. Le prix était fixé à CHF 250'000.- , plus TVA (CHF 269'000.-). Le règlement devait se faire en quatre mensualités, la dernière au 31 mars 2010.

Un contrat de sous-location était joint à ladite correspondance, à retourner signé.

Des clauses de validité étaient précisées.

- 5) Le contrat de sous-location, pour locaux commerciaux, portant sur le rez-de-chaussée de l'immeuble rue de O_____ _____ - _____ - _____, a été signé le 19 janvier 2007 entre D_____, sous-bailleur, sous la signature de M. C_____ et les époux A_____, sous-locataires. Le contrat précisait que les propriétaires de la surface étaient Messieurs F_____ et G_____. Ils étaient représentés par H_____.

Le contrat prévoyait que la sous-location était faite pour une durée de cinq ans et neuf mois, commençant le 1^{er} février 2007 pour finir le 31 octobre 2012. « Un an au moins avant la fin du bail, les parties doivent s'avertir par écrit de leur intention au sujet de sa résiliation ou de son renouvellement. Leur silence à cet égard sert d'acquiescement à sa continuation pour une durée de cinq ans, toutes les conditions du présent bail restant en vigueur et, ainsi de suite, de cinq ans en cinq ans ».

- 6) Il ressort du registre du commerce de la République et canton de Genève (ci-après : RC) que Madame A_____ exploite en entreprise individuelle une boulangerie, pâtisserie et tea-room à l'enseigne « I_____ » à la rue J_____ depuis le 4 mai 2007. Elle a signature individuelle. Son époux est au bénéfice d'une procuration individuelle.
- 7) Par courrier du 23 novembre 2009, E_____ a confirmé aux époux A_____ qu'elle ne souhaitait pas conserver le bail à son nom. Le transfert de celui-ci au nom du franchisé faisait partie de ses objectifs. Elle était prête à entreprendre toutes les démarches nécessaires auprès du bailleur afin de transmettre le bail pour la partie qui les concernait, mais exclusivement en cas de paiement complet du fonds de commerce. Seule la vente du commerce avec transfert de propriété, donc paiement complet, pouvait justifier auprès du propriétaire la demande de transfert de bail. Il était précisé que souvent ce dernier acceptait ledit transfert si l'ancien locataire se portait garant des loyers pendant deux années supplémentaires.
- 8) En date du 18 février 2010, le département des constructions et des technologies de l'information a confirmé à l'avocat des époux A_____ son accord d'allouer une indemnité de CHF 170'000.- au commerce « I_____ » à la suite de la diminution du chiffre d'affaires, compte tenu des nuisances en lien avec les travaux du tramway Cornavin-Onex-Berne (ci-après : TCOB).
- 9) Le 28 octobre 2011, E_____ a résilié, auprès des époux A_____, le contrat de bail de sous-location qui les liait « depuis le 1^{er} mai 2007 » pour le terme du 31 octobre 2012. Cette résiliation « est liée à votre souhait maintes fois répété de reprendre le bail à votre nom ».
- Le même jour, E_____ a résilié les baux qui la liaient depuis le 1^{er} novembre 2002 dans l'immeuble J_____, auprès de H_____. E_____ a indiqué que la résiliation était liée au fait que M. A_____, sous-locataire principal, souhaitait les reprendre à son nom.
- 10) Par courrier du 24 septembre 2012, l'avocat des époux A_____ a imparti à E_____ un délai au 5 octobre 2012 pour s'acquitter de CHF 500'000.-, représentant le remboursement du prix de vente payé CHF 250'000.- pour l'acquisition du commerce par les époux et des dommages et intérêts, à hauteur du même montant, en raison d'un acte illicite. L'engagement de E_____ à transférer le bail avait motivé l'acquisition du commerce par les époux A_____. Ils s'étaient acquittés de l'entier du prix et étaient propriétaires d'un fonds de commerce sans bail principal. Au lieu de le transférer, celle-là avait résilié le bail en ne respectant pas ses obligations. Les époux A_____ déclaraient, par ladite correspondance, invalider l'avenant daté du 26 septembre 2006 valant convention de cession de commerce, pour dol au sens de l'art. 28 du Code des obligations (CO - RS 220).

11) Le 9 juillet 2014, les époux A_____ ont conclu avec Monsieur K_____, représentant de Boulangerie Pâtisserie L_____, une convention de remise de commerce du tea-room, boulangerie et pâtisserie « I_____ » rue de J_____ pour un montant de CHF 550'000.-.

12) Le 21 octobre 2014, les époux A_____, cédants, et M. K_____, gérant, ont signé un contrat de gérance pour le même tea-room. La durée de celle-ci était fixée au plus pour une durée de deux ans, onze mois et quinze jours, commençant le 15 novembre 2014 et pouvant se terminer au plus tard au 31 octobre 2017. Il était rappelé que, dès l'obtention du transfert de bail, le contrat de gérance s'éteindrait et l'application de la convention de vente entrerait en vigueur.

L'art. 5 prévoyait que, dès la prise d'effet de la convention, le gérant assurerait l'exploitation du commerce en son nom, à ses frais et profits, et sous son entière responsabilité. Dès cette date, le gérant s'engageait à payer les employés, les salaires et les charges sociales. L'art. 9 précisait que le gérant s'engageait à exploiter l'entreprise selon les règles en vigueur dans le canton de Genève. Concernant le certificat de capacité, les cédants acceptaient de le maintenir dans l'exploitation.

13) Par courrier du 16 décembre 2014, les époux A_____ ont précisé à l'attention du service du commerce (ci-après : Scm) que « suite à une mauvaise formulation de notre part relative au courrier en date du 17 novembre 2014, nous vous informons que nous sommes toujours propriétaires et responsables exploitants du fonds de commerce "I_____". Nous avons signé un contrat de gérance pour l'exploitation seule du fonds de commerce. Nous sommes notamment exploitants responsables par un mandat de gestion qui nous lie avec la société Boulangerie Pâtisserie L_____ ». Il était demandé que le Scm prenne en considération la clarification de la situation et annule leur « décision de caducité ».

14) Par décision du 7 août 2015, le Scm a rejeté la requête du 16 décembre 2014 des époux A_____ en vue de l'obtention d'une autorisation d'exploiter permanente à l'enseigne « I_____ », situé à la rue J_____ à Genève, leur a intimé l'ordre de cesser immédiatement l'exploitation de l'établissement et déclaré ladite décision exécutoire nonobstant recours.

Il y avait absence d'identité entre le sous-bailleur, avec lequel le contrat de sous-location avait été conclu, et le titulaire du bail principal relatif aux locaux, ceux-ci étant respectivement D_____ comme sous-bailleur et M. C_____ et le « B_____ » en qualité de titulaires du bail principal. Le conseil de M. C_____ avait confirmé, par courrier du 8 janvier 2015, qu'aucune sous-location des locaux n'avait été autorisée par le bailleur. Le contrat de sous-location conclu le 19 janvier 2007 avait été résilié avec effet au 6 juillet 2013. Par ailleurs, le contrat de gérance conclu le 21 octobre 2014 entre les époux A_____ et la Boulangerie Pâtisserie L_____ et M. K_____ faisait état d'une cession de la gérance de l'établissement à L_____ moyennant le versement d'un fermage mensuel de CHF 13'068.-. Les art. 5

et 9 dudit contrat, ainsi que le préambule de celui-ci confirmaient le maintien du certificat de cafetier de Mme A_____ pour le compte de l'établissement.

L'autorisation d'exploiter était délivrée à condition, d'une part, que l'exploitant produise l'accord du bailleur des locaux de l'établissement s'il n'en était lui-même propriétaire et, d'autre part, que l'exploitant offre toute garantie de gestion personnelle et effective de l'établissement. Dans la mesure où le propriétaire des locaux n'avait pas autorisé la sous-location, dont Mme A_____ se prévalait et qu'il ressortait des déclarations du sous-bailleur que ladite sous-location avait pris fin le 6 juillet 2013, elle ne disposait d'aucun droit d'occuper les locaux. Il ressortait par ailleurs des pièces du dossier que sa seule intervention dans l'établissement consistait à mettre son certificat de capacité de cafetier à disposition de M. K_____ à qui la gestion de l'établissement avait été confiée, selon contrat du 21 octobre 2014. Or, il était interdit de servir de prête-nom pour l'exploitation d'un établissement. La requête en autorisation d'exploiter l'établissement concerné était rejetée. L'établissement devait par ailleurs rester fermé tant et aussi longtemps qu'aucune autorisation n'aurait été délivrée.

- 15) Par acte du 25 août 2015, Mme A_____ a interjeté recours devant la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre la décision du 7 août 2015 du Scm.

Elle a conclu, préalablement, à ce que l'effet suspensif soit accordé au recours, principalement à l'annulation de la décision contestée et, cela fait, à ce qu'elle soit autorisée à exploiter une buvette permanente à l'enseigne « I_____ » située à la rue J_____.

Concernant l'effet suspensif, les époux A_____ avaient dû faire face à de grandes difficultés financières dues au TCOB. De plus, ils s'étaient retrouvés propriétaires d'un fonds de commerce sans bail principal, puisque E_____ avait résilié le bail et que la régie refusait de le transférer. Cette résiliation avait dûment été contestée et les époux A_____ étaient depuis de nombreuses années en litige avec E_____ sur de nombreux points. C'était dans ce contexte que les époux avaient souhaité vendre leur fonds de commerce à M. K_____, lequel était d'ores et déjà entré dans les locaux. Les époux A_____ tentaient péniblement de faire face à de graves difficultés financières. Ils étaient sur le point de sortir de cette situation compliquée. L'exécution immédiate de la décision querellée aurait des conséquences dramatiques pour eux. Leurs intérêts étaient gravement menacés. Il n'existait pas d'intérêt prépondérant justifiant l'exécution immédiate de la décision querellée. Au regard des chances de succès du présent recours et de la difficulté financière dans laquelle la recourante se trouverait suite à l'exécution immédiatement du jugement querellé, il convenait d'octroyer l'effet suspensif.

Au fond, les faits avaient été constatés de façon inexacte. D_____, E_____ et C_____ formaient une seule et même entité juridique, de sorte qu'il existait une identité entre le locataire du bail principal et le sous-bailleur.

Le contrat de sous-location et le contrat de bail principal étaient deux contrats distincts, à tel point que le bailleur principal n'avait aucun lien contractuel avec le sous-locataire. En cas de sous-location, l'autorisation du bailleur des locaux de l'établissement devait être donnée par le sous-bailleur et non par le bailleur principal. Ainsi, l'autorisation requise par la loi aurait dû émaner de E_____ et non des propriétaires de l'arcade. Or, celle-ci avait été donnée, par actes concluants, par E_____.

Il était erroné de soutenir que le contrat de sous-location avait été résilié avec effet au 6 juillet 2013. Cette résiliation avait été dûment contestée par les époux A_____. En sus de celle-ci, une action par-devant le Tribunal de première instance avait été introduite par les époux, comprenant entre autre la contestation de la validité de ladite résiliation. La procédure était toujours pendante. Par ailleurs, les époux avaient continué d'exploiter le tea-room « I_____ », ce qui impliquait que l'on devait considérer que E_____ avait toléré la présence des époux A_____ dans l'arcade.

Le Scm n'avait entrepris aucune enquête pour établir la présence, ou non, de Mme A_____ dans l'établissement. Il s'était basé exclusivement sur les dires de M. K_____. Il n'avait pas tenu compte du courrier du 16 décembre 2014 de la recourante, ni du fait que le nom de celle-ci figurait toujours à l'entrée de l'arcade. Le Scm avait en conséquence violé la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA-GE - E 5 10).

- 16) Par réponse sur effet suspensif du 4 septembre 2015, le Scm a conclu au rejet de la requête en restitution de l'effet suspensif et au refus de l'octroi de mesures provisionnelles, le tout sous suite de frais.

La décision querellée tendait à refuser à la recourante l'octroi d'une autorisation d'exploiter la buvette permanente concernée, de sorte qu'il s'agissait d'une décision à contenu purement négatif. Entrer en matière sur une demande d'effet suspensif reviendrait à mettre la recourante au bénéfice d'une situation juridique dont elle n'avait jamais bénéficié. Par ailleurs, l'octroi de mesures provisionnelles reviendrait à mettre la recourante au bénéfice de l'autorisation d'exploiter la buvette sans attendre l'issue de la procédure de recours. Lui accorder ce droit reviendrait à ce qu'elle obtienne de la chambre de céans que celle-ci lui accorde immédiatement ce que l'autorité administrative lui a refusé et qui fait l'objet du fond du contentieux judiciaire. Ce type de mesures provisionnelles était proscrit par la jurisprudence et la doctrine.

- 17) Par courrier du 7 septembre 2015, les parties ont été informées que la cause était gardée à juger sur effet suspensif.

Considérant, en droit, que :

- 1) Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est, *prima facie*, recevable sans qu'il ne soit nécessaire en l'état de trancher d'autres questions de recevabilité (art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05 ; art. 62 al. 1 LPA).
- 2) Les décisions sur effet suspensif et sur mesures provisionnelles sont prises par le président de la chambre administrative, respectivement par le vice-président, ou en cas d'empêchement de ceux-ci, par un juge (art. 7 al. 1 du règlement interne de la chambre administrative du 21 décembre 2010).
- 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) 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/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).
- 5) 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, *Vorsogliche Massnahmen in Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess*, RDS 1997 II 253-420, p. 265).

- 6) 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).
- 7) 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).

- 8) L'exploitation de tout établissement régi par la loi sur la restauration, le débit de boissons et l'hébergement du 17 décembre 1987 (LRDBH - I 2 21) est soumise à l'obtention préalable d'une autorisation d'exploiter délivrée par le département de la sécurité et de l'économie (art. 4 LRDBH et 1 al. 1 du règlement d'exécution de la loi sur la restauration, le débit de boissons et l'hébergement du 31 août 1988 (RRDBH - I 2 21.01). Le Scm reçoit et instruit les requêtes et délivre les autorisations prévues par la LRDBH (art 1 al. 2 RRDBH). En principe, toutes les décisions sont notifiées par écrit. En cas d'imprévu ou d'urgence, une décision peut être notifiée oralement; dans ce cas, elle doit être confirmée par écrit (art 8 al. 2 RRDBH).
- 9) En l'espèce, la décision contestée rejette la requête du 16 décembre 2014 déposée en vue de l'obtention d'une autorisation d'exploiter une buvette permanente. S'il est exact qu'il semble que ceux-ci aient pu exploiter l'établissement pendant une certaine période, la recourante fait elle-même référence, dans sa correspondance du 16 décembre 2014, à la « décision de caducité » prise par le SCOM. La décision litigieuse a donc un contenu purement négatif, puisqu'elle refuse d'octroyer une autorisation dont les recourants n'étaient plus titulaires auparavant.

Les conclusions en octroi d'effet suspensif ne peuvent qu'être rejetées.

Les recourants ne prennent pas de conclusions ni n'argumentent sur d'éventuelles mesures provisionnelles. Toutefois, même à analyser leur requête sous cet angle, celles-ci devraient être refusées. La recourante ne peut se voir accorder par le biais de mesures provisionnelles un régime juridique dont elle n'a pas bénéficié auparavant, en l'occurrence l'autorisation d'exploiter, le maintien d'une situation antérieure illégale n'apparaissant en outre pas comme un intérêt digne d'être protégé et donc prépondérant. Accorder une telle autorisation reviendrait ainsi à admettre à titre préjudiciel que les conditions sont satisfaites, ce qui n'est pourtant, le cas échéant, possible qu'à l'issue du présent litige. Le préjudice financier dont font état les recourants ne saurait dès lors faire échec à ce constat, qui va du reste dans le sens de la jurisprudence récente de la chambre de céans (ATA/15/2014 du 8 janvier 2014 et ATA/967/2014 du 5 décembre 2014 rendu dans des cas portant sur la condition personnelle d'honorabilité ; ATA/3628 du 19 décembre 2014).

Les mesures provisionnelles ne peuvent dès lors qu'être refusées sans qu'il ne soit nécessaire d'examiner plus avant les autres arguments de la recourante.

- 10) Dès lors, la demande de restitution de l'effet suspensif et l'octroi de mesures provisionnelles seront rejetés, 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

rejette la requête en mesures provisionnelles et restitution de l'effet suspensif ;

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 Philippe Bonnefous, avocat de la recourante, ainsi qu'au service du commerce.

Le président :

Philippe Thélin

Copie conforme de cette décision a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :