

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3427/2010-EXPLOI

ATA/766/2010

**DÉCISION**

**DU**

**VICE-PRÉSIDENT DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF**

**du 5 novembre 2010**

**sur effet suspensif**

dans la cause

**ASSOCIATION DES AMIS ET DES AMATEURS DE LA MUSIQUE  
ÉLECTRONIQUE**

**ASSOCIATION PRO SPORT CULTURE ET LOISIRS**

**MOA SÀRL**

représentées par Me Olivier Jornot, avocat

contre

**SERVICE DU COMMERCE**

---

## EN FAIT

1. Le 7 octobre 2010, le Service du commerce (ci-après : SCom) a ordonné la cessation immédiate de l'exploitation de l'établissement « Moa Club » (ci-après : Moa) et, à défaut d'exécution spontanée, sa fermeture par apposition de scellés.

Cette décision, notifiée à l'Association des amis et des amateurs de la musique électronique (ci-après : AME), à l'Association Pro sport culture et loisirs (ci-après : Pro Sport) ainsi qu'à Messieurs Carlo Rizzo et Sébastien Courajoud, associés de la société Moa Sàrl (ci-après : Sàrl) était déclarée exécutoire nonobstant recours.

Le Moa avait déposé, le 21 août 2009, une requête dans le but d'obtenir une autorisation d'exploiter un établissement public sous la forme d'un dancing, au sens de la loi sur la restauration, le débit de boissons et l'hébergement du 17 décembre 1987 (LRDBH - I 2 21). L'autorisation ne pouvait être délivrée car les requérantes n'avaient pas produit une copie du contrat de bail mentionnant notamment la destination des locaux, ni un exemplaire des plans de l'établissement au 1:100, clairs, précis et cotés.

L'établissement était exploité sans autorisation depuis le 1er janvier 2006.

2. Le 8 octobre 2010, l'AME, Pro Sport et la Sàrl ont saisi le Tribunal administratif d'un recours, avec demande de restitution de l'effet suspensif.

La salle avait bénéficié depuis le mois de juillet 2004 de l'autorisation d'organiser des soirées musicales délivrées en application de la loi sur les spectacles et les divertissements du 4 décembre 1992 (LSD - I 3 05), renouvelée sur une base annuelle.

A la suggestion du SCom, la Sàrl avait déposé le 21 août 2009 une demande pour exploiter un dancing, fondée sur la LRDBH. Le dossier était incomplet car le bail à loyer ne faisait pas mention de cette affectation. Un litige civil opposait le bailleur et le locataire, le premier refusant d'autoriser une modification du bail. Au mois de janvier 2010, le SCom avait adressé au Moa une facture concernant la taxe LRDBH de l'année 2010, soit CHF 2'400.- qui avait été acquittée. L'AME en avait déduit que la demande d'autorisation LRDBH était acceptée.

A la suite d'articles parus dans la presse, l'AME avait adressé une mise en demeure au SCom, le 7 octobre 2010, afin que l'autorisation d'organiser des soirées musicales soit délivrée. Le même jour, la décision litigieuse a été notifiée.

Le Moa remplissait toutes les conditions posées par la LSD pour bénéficier des autorisations fondées sur cette loi ; les exigences fixées à l'époque par le Conseil d'Etat étaient remplies.

En ce qui concernait l'autorisation LRDBH, l'envoi d'une facture pour l'année 2010 permettait au Moa de considérer que la requête déposée était admise par le SCom. Le plan détaillé demandé par ce service avait été transmis à la police des constructions, dans le cadre de la demande en autorisation de construire DD 103243/1. Le propriétaire des locaux avait signé plusieurs demandes d'autorisation déposées au département des constructions et des technologies de l'information (ci-après : DCTI) visant à maintenir les installations du Moa en tant que salle de spectacle, ce qui devait être interprété comme une modification du contrat de bail.

S'il était logique d'interdire l'exploitation d'un établissement qui n'était pas autorisé, l'absence d'autorisation était en l'espèce uniquement le fait de l'administration, le Conseil d'Etat s'étant engagé à renouveler cette dernière. Le SCom avait tardé à statuer.

L'exécution immédiate de la décision litigieuse entraînerait un grave préjudice aux recourantes, notamment au vu des contrats déjà signés avec des artistes et des conséquences financières d'une fermeture.

3. Le 8 octobre 2010, le juge délégué à l'instruction de la procédure a accordé aux recourantes un délai échéant au 8 novembre 2010 pour compléter leur recours. Le même jour, il a imparti au SCom un délai au 22 octobre 2010 pour se déterminer sur la question de l'effet suspensif.
4. Le 15 octobre 2010, un nouvel avocat s'est constitué pour les recourantes. Ce dernier a souligné l'importance de trancher la question de l'effet suspensif à bref délai, vu les conséquences financières de la fermeture de l'établissement.

A ce courrier était jointe une attestation signée par Monsieur Marc Haldi, ingénieur sécurité ETS/AEAI, dont il ressortait que la sécurité des personnes occupant les locaux du Moa était satisfaisante de son point de vue. Des petites améliorations étaient possibles comme la pose d'un éclairage de type « permanent-secours » au droit des portes de sortie de secours, la pose de potelets devant les portes de sortie extérieures afin de proscrire le parking sauvage ainsi qu'un affichage systématique des consignes.

Les matériaux de décoration étaient conformes aux normes et les revêtements intérieurs incombustibles. Il n'y avait pas d'installations de désenfumage et d'alarmes internes mais ces installations n'étaient pas exigées dans la norme AEAI 1993.

5. Le 21 octobre 2010, le SCom s'est opposé à la restitution de l'effet suspensif. La délivrance d'une autorisation, au sens de la LRDBH, impliquait la production de l'accord du bailleur des locaux et des plans de ces derniers. L'établissement ne devait pas être susceptible de troubler concrètement l'ordre et la tranquillité publics du fait de sa construction, de son aménagement ou de son implantation. Il devait respecter toutes les dispositions en matière de sécurité, de salubrité et d'hygiène.

La Cour des comptes avait rendu, le 30 septembre 2010, un rapport concernant le SCom, dont il ressortait que le Moa était exploité sans autorisation, sans l'accord des propriétaires et sans être conforme aux normes de sécurité incendie.

Le Procureur général était intervenu auprès du Conseil d'Etat, le 4 octobre 2010, invitant cette autorité à ce qu'elle ferme le Moa.

Le service du feu avait émis un préavis favorable pour autant que douze mesures conditionnelles soient exécutées, ce qui n'était pas le cas. L'office cantonal de l'inspection et des relations du travail (ci-après : OCIRT) avait conclu que le site du Moa présentait un « danger potentiel élevé » dans un rapport du 7 juin 2010.

Il était nécessaire de faire primer la sécurité, ainsi que l'avait fait le président du Tribunal administratif dans l'ATA/709/2010 du 15 octobre 2010. La décision litigieuse devait être assimilée à une décision négative, à laquelle la restitution de l'effet suspensif reviendrait à accorder au recourant ce qui lui avait été refusé, ce que la jurisprudence prohibait.

La requête déposée étant incomplète, et le Moa non conforme aux règles de sécurité incendie, les chances de succès du recours, au fond, étaient nulles.

A cette détermination était joints le rapport de la Cour des comptes du 30 septembre 2010, un courrier de la régie à Pro Sport, du 16 janvier 2009, un préavis de la police du feu « ACI » du 11 juin 2010, un courrier du Procureur général au Conseil d'Etat du 4 octobre 2010, un rapport d'inspection de l'OCIRT du 17 juin 2010, ainsi qu'un tirage de la décision du vice-président du Tribunal administratif du 15 octobre 2010 concernant un autre établissement (ATA/709/2010).

6. Le 22 octobre 2010, les recourantes ont sollicité qu'un délai leur soit accordé pour se déterminer au sujet de la réponse sur effet suspensif du SCom, ce dernier y mentionnant des éléments, telle la sécurité, qui ne figuraient pas dans la décision initiale.

Le jour même, un délai en ce sens a été accordé aux recourantes, échéant au 29 octobre 2010.

7. Toujours le 22 octobre 2010, le juge délégué à l'instruction de la procédure a demandé au SCom de lui transmettre, au plus vite, l'intégralité du dossier de la procédure.
8. Le 29 octobre 2010, les recourantes se sont déterminés au sujet de l'effet suspensif.

Le SCom avait mis plus d'une année pour remarquer que deux annexes manquaient à la requête, déposée le 21 août 2009. Il ne faisait aucune allusion aux conditions dans lesquelles le Moa avait été exploité depuis 2004 ou depuis 2006, époque à laquelle, selon le SCom, il n'aurait plus bénéficié d'autorisation d'exploitation.

En ce qui concernait la sécurité, l'ensemble des autorisations provisoires délivrées jusqu'alors était fondé sur un préavis favorable du service « sécurité salubrité » du DCTI, auquel la police du feu avait succédé. Dans le cadre de la requête en autorisation définitive déposée le 28 septembre 2009, visant à supprimer le caractère provisoire du Moa, la police du feu avait émis un préavis favorable, mentionnant douze conditions devant être respectées. Certaines, déjà remplies, devaient être mentionnées dans l'autorisation de construire à délivrer pour assurer leur respect dans la durée. D'autres nécessitaient des travaux à réaliser sans urgence, une fois l'autorisation délivrée ; les dernières nécessitaient le dépôt d'une nouvelle requête en autorisation, car elles concernaient l'espace « jetlag » du premier étage et le fumoir, qui n'étaient pas inclus dans la requête déposée. A la suite du rapport de la Cour des comptes, fondé notamment sur ce préavis, et de la décision du SCom, la police du feu avait demandé des mesures immédiates.

Un nouveau rapport avait été rédigé, le 28 octobre 2010. Reprenant en détail les douze conditions susmentionnées, relevant que les espaces « jetlag » et « fumoir » étaient fermés, ce qui rendait caduc certaines des conditions, prenant en compte la suppression du stockage de masse de produits facilement combustibles à proximité de l'une des sorties de secours du Moa, l'accord de l'OCIRT de faire procéder progressivement à l'assainissement du site artisanal en collaboration avec la police du feu et les engagements pris par les requérantes d'adapter l'établissement aux conditions fixées par le préavis, la police du feu indiquait que l'établissement était exploitable en l'état et préavisait favorablement sa réouverture.

En ce qui concernait le rapport de l'OCIRT, les requérantes expliquaient que cet organisme avait inventorié une douzaine d'anciens sites industriels dont la reconversion était potentiellement problématique, en règle général parce qu'antérieurement ils avaient un exploitant unique qui avait été remplacé par plusieurs exploitants, souvent artisanaux. Cette multiplication d'usagers entraînait des risques spécifiques. Tel était le cas de l'ancienne usine où était installé le

Moa. L'OCIRT et la police du feu avait retenu quatre éléments, soit l'absence de compartimentage coupe-feu entre les activités, l'absence de détection incendie ou de réseau de « sprinkler » pour l'ensemble du site, l'absence de mesures organisationnelles et plus particulièrement d'une alarme d'évacuation pour l'ensemble du site, ainsi que la présence importante de public.

En ce qui concernait le premier point, le Moa, le « Yatouland » (parc d'attractions pour enfants de 1 à 10 ans) et la zone de tir au laser étaient les seuls occupants du site à disposer de compartimentage coupe-feu complet. Pour un établissement tel que le Moa, une détection d'incendie ou un réseau de « sprinkler » n'était pas exigé, ce qu'attestait le préavis de la police du feu du 11 juin 2010. Il y avait au Moa une alarme d'évacuation, fonctionnelle. Quant à la présence du public, les heures où fonctionnait le Moa, soit de 22h00 à 5h00 du matin, le vendredi soir et le samedi soir, permettaient d'affirmer qu'il n'y avait pas d'autres utilisateurs sur le site.

Au surplus, il appartenait aux propriétaires d'établir un concept incendie concernant l'ensemble du site, à la demande de l'OCIRT et de la police du feu.

La Cour des comptes, dont la vocation était de vérifier le bon fonctionnement des services de l'Etat et la correcte allocation des ressources, n'avait pas pris la peine de demander à la police du feu et à l'OCIRT la lecture qu'il convenait de faire de leur rapport, et avait interprété faussement les documents concernés, ce qui avait entraîné le SCom à prendre la décision litigieuse et le Procureur général à écrire au Conseil d'Etat la lettre produite par l'autorité intimée.

Le Moa était au bénéfice d'un contrat de bail courant jusqu'au 31 juillet 2011.

Au vu de ces éléments, la pesée d'intérêts penchait en faveur de la réouverture immédiate du Moa. La sécurité des personnes, qui constituait un intérêt public, était assurée. La politique de la jeunesse, soit un autre intérêt public, penchait aussi en ce sens, de même que l'intérêt privé des recourantes.

L'intérêt privé du bailleur - qui s'était accommodé pendant cinq ans de l'exploitation du Moa - qui apparaissait centré sur la question de la sécurité, n'était pas mis en danger.

En dernier lieu, les chances de succès du recours étaient loin d'être faibles.

9. Le 1er novembre 2010, le greffe du Tribunal administratif a téléphoné au SCom afin d'obtenir la production de l'intégralité du dossier, ainsi que cela avait été demandé le 23 octobre 2010. Il lui a été répondu que le dossier complet arriverait au tribunal de céans, soit le 1er novembre, soit le 2 novembre 2010, car

le dossier devait être trié au niveau du conseiller d'Etat, toutes les pièces ne pouvant être transmises.

10. Au jour du prononcé de la présente décision, le dossier intégral n'est toujours pas en mains du Tribunal administratif.
11. Il ressort de l'ATA/23/2007 du 23 janvier 2007, confirmé par l'arrêt du Tribunal fédéral IC.26/2007 du 15 janvier 2008, que le Moa a été mis au bénéfice, le 23 septembre 2005, d'une autorisation de construire en procédure accélérée permettant la création d'un espace polyvalent provisoire, pour une durée de trois ans. Cette autorisation a été annulée par la commission cantonale de recours en matière de constructions le 3 février 2006, puis rétablie par le Tribunal administratif, étant précisé que le Moa ne pouvait être exploité qu'une seule nuit par semaine, que l'heure de fermeture du club était fixée à 2h00 du matin et, quatre fois par an, à 5h00 du matin.

Le détail des pièces produites sera repris, en tant que de besoin, dans la partie « en droit » de la présente décision.

### **EN DROIT**

1. Interjeté en temps utile et devant la juridiction compétente, le recours est, *prima facie*, recevable (art. 56A de la loi sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 - LOJ - E 2 05 ; art. 63 al. 1 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).
2. a. Selon la jurisprudence et la doctrine, un effet suspensif ne peut être restitué lorsque le recours est dirigé contre une décision négative, 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 126 V 407 ; 116 Ib 344 ; ATA/84/2009 du 9 avril 2009 ; P. MOOR, *Droit administratif*, Berne 2002, n° 5. 7. 3. 3 p. 680 ; F. GYGI, *L'effet suspensif et les mesures provisionnelles en procédures administratives*, RDAF 1976 p. 217, not. pp. 221 et 223).
- b. La jurisprudence a encore précisé que lorsqu'une décision négative est portée devant le Tribunal administratif, 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 celle de celui qui ne disposait d'aucun droit. Dans le premier cas, le Tribunal administratif pourra entrer 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. Il ne pourra pas en faire de même dans le deuxième cas, vu le caractère purement négatif de la décision administrative contestée. Dans cette dernière hypothèse, seul l'octroi de mesures provisionnelles, aux conditions cependant restrictives de l'article 21 LPA, est envisageable (ATA/280/2009 du 11 juin 2009 et ATA/278/2009 du 4 juin 2009).

3. En l'espèce, les parties s'accordent sur le fait qu'aucune autorisation formelle, fondée sur la LRDBH ou la LSD, n'a été octroyée à l'une ou l'autre des entités recourante.

Une autorisation de construire provisoire (APA 19380/3) autorisant l'affectation litigieuse a été délivrée, puis confirmée par le Tribunal administratif et le Tribunal fédéral, valable jusqu'au mois 23 septembre 2008. Le 1er septembre 2008, une nouvelle autorisation en procédure accélérée (APA 19380/4) a été délivrée à Pro Sport ayant notamment pour objet la « prolongation du maintien des installations », dite autorisation précisant cependant qu'elle n'avait pas pour effet de prolonger la validité de l'autorisation initiale. Le conseiller d'état en charge du DCTI a adressé le 29 avril 2009, dans le cadre de l'APA 19380/4-4, une décision au Moa Club, concernant des places de parking qui auraient été utilisées sans droit, permettant ainsi de doubler la capacité d'accueil du club, dont on peut déduire que l'activité du Moa, en elle-même, était autorisée. En dernier lieu, l'autorité intimée a adressé au Moa club une facture concernant la taxe LRDBH de l'année 2010.

L'ensemble de ces éléments permettent d'admettre que, même si aucune autorisation formelle n'avait été délivrée au sens de la LRDBH ou de la LSD, l'activité du Moa Club était, de facto et à première vue, à tout le moins tolérée par les autorités. Dans ces circonstances, la requête doit être traitée sous l'angle de la restitution de l'effet suspensif, au sens de l'article 66 al. 2 LPA, et non comme une demande de mesures provisionnelles fondées sur l'article 21 LPA.

4. a. Sauf dispositions légales contraires, le recours a effet suspensif (art. 66 al. 1 LPA). L'autorité peut toutefois ordonner l'exécution immédiate de sa propre décision, nonobstant recours. De plus, à teneur de l'art. 66 al. 2 LPA, l'autorité judiciaire peut, sur demande de la partie dont les intérêts sont gravement menacés, restituer l'effet suspensif au recours, pour autant qu'aucun intérêt public ou privé prépondérant ne s'y oppose.
- b. Selon la jurisprudence, l'autorité judiciaire appelé à trancher la question de l'effet suspensif doit effectuer une pesée entre les intérêts public et privé en jeu, étant précisé qu'elle peut aussi tenir compte des chances de succès du recours (ATA/255/2004 du 18 novembre 2003 et ATA/57/2003 du 13 mars 2003) ;
- c. Lorsqu'elle examine cette question, l'autorité compétente jouit d'une certaine liberté d'appréciation. Elle ne doit cependant effectuer qu'un examen prima facie.

Elle n'est pas tenue de consacrer beaucoup de temps à éclaircir les circonstances du cas ; elle se fonde en général sur les documents qui sont dans le dossier, sans avoir à ordonner de complément de preuves. Dans son appréciation, les prévisions sur le sort du procès au fond n'entrent en considération que si elles ne font pas de doute (Arrêts du Tribunal fédéral, 2D\_130/2007 précité, consid. 2.2 et jurisprudences citées; ATA/526/2010 du 6 août 2010).

5. En l'espèce, l'intérêt privé des recourantes à pouvoir continuer à exploiter leur établissement pendant la procédure est évident.

Les pièces produites dans la deuxième écriture sur effet suspensif des recourantes, en particulier le préavis de la police du feu, permettent d'affirmer que l'intérêt public relatif à la sécurité n'est pas touché dans l'hypothèse ou l'exploitation de l'établissement perdurerait pendant la procédure. Cette solution permet aussi de protéger l'intérêt public visant à mettre à disposition de la population des lieux de loisirs.

Par ailleurs, l'intérêt privé du propriétaire des locaux n'apparaît, à première vue, pas sensiblement touché par l'éventuelle restitution de l'effet suspensif, dès lors que les recourantes sont au bénéfice d'un bail conclut le 1er mai 1996 pour une durée de cinq ans et trois mois, puis renouvelé tous les deux ans pour une période de deux ans, résilié pour la fin du mois de juillet 2011.

Les chances de succès du recours ne peuvent être évaluées en l'état, l'intégralité du dossier n'ayant pas été transmis par l'autorité au Tribunal administratif. Cet élément ne peut en conséquence être pris en considération dans le présent litige.

6. Au vu des éléments qui précèdent, le vice-président du Tribunal administratif, en application des art. 66 al. 2 LPA et 5 du règlement du Tribunal administratif du 1<sup>er</sup> janvier 2009, restituera l'effet suspensif au recours. Le sort des frais de la présente décision sera tranché dans l'arrêt à rendre au fond.

### **PAR CES MOTIFS**

#### **LE VIS-PRÉSIDENT DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF**

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 ;

communiqué la présente décision, en copie, à Me Olivier Jornot, avocat des recourantes ainsi qu'au service du commerce.

Le vice-président du Tribunal administratif :

Ph. Thélin

Copie conforme de cette décision a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :