

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3735/2013-EXPLOI

ATA/841/2013

**COUR DE JUSTICE**

**Chambre administrative**

**Décision du 23 décembre 2013**

**sur effet suspensif et mesures provisionnelles**

dans la cause

**Madame P\_\_\_\_\_**

représentée par Me Emmanuel Ducrest, avocat

contre

**SERVICE DU COMMERCE**

---

Vu le recours interjeté le 21 novembre 2013 par Madame P\_\_\_\_\_ contre la décision service du commerce (ci-après : Scm) du 1<sup>er</sup> novembre 2013 refusant l'autorisation d'exploiter la cafétéria du CEC X\_\_\_\_\_ et contre la résiliation, le 7 novembre 2013 pour le 2 décembre 2013 – date rectifiée ultérieurement au 31 décembre 2013 –, par la direction logistique du département de l'instruction publique, de la culture et du sport (ci-après : DLOG) du contrat d'exploitation de ladite cafétéria, conclu le 21 février 2013 pour la période du 1<sup>er</sup> août 2013 au 31 juillet 2014, reconductible tacitement ;

vu les conclusions du recours tendant principalement à l'annulation du refus de l'autorisation d'exploiter et de la résiliation du contrat d'exploitation, assorties d'une requête de mesures provisionnelles suspendant les effets de la résiliation anticipée du contrat d'exploitation de la cafétéria ;

vu la détermination du Scm du 27 novembre 2013 sur mesures provisionnelles concluant à l'irrecevabilité, subsidiairement au rejet, de la requête ;

vu la détermination de la DLOG du 27 novembre 2013 sur mesures provisionnelles concluant au rejet de la requête, dans la mesure où la chambre administrative était compétente pour statuer ;

Attendu qu'il en résulte *prima facie* :

que Mme P\_\_\_\_\_ exploite sans interruption depuis le 26 août 1991 la cafétéria en cause, d'abord au bénéfice de concession type signée le 18 avril 1991, remplacée par une seconde signée le 28 février 1996, puis une troisième en février 2004, à laquelle a succédé le contrat d'exploitation du 21 février 2013, la teneur de ces documents étant en substance identique ;

que Mme P\_\_\_\_\_ n'a jamais demandé avant le mois de février 2013 au service compétent - soit le Scm ou ses prédécesseurs - l'autorisation d'exploiter un tel établissement, pourtant nécessaire selon les dispositions de la loi sur la restauration, le débit de boissons et l'hébergement du 17 décembre 1987 (LRDBH - I 2 21) ;

que cette situation était connue tant de la DLOG que du Scm, l'intéressée ayant même été invitée en septembre 2007 à solliciter une autorisation d'exploiter afin de se conformer aux exigences légales, demande à laquelle elle n'a pas donné suite sans aucune conséquence ;

que dès 2008, Mme P\_\_\_\_\_ a connu des difficultés personnelles qui ont eu des effets négatifs sur la gestion des tâches administratives de la cafétéria et ont entraîné, entre décembre 2009 et juillet 2011, cinq condamnations pénales à des peines pécuniaires avec sursis ou à un travail d'intérêt général pour détournement de valeurs patrimoniales mises sous main de justice et infraction à la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants du 20 décembre 1946 (LAVS - RS 831.10) ainsi que le prononcé de sa faillite personnelle ;

que nonobstant ces éléments connus de la DLOG, Mme P\_\_\_\_\_ a continué à exploité la cafétéria ;

qu'elle a pu régler l'intégralité de ses dettes, de sorte que sa faillite a été révoquée le 3 septembre 2012 ;

que l'exploitation de la cafétéria n'a donné lieu à aucune plainte de la part des clients ;

que Mme P\_\_\_\_\_ a déposé pour la première fois le 13 février 2013 une demande d'autorisation d'exploiter la cafétéria ;

que le 1<sup>er</sup> novembre 2013, le Scm a refusé l'autorisation sollicitée, sans audition préalable de la requérante, parce que celle-ci ne présentait pas toute garantie que l'établissement serait exploité conformément aux prescriptions légales en raison de ses antécédents pénaux ;

que le même jour, le Scm a imparti un délai au 2 décembre 2013 à la DLOG pour désigner un nouvel exploitant pour la cafétéria ;

que la DLOG a donné suite à ce courrier en résiliant de manière anticipée le 7 novembre 2013 le contrat d'exploitation du 21 février 2013, pour le 2 décembre 2012, échéance reportée au 31 décembre 2013 ;

qu'à l'appui de sa requête de mesures provisionnelles, Mme P\_\_\_\_\_ soutient qu'au vu des circonstances, la décision du Scm ne peut être considérée comme une simple décision négative et qu'elle est doit être dès lors considérée comme assortie de l'effet suspensif ;

que, s'il était mis fin à l'exploitation de la cafétéria, elle perdrait tout intérêt légitime à l'exercice de son droit de recours ;

que le Scm soutient que la requête est irrecevable car elle ne vise pas directement sa décision mais tend à suspendre les effets de la résiliation du contrat d'exploitation ;

que l'effet suspensif ne peut être restitué à sa décision, qui a une portée négative et que pour le surplus, cela viderait le litige de tout son sens car l'intéressée pourrait exploiter la cafétéria jusqu'au 31 juillet 2013 ;

qu'en outre, aucun intérêt privé prépondérant ne justifie la restitution de l'effet suspensif au recours ;

que la DLOG soutient que la chambre administrative n'est pas compétente pour statuer sur le litige relatif à l'application du contrat d'exploitation car il est soumis au droit privé ;

qu'en tout état, le contrat prévoit la possibilité pour la DLOG de le résilier immédiatement en cas de retrait de l'autorisation d'exploiter ;

que la DLOG disposait d'un candidat prêt à reprendre l'exploitation de la cafétéria dès le 1<sup>er</sup> janvier 2014 ;

Considérant en droit :

que la compétence pour ordonner, d'office ou sur requête, des mesures provisionnelles en lien avec un recours appartient au président de la chambre administrative (art. 21 al. 1 et 66 al. 2 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10 ; art. 7 ch. 1 du règlement interne de la chambre administrative du 21 décembre 2010) ;

que, sauf disposition légale contraire, le recours a effet suspensif (art. 66 al. 1 LPA) ;

que l'autorité décisionnaire peut toutefois ordonner l'exécution immédiate de sa propre décision, nonobstant recours, tandis que l'autorité judiciaire saisie d'un recours peut, d'office ou sur requête, restituer l'effet suspensif à ce dernier (art. 66 al. 2 LPA) ;

que, 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 le refus d'une prestation ;

qu'en effet, la fonction de l'effet suspensif est de maintenir un régime juridique prévalant avant la décision contestée ;

que, 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/84/2009 du 9 avril 2009 ; P.WEISSENBERG / A.HIRZEL, Der suspensiveeffekt und andere vorsorgliche Massnahme, p. 166 in I. HAENER / B. WALDMANN, Brennpunkte im Verwaltungsprozess, Fribourg 2013 ; U. HÄFELIN / G. MÜLLER / F. UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6ème éd., 2010, n. 1800 ; P. MOOR / E. POLTIER, Droit administratif, vol. 2, 3ème éd., 2010, p. 814 n. 5, 8. 3. 3) ;

que, lorsqu'une décision négative 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 ;

que, 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. 2 LPA, l'acceptation de celle-ci induisant, jusqu'à droit jugé, le maintien des conditions antérieures ;

qu'elle ne pourra pas en faire de même dans le deuxième cas, vu le caractère purement négatif de la décision administrative contestée ;

que, dans cette dernière hypothèse, seul l'octroi de mesures provisionnelles, aux conditions cependant restrictives de l'art. 21 LPA, est envisageable (ATA/833/2012 du 14 décembre 2012 consid. 3 ; ATA/603/2011 du 23 septembre 2011 consid. 2) ;

qu'en l'espèce, le refus d'exploiter la cafétéria est la première décision rendue suite à une requête de Mme P \_\_\_\_\_ ;

qu'au vu des circonstances particulières de cas d'espèce, elle doit être *pima facie* considérée comme la première décision formelle du Scm, dès lors que ce service ne pouvait ignorer, à tout le moins depuis 2007, que la cafétéria était exploitée sans autorisation ;

qu'il y donc lieu de considérer *prima facie* que cette activité a été tolérée et que la décision du 1<sup>er</sup> novembre 2013 équivaut à un refus de renouveler cette tolérance, contre lequel un recours a en principe effet suspensif ;

que la décision querellée n'a pas été déclarée exécutoire nonobstant recours, de sorte que le recours a effet suspensif de plein droit ;

que concernant les motifs retenus par le Scm, les condamnations pénales sur lesquelles se fonde exclusivement la décision remontent à une période antérieure au remboursement des dettes et à la révocation de la faillite personnelle de l'intéressée, éléments qui n'ont fait l'objet d'aucune investigation de l'autorité nonobstant leur importance pour statuer en toute connaissance de cause sur la requête en autorisation d'exploiter la cafétéria ;

qu'au vu de l'historique du contrat d'exploitation de la cafétéria, d'abord intitulé concession d'exploitation, mais aussi de son objet – exploitation d'une cafétéria d'un établissement scolaire – comme de sa teneur, les rapports entre les parties apparaissent de prime abord soumis au droit public, ce qui emporte la compétence de la chambre de céans pour connaître des litiges y relatifs ;

qu'en l'état, dès lors que la décision du Scm n'est pas exécutoire et contestée et qu'elle ne révèle aucun élément qui n'aurait pas été connu ni toléré par la DLOG depuis plusieurs années, les effets de la résiliation du contrat d'exploitation fondée exclusivement sur cette décision doivent être suspendus ;

que dans ce cas d'espèce, aucun intérêt public prépondérant ne peut-être, à ce stade, opposé à l'intérêt privé de la recourante à continuer à exploiter la cafétéria qu'elle exploite depuis 1991, alors même que sa situation irrégulière dès l'origine apparaît connue et tolérée de ses interlocuteurs étatiques.

vu les art. 21 et. 66 al. 2 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**

dit que le recours de Madame P\_\_\_\_\_ contre la décision du Scm du 1<sup>er</sup> novembre 2013 a effet suspensif de plein droit ;

suspend l'effet de la résiliation du 7 novembre 2013 du contrat d'exploitation de la cafétéria du CEC X\_\_\_\_\_ conclu entre la direction de la logistique du département de l'instruction publique, de la culture et du sport et Madame P\_\_\_\_\_ ;

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 Emmanuel Ducrest, avocat de la recourante ainsi qu'au service du commerce et au département l'instruction publique.

Le président :

Ph. Thélin

Copie conforme de cette décision a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :