

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3720/2017-EXPLOI

ATA/1343/2017

**COUR DE JUSTICE**

**Chambre administrative**

**Décision du 29 septembre 2017**

**sur effet suspensif et mesures provisionnelles**

dans la cause

A \_\_\_\_\_ SA

représentée par Me Marco Rossi, avocat

contre

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

---

Attendu, en fait, que :

1. A\_\_\_\_\_ SA (ci-après : A\_\_\_\_\_, anciennement « B\_\_\_\_\_ SA ») est une société anonyme sise à C\_\_\_\_\_, inscrite au registre du commerce (ci-après : RC) du canton de Genève depuis le 28 septembre 2011.

Son but statutaire est : « exploitation d'une entreprise générale de sols, pose, entretien, isolation et réparation de chapes en tous genres, notamment en résine; la société a également pour but l'exploitation d'établissements publics ». Sont administrateurs avec signature individuelle Messieurs D\_\_\_\_\_ et E\_\_\_\_\_.

2. A\_\_\_\_\_ est devenue propriétaire de l'établissement public « B\_\_\_\_\_ », sis rue F\_\_\_\_\_ à Genève en septembre 2014. Elle a repris l'établissement, auparavant détenu par la société G\_\_\_\_\_ Sàrl (ci-après : G\_\_\_\_\_).

3. Le 13 septembre 2015, le service du commerce (ci-après : SCOM), devenu entretemps le service de police du commerce et de lutte contre le travail au noir (ci-après : PCTN) a constaté la caducité de l'autorisation d'exploiter de l'exploitant de B\_\_\_\_\_, Monsieur H\_\_\_\_\_, détenteur d'un certificat de cafetier-restaurateur et au bénéfice de l'autorisation d'exploiter l'établissement en question depuis le 16 février 2015.

4. Par acte posté le 14 décembre 2015, M. H\_\_\_\_\_ a interjeté un recours auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre cette décision, recours formé principalement « en vue de préserver ses droits et d'éviter la fermeture inutile et injustifiée de l'établissement ». Il était devenu directeur de ce dernier après avoir été engagé à cette fin par la société G\_\_\_\_\_ qui cherchait à vendre l'établissement. Il avait obtenu le 16 février 2015 une autorisation d'exploiter l'établissement en question. Après la vente du fonds de commerce à la société B\_\_\_\_\_ SA, il était resté directeur de celle-ci. Il avait entrepris des démarches pour obtenir une nouvelle autorisation d'exploiter même s'il n'était pas en mesure de retrouver la documentation afférente à celle-ci afin d'établir un tel fait. Le SCOM avait pris la décision litigieuse après une période de tolérance.

5. Le 23 juin 2016, une requête en autorisation d'exploiter un établissement public a été déposée aux guichets du PCTN, avec la société B\_\_\_\_\_ SA comme propriétaire et M. D\_\_\_\_\_ comme exploitant.

6. Par arrêt du 4 octobre 2016 (ATA/825/2016), la chambre administrative a déclaré le recours de M. H\_\_\_\_\_ irrecevable, faute d'intérêt à recourir dès lors que l'autorisation d'exploiter du 16 février 2016 (recte : 2015) précisait qu'elle était strictement personnelle et intransmissible et qu'une nouvelle autorisation devait être sollicitée en cas de changement, notamment d'exploitant, et que M. H\_\_\_\_\_ avait indiqué au PCTN le 20 juin 2016 démissionner, et donc renoncer à sa fonction d'exploitant de B\_\_\_\_\_.

7. Le 19 avril 2017, le PCTN a rendu une décision de non-entrée en matière sur la demande du 23 juin 2016. Il renvoyait aux motifs indiqués en première (recte : dernière) page du formulaire.

Diverses pièces étaient manquantes (notamment les extraits de casier judiciaire relatifs au propriétaire, le certificat de bonne vie et mœurs du propriétaire, l'attestation de paiement des assurances sociales, le contrat de sous-location, le contrat de mise en gérance et l'attestation de conformité des locaux en lien avec la police du feu). Une nouvelle demande présupposait l'envoi d'un nouveau formulaire. Le représentant de la société propriétaire n'était plus Monsieur I\_\_\_\_\_, et de ce fait le dossier devait être redéposé avec les pièces relatives au nouveau propriétaire. La surface d'exploitation était celle accessible aux clients, elle devait être entièrement et lisiblement cotée ainsi que datée et signée par l'exploitant. Enfin, le contrat de bail précisait un horaire différent de celui mentionné dans la requête.

8. Le 10 mai 2017, un nouveau formulaire a été déposé au PCTN, avec le même propriétaire et le même exploitant.
9. Le 5 juillet 2017, le PCTN a rendu une décision de non-entrée en matière sur la demande du 10 mai 2017.

La demande était affectée des mêmes problèmes que la précédente. De plus, un contrat de travail dûment signé devait être fourni.

10. Le 27 juillet 2017, deux gendarmes du poste de police des Pâquis ont dressé un rapport de dénonciation pour violation de la loi sur la restauration, le débit de boissons, l'hébergement et le divertissement du 19 mars 2015 (LRDBHD - I 2 22), suite à une intervention sur place effectuée le même jour à 03h40.

Le responsable sur place s'était annoncé comme Monsieur I\_\_\_\_\_. Il avait prétendu que l'exploitant autorisé était M. D\_\_\_\_\_, alors que les demandes d'autorisation d'exploiter déposées par ce dernier ne lui avaient pas été accordées. L'établissement était donc exploité sans autorisation. L'état général du dancing était sale, voire « limite insalubre ».

Quatre personnes, qui travaillaient sur place sans autorisation, étaient toutes en situation irrégulière en Suisse. Six jeunes femmes employées pour l'animation, des chanteuses au bénéfice d'un contrat de travail selon M. I\_\_\_\_\_, étaient en réalité sans autorisation de séjour, et aucun montant n'avait été versé aux assurances sociales les concernant. Il semblait du reste plus vraisemblable, en fonction de divers indices, qu'il s'agît de personnes s'adonnant en fait à la prostitution dans les locaux de l'établissement.

Plusieurs infractions à la loi sur l'interdiction de fumer dans les lieux publics du 22 janvier 2009 (LIF - K 1 18) avaient été constatées, plusieurs clients fumant et de

très nombreux mégots de cigarettes ayant été trouvés en divers endroits de l'établissement.

Le chien de détection de stupéfiants avait fortement « marqué » des miroirs de l'établissement ainsi que des billets de banque roulés sur eux-mêmes, ce qui laissait à penser qu'ils avaient été utilisés pour sniffer de la cocaïne. Un morceau de papier plié contenant 1 g de drogue, probablement de la cocaïne, avait du reste été retrouvé sur une des banquettes de l'établissement, à un endroit où s'asseyaient les clients.

Enfin, dans le bureau de M. I\_\_\_\_\_, une arme interdite lui appartenant, à savoir un coup de poing américain, avait été saisie.

11. Le 9 août 2017, le PCTN a adressé un courrier à G\_\_\_\_\_, lui écrivant à l'adresse de B\_\_\_\_\_.

Ce dernier était exploité, et plusieurs des constatations du rapport de police du 23 juillet 2017 étaient rappelées. Il n'était pas possible d'exploiter un établissement public sans autorisation, et l'exercice de la prostitution était interdit dans les établissements voués à la restauration et au débit de boissons ainsi que dans les établissements de divertissement public.

Le service envisageait d'adresser une sommation de fermeture, ainsi qu'une amende administrative.

Un délai au 16 août 2017 était octroyé pour l'exercice, par écrit, du droit d'être entendu. Ce délai n'autorisait pas à exploiter l'établissement dans l'intervalle, de sorte qu'il devait rester fermé.

12. Le 16 août 2017, un avocat s'est constitué pour A\_\_\_\_\_ auprès du PCTN. G\_\_\_\_\_ lui avait transmis le courrier du 9 août 2017. Une nouvelle requête d'exploitation avait été déposée quelques mois auparavant par M. D\_\_\_\_\_. Il lui avait ensuite été demandé, en juillet 2017, de transmettre quelques documents, dont son extrait de casier judiciaire et un certificat de bonne vie et mœurs, lequel ne serait prêt que dans une semaine.

Il était demandé un délai supplémentaire pour que M. D\_\_\_\_\_ puisse fournir les pièces manquantes, et de tolérer l'ouverture de l'établissement pendant la durée de la procédure. L'établissement était exploité, dans la mesure où une demande de mise en conformité était en cours. M. I\_\_\_\_\_ n'était pas responsable des lieux mais du service, et s'était présenté comme tel à la police. Les six femmes mentionnées n'étaient pas des employées, mais des artistes venues librement se produire à titre gratuit ; toute infraction à la législation sur les étrangers était contestée, et en aucun cas des activités de prostitution n'avaient eu lieu dans l'établissement. Les clients n'avaient pas fumé au cours de la soirée, mais certains avaient, en raison de l'agitation du contrôle de police en cours, allumé machinalement et sous l'effet du stress une cigarette. A\_\_\_\_\_ ignorait tout de la présence éventuelle de stupéfiants

dans l'établissement. Enfin, M. I\_\_\_\_\_ avait conservé un poing américain en ignorant qu'il s'agissait d'une arme ; il n'était pas opposé à sa destruction.

13. Par deux décisions séparées du 8 septembre 2017, le PCTN a intimé l'ordre à A\_\_\_\_\_ de cesser immédiatement l'exploitation de B\_\_\_\_\_, qui devait rester fermé jusqu'à obtention d'une autorisation d'exploiter, et lui a infligé une amende administrative de CHF 2'000.-.

Aucune autorisation d'exploiter n'avait été délivrée, l'ancienne étant caduque depuis l'arrêt de la chambre administrative du 4 octobre 2016. Le régime transitoire de la LRDBHD n'était ainsi pas applicable, et l'octroi d'un délai supplémentaire ne pouvait pas non plus s'envisager vu les circonstances.

L'amende était infligée pour exploitation sans autorisation.

L'ordre de fermeture était déclaré exécutoire nonobstant recours.

14. Par acte déposé le 12 septembre 2017, A\_\_\_\_\_ a interjeté recours auprès de la chambre administrative contre l'ordre de fermeture précité, concluant préalablement à la restitution de l'effet suspensif au recours, et principalement à l'annulation de l'ordre de fermeture et à l'octroi d'une autorisation d'exploitation ainsi que d'une indemnité de procédure.

Une fermeture de l'établissement pendant la durée de la procédure aurait un effet catastrophique pour la société, et si ladite fermeture se prolongeait ne serait-ce que quelques semaines, cela suffirait à entraîner sa faillite.

Vu le temps pris par le PCTN pour statuer à la suite de l'arrêt de la chambre administrative d'octobre 2016, soit presque un an, et vu le fait que la fermeture de l'établissement ne reposait que sur le défaut de deux pièces administratives (dont l'une était déjà à disposition du PCTN), et non sur un motif d'ordre public, aucun intérêt public prépondérant ne commandait que l'ordre de fermeture déploie un effet immédiat. L'intérêt privé de A\_\_\_\_\_ était manifestement prépondérant.

15. Le 22 septembre 2017, le PCTN a conclu au rejet de la demande de restitution de l'effet suspensif.

Les chances de succès du recours sur le fond étaient nulles. De plus, le principe de l'interdiction préventive d'exploitation des établissements publics constituait le noyau dur du système législatif instauré par la LRDBHD. Le PCTN n'était en outre pas au courant de ce que l'établissement avait continué à être exploité après le mois d'octobre 2016, et jusqu'à réception du rapport de police du 23 juillet 2017. L'exploitation sans autorisation pendant un certain laps ne pouvait pas faire naître un droit à la poursuite de l'exploitation.

Un fort risque d'atteinte potentielle aux intérêts publics protégés par la LRDBHD avait été généré du seul fait de l'exploitation sans autorisation. De plus, le rapport de police prouvait que l'ordre public avait été gravement troublé du fait de l'exploitation de B\_\_\_\_\_.

16. Sur ce, la cause a été 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 dans son principe (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), sous réserve de la conclusion en octroi d'une autorisation d'exploiter, qui semble à première vue exorbitante au litige tel que délimité par la décision attaquée, laquelle ne constitue pas un refus d'autorisation d'exploiter mais un ordre de fermeture.

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. L'autorité peut d'office ou sur requête ordonner des mesures provisionnelles exigeant au besoin des sûretés (art. 21 al. 1 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/955/2016 du 9 novembre 2016 consid. 4 ; ATA/1244/2015 du 17 novembre 2015 consid. 2 ; ATA/1110/2015 du 16 octobre 2015 consid. 3).

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 ou d'une autorisation. 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<sup>ème</sup> éd., 2010, n. 1800 ; Pierre MOOR/Étienne POLTIER, *Droit administratif*, vol. 2, 3<sup>ème</sup> 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. En l'espèce, la décision attaquée, soit l'ordre de fermer un établissement public, n'a pas en soi un contenu négatif mais plutôt un contenu positif défavorable à l'administrée. Elle découle néanmoins d'un constat d'absence d'autorisation, si bien qu'un effet suspensif n'aurait ici pas de sens, dès lors que le maintien du statu quo, c'est-à-dire l'absence d'autorisation d'exploiter, ne permettrait pas à la recourante d'obtenir ce qu'elle souhaite, soit d'exploiter l'établissement public en cause.

Sa demande de restitution de l'effet suspensif au recours doit ainsi s'examiner comme une demande de mesures provisionnelles au sens de l'art. 21 LPA.

9. Indépendamment de la question de savoir si l'octroi de mesures provisionnelles équivaldrait à accorder à la recourante ce qu'elle demande au fond, force est de constater que l'on ne peut en l'état considérer que seul un extrait administratif manquerait au dossier de la recourante pour obtenir l'autorisation d'exploiter. Ses deux requêtes ont ainsi fait l'objet d'une non-entrée en matière parce que de nombreux documents et renseignements manquaient ; en outre, même avec un dossier complet, on ne peut spéculer sur une issue favorable de la demande d'autorisation d'exploiter au vu des différents problèmes de respect de la législation soulevés par le rapport de police du 23 juillet 2017 (art. 11 let. a LRDBHD).

Or l'exploitation d'un établissement public, que ce soit à titre pérenne ou à titre provisoire, suppose l'existence d'une autorisation d'exploiter. Accorder une telle autorisation provisoire reviendrait ainsi à admettre à titre préjudiciel que l'ensemble des conditions posées par les art. 9 à 11 LRDBHD sont in casu satisfaites, ce qui ne sera pourtant – au mieux – possible qu'à l'issue du présent litige. Le préjudice financier dont fait la recourante ne saurait dès lors faire échec à ce constat, qui va du reste dans le sens de la jurisprudence de la chambre de céans (ATA/1036/2014 du 19 décembre 2014 ; ATA/15/2014 du 8 janvier 2014).

10. Les mesures provisionnelles sollicitées ne peuvent dès lors qu'être refusées.
11. Le sort des frais sera réservé jusqu'à droit jugé au fond.

Vu le recours interjeté le 13 septembre 2017 par A\_\_\_\_\_ SA contre la décision du service de police du commerce et de lutte contre le travail au noir du 8 septembre 2017 ;

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

vu l'art. 9 al. 1 du règlement de la chambre administrative du 26 septembre 2017 ;

**LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE**

rejette la demande de restitution de l'effet suspensif au recours, traitée comme demande de mesures provisionnelles ;

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 Marco Rossi, avocat du recourant 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 :