

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3373/2016-EXPLOI

ATA/960/2016

**COUR DE JUSTICE**

**Chambre administrative**

**Décision du 14 novembre 2016**

**sur effet suspensif**

dans la cause

**M. A\_\_\_\_\_**

représenté par Me Samir Djaziri, avocat

contre

**SERVICE DU COMMERCE**

---

Attendu, en fait, que :

1. Par un arrêté du service du commerce (ci-après : SCOM) du 5 novembre 2008, M. A\_\_\_\_\_, né en 1966, a été autorisé à exploiter le café-restaurant à l'enseigne « B\_\_\_\_\_ », sis au chemin de C\_\_\_\_\_ à D\_\_\_\_\_.

Il était notamment tenu de respecter les dispositions relatives à l'interdiction de servir des boissons alcooliques conformément à l'art. 49 de l'ancienne loi sur la restauration, le débit de boissons et l'hébergement du 17 décembre 1987 (aLRDBH - I 2 21).

2. Par requête signée le 3 mai 2016 et déposée le lendemain, M. A\_\_\_\_\_ a sollicité une autorisation d'exploiter un établissement soumis à la loi sur la restauration, le débit de boissons, l'hébergement et le divertissement du 19 mars 2015 (LRDBHD - I 2 22), entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2016, en remplissant le formulaire 1 de mise en conformité LRDBHD des établissements autorisés en vertu de la aLRDBH, en application de l'art. 70 al. 3 LRDBHD. Étaient joints notamment un extrait du casier judiciaire et un certificat de bonne vie et mœurs du 13 mars 2016.

Le 4 mai 2016, le SCOM a noté que la requête était incomplète au motif que le formulaire était lacunaire et qu'il manquait des pièces.

3. Par décision du 5 septembre 2016, déclarée exécutoire nonobstant recours, le SCOM a rejeté cette requête.

De l'extrait du casier judiciaire suisse joint par M. A\_\_\_\_\_ à sa requête, il ressortait les condamnations pénales suivantes :

- une condamnation par ordonnance du Ministère public du canton de Genève (ci-après : le Ministère public) du 26 septembre 2014 et entrée en force, à une peine pécuniaire de quatre-vingt-cinq jours-amende à CHF 80.-, avec sursis à l'exécution de la peine et délai d'épreuve de trois ans, plus une amende de CHF 1'700.-, pour avoir conduit un véhicule automobile en se trouvant dans l'incapacité de conduire en raison d'un taux d'alcoolémie qualifié dans le sang ou dans l'haleine ;
- une condamnation par ordonnance du Ministère public du 13 octobre 2015, à une peine pécuniaire de nonante-cinq jours-amende à CHF 80.-, avec sursis à l'exécution de la peine et délai d'épreuve de trois ans avec sursis à l'exécution de la peine et délai d'épreuve de trois ans, peine partiellement complémentaire à celle du 26 septembre 2014, pour avoir, à Genève, du 1<sup>er</sup> janvier 2010 au 31 mars 2015, en tant que gérant du « E\_\_\_\_\_ », employé à plein temps, en qualité de cuisinier, un ressortissant turc qui n'était au bénéfice d'aucune autorisation d'exercer une activité lucrative en Suisse, ces faits ayant été dénoncés par l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail (ci-après : OCIRT) au Ministère public en date du 30 juin 2015 (infraction à l'art. 117 al. 1 de la loi fédérale sur les étrangers

du 16 décembre 2005 - LEtr - RS 142.20) ; selon les informations recueillies auprès de l'OCIRT, ce cuisinier travaillait à raison de cinq jours par semaine et de 8 h par jour.

Ces deux infractions présentaient un lien avec son activité de gestion d'un établissement public, étaient relativement récentes et revêtaient un certain degré de gravité, au vu de la quotité des peines prononcées par le Ministère public. Elles mettaient ainsi sérieusement en cause la capacité de M. A\_\_\_\_\_ de veiller au respect de la LRDBHD et des prescriptions posées en matière de police des étrangers, de droit du travail au sein de l'établissement concerné.

Dans ces circonstances, l'intéressé ne présentait pas le caractère honorable exigé par l'art. 9 let. d LRDBHD pour être mis au bénéfice d'une nouvelle autorisation d'exploitation.

4. Par actes expédiés les 3 et 6 octobre 2016 au greffe de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative), M. A\_\_\_\_\_ a formé recours contre cette décision, concluant préalablement à la restitution de l'effet suspensif au recours, subsidiairement à l'octroi d'un délai convenable, soit six mois au minimum, pour trouver un nouvel exploitant, au fond à l'annulation de la décision querellée et principalement à l'octroi de l'autorisation d'exploiter l'établissement à l'enseigne « B\_\_\_\_\_ », subsidiairement au renvoi de la procédure au SCOM pour qu'une nouvelle décision soit prise dans le sens des considérants, le tout « sous suite de frais et dépens ».

Son droit d'être entendu avait été violé par le fait qu'il n'avait aucunement été informé par l'intimé qu'une décision négative allait être rendue. En outre, le SCOM avait, par courriel du 3 octobre 2016, refusé sa demande de rendez-vous qu'il avait formulée par courriel du même jour.

Sous l'angle du principe de la proportionnalité, le recourant était actif dans le domaine de la restauration depuis une trentaine d'année. Il n'avait pas fait l'objet de condamnation excepté les deux condamnations susmentionnées. Celle du 26 septembre 2014 avait trait à un acte isolé et était déjà relativement ancienne dans la mesure où elle datait de plus de deux ans et que le délai d'épreuve venait à échéance dans moins d'une année. S'agissant de la seconde condamnation, l'employé ne disposant pas d'autorisation lui avait indiqué, au début de son activité professionnelle, qu'il avait déposé une demande de naturalisation en France, pays dans lequel il habitait, et que, une fois la naturalisation française obtenue, il pourrait obtenir une autorisation de travail en Suisse. Dès lors, M. A\_\_\_\_\_ avait considéré qu'il s'agissait d'une situation provisoire et pensait qu'il pourrait régulariser la situation de cet employé à brève échéance. Il avait scrupuleusement payé la totalité de ses charges sociales. Cet employé disposait actuellement d'une autorisation de travail en Suisse et avait donc été réembauché au sein de son établissement. Enfin, dans l'hypothèse où il ne pourrait plus exploiter son établissement, cela aurait des

conséquences catastrophiques, notamment financièrement. Au vu de ces circonstances, la décision était disproportionnée.

5. Dans ses observations sur effet suspensif du 20 octobre 2016, le SCOM a conclu au rejet de la demande de restitution de l'effet suspensif et à la mise à la charge du recourant des frais liés à la présente procédure.
6. Par lettre du 21 octobre 2016, la chambre administrative a informé les parties de ce que la cause était gardée à juger sur effet suspensif.

Attendu, en droit, que :

1. 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) ; toutefois, lorsque 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).

À teneur de l'art. 21 LPA, l'autorité peut d'office ou sur requête ordonner des mesures provisionnelles en exigeant au besoin des sûretés (al. 1) ; ces mesures sont ordonnées par le président s'il s'agit d'une autorité collégiale ou d'une juridiction administrative (al. 2).

b. Selon la jurisprudence constante, les mesures provisionnelles – au nombre desquelles compte la restitution de l'effet suspensif – ne sont légitimes que si elles s'avèrent indispensables au maintien d'un état de fait ou à la sauvegarde d'intérêts compromis, et 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 (ATF 119 V 503 consid. 3 ; ATA/884/2016 du 10 octobre 2016 consid. 1 ; ATA/658/2016 du 28 juillet 2016 consid. 1). 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, *Vorsorgliche Massnahmen in Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess in RDS 1997 II 253-420, 265*).

c. 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 ; ATA/613/2014 du 31 juillet 2014 consid. 5).

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 ; ATA/613/2014 précité consid. 5).

d. Selon la jurisprudence et la doctrine, la question de la restitution de l'effet suspensif ne se pose pas lorsque le recours est dirigé contre une décision purement 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 ne bénéficiait pas (ATF 127 II 132 ; 126 V 407 ; 116 Ib 344 ; ATA/257/2014 du 14 avril 2014 ; ATA/28/2014 du 15 janvier 2014 ; ATA/15/2013 du 8 janvier 2013 ; ATA/84/2009 du 9 avril 2009 ; Philippe WEISSENBERG/Astrid HIRZEL, *Der suspensiveeffekt und andere vorsorgliche Massnahme*, in Irène HAENER/Bernhard WALDMANN, *Brennpunkte im Verwaltungsprozess*, Fribourg 2013, p. 166 ; Ulrich HÄFELIN/Georg MÜLLER/Felix UHLMANN, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 2016 n. 1166 ; Pierre MOOR/Etienne POLTIER, *Droit administratif*, vol. 2, 3ème éd., 2011, p. 814 n. 5.8.3.3).

Dans cette dernière hypothèse, seul l'octroi de mesures provisionnelles, aux conditions cependant restrictives de l'art. 21 LPA, est envisageable (ATA/198/2016 du 3 mars 2016 consid. 4 ; ATA/613/2014 précité consid. 5 ; ATA/70/2014 du 5 février 2014 consid. 4b)

2. En l'espèce, l'intimé a, par lettre du 14 octobre 2016, fait part au recourant de ce qu'il envisageait de prononcer la révocation de l'autorisation d'exploiter qui lui avait été délivrée le 5 novembre 2008, ce en application de l'art. 14 avec l'art. 9 let. d LRDBHD. Par ailleurs, selon le SCOM, sa décision entreprise rejetant la requête de l'intéressé tendant à l'obtention d'une nouvelle autorisation pour exploiter l'établissement « B\_\_\_\_\_ » constitue une décision négative, dès lors qu'elle prive celui-ci du droit de poursuivre l'exploitation de l'établissement concerné à l'échéance de la validité de l'autorisation qui lui a été délivrée sous l'ancien droit. La demande du recourant devrait ainsi être examinée sous l'angle d'une demande de mesures provisionnelles plutôt que sous l'angle d'une demande de restitution de l'effet suspensif.
3. Si l'on suivait l'argumentation de l'intimé, on ne voit pas pourquoi il aurait déclaré sa décision exécutoire nonobstant recours.

On ne voit pas non plus en quoi la décision entreprise aurait effectivement un contenu négatif, puisqu'elle rejette une demande qui ne vise pas à créer des droits et obligations modifiant la situation factuelle et juridique antérieure (ATA/296/2016 du 8 avril 2016) mais qui tend essentiellement au maintien et au renouvellement, sous la nouvelle LRDBHD, de l'autorisation déjà existante sous l'ancienne LRDBH.

Certes, elle rejette une demande formulée par le recourant pour le maintien de son autorisation d'exploitation, et on peut suivre le SCOM lorsqu'il indique que l'autorisation d'exploitation délivrée sous l'ancien droit n'a pas cessé de déployer ses effets à l'entrée en vigueur de la nouvelle loi, comme cela ressort a contrario de l'art. 65 al. 4 du règlement d'exécution de la loi sur la restauration, le débit de boissons, l'hébergement et le divertissement du 28 octobre 2015 (RRDBHD - I 2 22.01). Toutefois, en vertu de l'art. 70 al. 3 LRDBHD, les personnes au bénéfice d'une autorisation d'exploiter délivrée sur la base de l'ancienne législation peuvent poursuivre l'exploitation de leur établissement et offrir les mêmes prestations, à condition qu'elles obtiennent dans les douze mois à compter de l'entrée en vigueur de la présente loi – à savoir jusqu'au 31 décembre 2016 – les éventuelles autorisations complémentaires ou de remplacements nécessaires, leur permettant d'offrir lesdites prestations. On peut déduire de cette dernière disposition légale que si l'effet suspensif n'était pas restitué ou que des mesures provisionnelles n'étaient pas ordonnées, le recourant n'aurait, à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2017, plus le droit d'exploiter son établissement faute de nouvelle autorisation octroyée sous l'empire de la nouvelle loi. Le formulaire 1 du SCOM mentionné plus haut va du reste dans ce sens puisque, en sa première page, il indique que « la continuation de l'exploitation n'est autorisée qu'à condition que l'établissement obtienne l'autorisation d'exploiter en application de la LRDBHD d'ici au 31 décembre 2016 au plus tard (art. 70 al. 3 in fine LRDBHD) ». La décision incidente du 7 novembre 2016 du SCOM de suspendre la procédure de révocation de l'autorisation du 5 novembre 2008 jusqu'à droit connu dans la présente cause ne change rien sur ce point.

Quoi qu'il en soit, il importe peu que la mesure qui puisse être prononcée soit par la présente décision, qu'une restitution de l'effet suspensif ou des mesures provisionnelles, le recourant sollicitant en tout état de cause de pouvoir continuer l'exploitation de son établissement dans les conditions valant jusqu'à présent.

Cela étant, il est en l'état difficile de se prononcer sur les chances du recours qui ne peut pas être considéré d'emblée comme manifestement mal fondé, la question centrale du litige consistant à déterminer si les deux condamnations susmentionnées justifient un refus d'une nouvelle autorisation nécessitant un examen approfondi en fait et en droit.

D'autre part, on ne voit pas quel motif imposerait la cessation immédiate de l'activité du recourant concernant l'établissement, ni en quoi l'ordre public (art. 1 al. 2 LRDBHD) ou la protection des consommateurs et des travailleurs (art. 1

al. 3 LRDBHD) seraient menacés de manière imminente si l'intéressé continuait l'exploitation de son établissement.

Au regard de ce qui précède, l'intérêt privé du recourant à la continuation de son exploitation prime sur l'intérêt public à l'exécution immédiate de la décision querellée. L'exécution immédiate de la décision querellée serait susceptible d'avoir des effets négatifs importants sur la situation professionnelle et financière du recourant, qui pourrait, le cas échéant, ne pas être entièrement réparée s'il obtenait finalement gain de cause au fond.

4. En définitive, le recourant sera, à titre provisoire, autorisé à continuer l'exploitation du café-restaurant à l'enseigne « B\_\_\_\_\_ » jusqu'à droit jugé au fond.

Le sort des frais de la procédure est réservé jusqu'à droit jugé au fond.

### **LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE**

autorise, à titre provisoire, M. A\_\_\_\_\_ à continuer l'exploitation du café-restaurant à l'enseigne « B\_\_\_\_\_ » jusqu'à droit jugé au fond ;

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 Samir Djaziri, avocat du recourant ainsi qu'au service du commerce.

Le président :

Ph. Thélin

Copie conforme de cette décision a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :