

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/4131/2011-EXPLOI

ATA/334/2013

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 28 mai 2013

dans la cause

N_____ S.à r.l.

et

V_____

représentés par Me Dominique Lévy, avocat

contre

SERVICE DU COMMERCE

EN FAIT

- 1) Monsieur V_____, titulaire d'un certificat de cafetier-restaurateur depuis juin 2008, est gérant de la société N_____ S.à r.l.
2. Cette dernière est au bénéfice d'un contrat de bail commercial portant sur une surface commerciale d'environ 160 m² au 2^{ème} étage de l'immeuble sis _____, rue M_____ à Genève, dans le but d'exploiter un institut de détente.
3. Le 5 mars 2010, M. V_____ a immatriculé un salon de massages érotiques à l'enseigne « C_____ », devenu par la suite « C_____ » (ci-après : l'établissement ou le salon), situé au _____ rue M_____, Genève.
4. Suite à un contrôle effectué le 12 novembre 2010 dans l'établissement, un inspecteur du service du commerce (ci-après : Scm) a établi un rapport le 16 novembre 2010.

Une buvette y était exploitée sans autorisation, contrevenant ainsi à l'art. 4 de la loi sur la restauration, le débit de boissons et l'hébergement du 17 décembre 1987 (LRDBH – I 2 21).

Cette buvette était composée d'un comptoir situé à l'entrée de l'établissement et de sept places assises. Il était possible de consommer des boissons alcoolisées ou non dans le salon adjacent. Le bar était ouvert le soir à 18h et une liste de prix était à disposition de la clientèle. Pour les clients en possession de la « E_____ card », l'entrée au bar était libre, les boissons sans alcool étaient gratuites et illimitées. Ils bénéficiaient également d'un rabais de 50% sur le prix de la bière et de toutes les boissons alcoolisées vendues au verre ou en bouteille.
5. Par courrier du 17 novembre 2010, un inspecteur du Scm a invité M. V_____ à régulariser l'exploitation de la buvette qui requérait une autorisation au regard de l'art. 4 LRDBH, en renvoyant le formulaire de requête dûment rempli d'ici le 2 décembre 2010.
6. Le 2 décembre 2010, M. V_____ a déposé au guichet du Scm la requête précitée en vue de créer une buvette permanente, accessoire à un salon de massages érotiques, exploitée du lundi au vendredi de 18h à 24h et fermée le week-end.
7. Suite à un contrôle de l'établissement effectué le 19 septembre 2011 à 19h par la brigade des mœurs, celle-ci a fait parvenir au Scm un rapport de renseignements le 20 septembre 2011.

Une des femmes présentes dans le salon de massages, identifiée comme une travailleuse du sexe, n'était pas au bénéfice d'une autorisation de travail et a été déclarée en contravention pour exercice illicite de la prostitution. M. V_____ a également été déclaré en contravention.

Pendant ce contrôle, trois clients étaient arrivés dans l'établissement. Interrogés sur les raisons de leur présence, l'un d'eux avait déclaré qu'ils ne venaient que pour consommer au bar mais n'avaient pas l'intention de recourir aux services de prostituées. La police avait déjà signalé au Scm que ce salon de massages érotiques était doté d'un débit de boissons. Elle doutait que ce salon ait obtenu toutes les autorisations nécessaires de la part du DCTI, soit le département des constructions et des technologies de l'information, devenu depuis le département de l'urbanisme (*sic*).

8. Suite à un nouveau contrôle de l'établissement effectué le 15 octobre 2011, un inspecteur du Scm a établi un « rapport LRDBH » pour l'exploitation d'une buvette sans autorisation en violation de l'art. 4 LRDBH.

La buvette était divisée en une partie bar de 8 m² et en une partie *lounge* de 40 m². Une sono se trouvait sur le bar et un grand écran de TV dans le salon. Dans une armoire-vitrine à l'arrière du bar, il y avait une soixantaine de bouteilles d'alcools forts et des verres avec des cartes comportant les tarifs des boissons.

M. V_____ a expliqué à l'inspecteur qu'il n'avait pas eu de nouvelles de la requête qu'il avait déposée auprès du Scm le 2 décembre 2010 dans le but d'obtenir une autorisation d'exploiter une buvette permanente accessoire. Il a confirmé que la buvette était ouverte en semaine et fermée le week-end.

9. Le 24 octobre 2011, M. V_____ a répondu au Scm qu'il avait déposé le 2 décembre 2010 une demande d'autorisation en vue d'exploiter une buvette permanente accessoire à son établissement, et ce dans le délai imparti. Il était donc inexact de lui reprocher l'exploitation d'un bar sans autorisation. Par ailleurs, il disposait lui-même d'un certificat de capacité et le bailleur avait donné son accord quant au type d'activité exercée.

10. Suite à un contrôle de l'établissement effectué le 25 octobre 2011 à 15h par la brigade des mœurs, celle-ci a fait parvenir au Scm un rapport de renseignements le lendemain.

Le bar était toujours exploité.

11. Le 25 octobre 2011, M. V_____ a écrit à la brigade des mœurs : il était dans l'attente d'une réponse à la demande d'autorisation qu'il avait déposée le 2 décembre 2010 auprès du Scm. Il était donc inexact de lui reprocher une « exploitation d'un bar » sans autorisation. Le bailleur avait autorisé l'exploitation et il possédait le certificat de cafetier-restaurateur.

12. Par décision du 21 novembre 2011, déclarée exécutoire nonobstant recours, le Scom a ordonné la fermeture immédiate de la buvette permanente accessoire au salon de massages érotiques à l'enseigne « C_____ » pour défaut d'autorisation valable, conformément à l'art. 67 LRDBH. Seule une décision de réouverture, prise par la direction du service et communiquée par écrit, était susceptible de permettre la reprise des activités de l'établissement.

Le salon était équipé d'un véritable bar auquel les clients pouvaient s'accouder ou dans lequel ils pouvaient s'installer sur quelques tabourets prévus à cet effet.

13. Le 5 décembre 2011, N_____ S.à r.l. et M. V_____ ont déposé un recours auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative), concluant principalement à l'annulation de la décision précitée et à la délivrance, par le Scom, d'une autorisation d'exploiter la buvette, avec effet au 2 décembre 2010, sous suite de frais et dépens. Préalablement, ils sollicitaient la restitution de l'effet suspensif.

Aucun intérêt public prépondérant ne s'y opposait et leurs intérêts étaient gravement menacés.

Les conditions de la LRDBH relatives à l'exploitant et celles concernant l'établissement étaient toutes remplies. Le Scom ne bénéficiait d'aucun pouvoir d'appréciation et devait leur délivrer l'autorisation requise.

En prononçant la fermeture de la buvette un an après le dépôt de la demande d'autorisation, tout en sachant et en acceptant ladite exploitation durant cette période, le Scom avait violé le principe de la bonne foi.

La décision entreprise n'était pas nécessaire pour que le but d'intérêt public poursuivi par la LRDBH soit atteint et elle n'était pas dans un rapport raisonnable avec l'atteinte qu'elle leur occasionnait. Elle contrevenait ainsi également au principe de la proportionnalité.

Le Scom avait commis un déni de justice en tardant à statuer alors qu'il avait l'obligation de rendre une décision dans les deux mois dès le dépôt de la demande complète, conformément à l'art. 14 al. 1 LRDBH.

Enfin, la décision querellée était contraire au principe de la bonne foi et consacrait un abus de droit.

14. Le 14 décembre 2011, le Scom s'est opposé à la restitution de l'effet suspensif.

L'intérêt public, soit l'application stricte de la LRDBH, l'emportait sur l'intérêt privé, d'ordre économique, de N_____ S.à r.l. et de M. V_____ à

poursuivre l'exploitation non autorisée de la buvette permanente. Restituer l'effet suspensif reviendrait à autoriser M. V_____ à exploiter la buvette sans autorisation (*sic*). Seules des mesures provisionnelles étaient susceptibles d'être prononcées.

15. Par courrier daté du même jour, le juge délégué a prié le Scom de lui indiquer ce qui s'était passé entre le courrier du 17 novembre 2010 de l'inspecteur du Scom invitant M. V_____ à déposer d'ici au 2 décembre 2010 une requête accompagnée des pièces nécessaires et le rapport de renseignements de la brigade de mœurs, suite au contrôle effectué par elle le 19 septembre 2011 d'une part, et quel sort avait été réservé par le Scom à la requête déposée par M. V_____ le 2 décembre 2010, d'autre part.

16. Le 21 décembre 2011, le Scom a répondu qu'en date du 26 avril 2010, la présidente du département de la sécurité, de la police et de l'environnement avait adressé une circulaire à toutes les personnes responsables d'un salon ou d'une agence d'escortes, afin de leur rappeler l'entrée en vigueur le 1er mai 2010 de la loi sur la prostitution du 17 décembre 2009 (LProst - I 2 49) et de les sensibiliser sur leurs nouvelles obligations. Une activité de prostitution dans un établissement public soumis à la LRDBH n'était plus tolérée.

Entre le 17 novembre 2010 et le contrôle opéré le 19 septembre 2011 par la police, le Scom n'avait pas effectué de nouveaux contrôles, estimant que, sans autorisation en bonne et due forme, l'établissement en question se trouvait dans l'impossibilité absolue d'exploiter une buvette permanente.

Le Scom n'était pas entré en matière sur la requête déposée par M. V_____ le 2 décembre 2010, « compte tenu de l'incompatibilité de la LRDBH avec la LProst ». L'établissement avait pour activité l'exploitation d'un salon de massages érotiques régie par la LProst. Il était ainsi impossible de délivrer à l'exploitant une quelconque autorisation dans le cadre de la LRDBH lui permettant d'exploiter une buvette permanente.

17. Par décision du 23 décembre 2011, la présidente de la chambre administrative a admis la demande de restitution de l'effet suspensif. Elle a également ordonné au Scom de produire les photographies qui étaient mentionnées dans son rapport du 16 novembre 2010 et convoqué une audience de comparution personnelle et d'enquêtes le 3 février 2012.

Dans la mesure où le Scom, saisi d'une demande d'autorisation en application de l'art. 67 LRDBH, n'avait pas encore statué sur la requête et qu'il n'y avait pas d'intérêt public prépondérant à ce que la décision du 21 novembre 2011 soit exécutoire nonobstant recours, il était légitime de restituer l'effet suspensif, conformément à l'art. 66 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10).

18. Par courrier du 5 janvier 2012, le juge délégué a invité le Scm à statuer, par une décision susceptible de recours, sur la demande de M. V_____ du 2 décembre 2010.

19. Le 30 janvier 2012, le Scm a rejeté la requête en question.

Les tenanciers d'établissements publics étaient tenus de choisir s'ils souhaitaient exploiter un établissement public soumis à la LRDBH ou un salon de massage régi par la LProst (Mémorial des séances du Grand Conseil, PL 10447, I ch. 4). Il n'était pas possible pour un tenancier de bar à champagne ou de cabaret-dancing qu'un local séparé soit réservé à la pratique de la prostitution (MGC PL 10447, VII Ad art. 9).

En l'occurrence, l'établissement en cause était destiné à la prostitution et il ressortait clairement de la requête de M. V_____ du 2 décembre 2010 que l'exploitation de la buvette ne représentait qu'une activité accessoire et casuelle à celle du salon de massages érotiques.

20. Le 3 février 2012, la chambre administrative a entendu les parties lors d'une audience de comparution personnelle et d'enquêtes.

a. M. V_____ venait de recevoir la décision précitée du 30 janvier 2012 contre laquelle il recourrait. Il tenait à poursuivre et l'exploitation de la buvette et celle du salon de massages. Cette buvette n'était accessible qu'aux clients du salon car il fallait un code d'accès pour pouvoir entrer. Son but n'était pas de servir du champagne à d'autres personnes que ses clients et les prostituées ne percevaient pas de rémunération sur les consommations de ceux-ci. Il avait trouvé surprenant d'avoir dû déposer une demande d'autorisation en décembre 2010 et de ne pas avoir reçu de réponse avant fin janvier 2012. En dehors des heures d'ouverture de la buvette, celle-ci était à la disposition du personnel. Suite à la décision du Scm du 21 novembre 2011, il avait fermé la buvette. Il ne l'avait rouverte qu'après réception de la décision sur effet suspensif.

La brigade des mœurs opérait des contrôles dans son établissement toutes les 4 à 6 semaines pour vérifier si les filles étaient bien enregistrées. Les agents avaient bien vu qu'il y avait une buvette mais ils ne s'en étaient pas préoccupés.

b. La représentante du Scm a affirmé que la décision de fermeture du 21 novembre 2011 n'était fondée que sur l'art. 67 LRDBH, du fait que M. V_____ exploitait cette buvette sans autorisation. Cette décision ne faisait pas mention de la LProst, contrairement à celle datée du 30 janvier 2012. Suite à une réunion qui s'était tenue au sein du Scm le 3 décembre 2010, les inspecteurs avaient été informés qu'ils ne devaient plus exiger le dépôt d'une demande d'autorisation en application de la LRDBH concernant une buvette attenante à un salon de massages, en raison de l'entrée en vigueur de la LProst. Entre cette

séance et la décision de fermeture prise le 21 novembre 2011, il ne s'était rien passé et le Scom n'avait pas donné à M. V_____ l'occasion de s'exprimer.

c. M. A_____, inspecteur du commerce, délié de son secret de fonction, a été entendu comme témoin. Il avait demandé par courrier du 17 novembre 2010 à M. V_____ de déposer jusqu'au 2 décembre 2010 une demande d'autorisation d'exploiter la buvette en application de la LRDBH. Cette demande devait alors être traitée par le secteur des autorisations. Le chef du secteur précité avait informé l'inspectorat que la requête en cause devait être bloquée, car le dossier devait être transmis à la brigade des mœurs pour de nouveaux contrôles, conformément à la LProst. A ce moment-là, la nouvelle LProst était entrée en vigueur mais l'inspectorat du Scom n'était pas au courant des courriers du 26 avril 2010 que la présidente du département avait adressés aux exploitants responsables respectivement d'un salon, d'une agence d'escortes, d'un cabaret dancing ou d'un bar à champagne. A sa connaissance, il n'existait pas d'autre buvette attenante à un salon de massages, similaire à celle de M. V_____.

21. Par décision du 8 février 2012, le juge délégué a prononcé la suspension de l'instruction de la cause dans l'attente du recours devant être déposé contre la seconde décision du Scom.
22. Le 21 février 2012, N_____ S.à r.l. et M. V_____ ont recouru contre la décision du 30 janvier 2012 auprès de la chambre de céans, en concluant principalement à son annulation, à ce que le Scom délivre l'autorisation d'exploiter sollicitée, avec effet au 2 décembre 2010, et à la condamnation du service précité en tous les frais et dépens. Préalablement, ils ont conclu au maintien de l'effet suspensif, et cela fait, à l'ouverture d'enquêtes et à la comparution personnelle des parties.

Au sujet de l'effet suspensif, ils ont repris les arguments développés dans leur mémoire de recours du 5 décembre 2011.

Le Scom avait mal interprété la LProst. Le courrier de la présidente du département du 26 avril 2010 avait été adressé aux personnes responsables d'un cabaret ou d'un bar à champagne. Les établissements concernés étaient ceux ouverts au public visant à la consommation de boissons et/ou d'aliments, ce que le « C_____ » n'était pas. Aucune interdiction ou limitation de création d'une buvette permanente accessoire à un salon de massages érotiques ne figurait dans la LProst, de sorte que cette dernière ne pouvait constituer une base légale pour interdire l'exploitation d'une telle buvette, pas plus que la LRDBH qui ne comportait aucune disposition à cet égard. Le Scom sollicitait d'ailleurs de dépôt s'une requête en autorisation visant à régulariser l'existence de la buvette litigieuse.

La décision querellée ne leur permettait pas de comprendre les motifs du refus qui leur était opposé, faute de motivation, ce qui constituait une violation de leur droit d'être entendu. De plus, ils n'avaient pas pu s'exprimer au sujet du contrôle opéré par la brigade des mœurs le 19 septembre 2011 dans l'établissement.

23. Le 30 mars 2012, le Scm a conclu au rejet du recours.

Des boissons étaient servies au public au sein de l'établissement, ce qui n'avait jamais été contesté jusqu'à l'audience de comparution personnelle et d'enquêtes du 3 février 2012. Il ressortait des différents contrôles effectués par le Scm et la police qu'il existait une liste des tarifs des consommations alcoolisées et non alcoolisées. Le site internet de l'établissement laissait clairement entendre que les boissons servies étaient payantes pour le public qui ne souhaitait pas partager de moments érotiques. Il était difficilement compréhensible que le recourant ait sollicité une autorisation d'exploiter une buvette, s'il désirait simplement exploiter un débit de boissons à titre gratuit. Ladite buvette était exploitée à titre onéreux et entrainait dans le champ d'application de la LRDBH.

Il n'existait aucune distinction entre les bars à champagne et cabarets-dancing d'une part, et les autres établissements publics soumis à la LRDBH d'autre part. L'obligation faite aux tenanciers de choisir s'ils souhaitaient exploiter un établissement public soumis à la LRDBH ou un salon de massages s'adressait à « tous les tenanciers d'établissements publics régulièrement fréquentés par des personnes qui se prostituaient ».

L'établissement en cause avait un caractère public. Ses locaux étaient susceptibles de troubler l'ordre public, du fait de leur aménagement et de leur implantation manifestement inappropriée. L'établissement était ainsi susceptible de troubler la moralité publique, vu qu'il servait de lieu de racolage aux femmes qui se prostituaient dans le salon attenant.

La liberté économique de N_____ S.à r.l. et M. V_____ n'avait pas été violée. La décision du 31 janvier 2012 reposait sur l'art. 2 al. 2 LRDBH et était justifiée par l'intérêt public. Le principe de proportionnalité était respecté, car aucune autre mesure ne permettait de pallier les risques susmentionnés.

Les motifs de refus ressortant de la décision contestée étaient suffisamment clairs. N_____ S.à r.l. et M. V_____ disposaient d'assez d'éléments pour comprendre ladite décision et préparer leur a défense. Ayant eu la possibilité de développer leurs griefs dans leurs écritures, ils ne pouvaient pas non plus se prévaloir d'une violation de leur droit d'être entendu.

24. Le 30 avril 2012, N_____ S.à r.l. et M. V_____ ont persisté dans les termes de leurs recours.

Leur établissement n'engendrait aucun trouble de l'ordre public. La buvette était exploitée en annexe au salon de massages, pour les clients exclusivement, dont l'accès était autorisé par un code. Aucune plainte n'avait été formulée à l'encontre de l'établissement et le bailleur avait donné son accord à cette exploitation.

25. Par décision du 8 mai 2012, le juge délégué a ordonné la reprise de la cause A/4131/2011 et prononcé la jonction des causes n^{os} A/4131/2011 et A/570/2012 sous le n^o A/4131/2011.
26. Sur quoi, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. Interjetés en temps utile devant la juridiction compétente, les recours sont recevables (art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05 ; art. 62 al. 1 let. a LPA).
2. Selon l'art. 61 LPA, la chambre administrative est habilitée à revoir une décision pour violation du droit, y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation, et pour constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents (art. 61 al. 1 let. a et b LPA), mais pas sous l'angle de l'opportunité (art. 61 al. 2 LPA).
3. En l'espèce, M. V_____ a déposé le 2 décembre 2010, soit dans le délai que le Scm lui avait imparti le 17 novembre 2010, une requête en autorisation d'exploiter une buvette permanente accessoire au salon de massages érotiques en cause. Or, cette injonction était postérieure non seulement à la circulaire envoyée le 26 avril 2010 aux exploitants par la présidente du département mais également à l'entrée en vigueur, le 1^{er} mai 2010, de la LProst.

Le Scm a ainsi commis un déni de justice en refusant d'entrer en matière sur cette requête qu'il avait lui-même sollicitée, sans en informer les intéressés.

Enfin, le Scm ne pouvait sanctionner ceux-ci par la fermeture immédiate de la buvette prononcée le 21 novembre 2011, au motif que cette dernière était exploitée sans autorisation, alors qu'en réponse au courrier du juge délégué du 14 décembre 2011, la directrice du secteur juridique du même Scm écrivait le 21 décembre 2011 qu'en raison de l'incompatibilité entre la LRDBH et la LProst, « il lui était impossible de délivrer l'autorisation requise ».

Un tel comportement viole le principe de la bonne foi que l'administration se doit pourtant de respecter envers les administrés.

Le principe de la bonne foi entre administration et administré, exige en effet que l'une et l'autre se comportent réciproquement de manière loyale. En particulier, l'administration doit s'abstenir de toute attitude propre à tromper l'administré. Elle ne saurait tirer aucun avantage des conséquences d'une incorrection ou insuffisance de sa part (ATF 129 I 161 consid. 4 p. 170 ; 129 II 361 consid. 7.1 p. 381 ; Arrêts du Tribunal fédéral 1C_534/2009 du 2 juin 2010 ; 9C_115/2007 du 22 janvier 2008 consid. 4.2 ; ATA/240/2013 du 16 avril 2013 ; ATA/141/2012 du 13 mars 2012 ; T. TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2011, p. 193 n. 568).

Il en résulte que la décision du 21 novembre 2011 doit être annulée, sans qu'il soit nécessaire d'examiner si elle respecte le principe de la proportionnalité.

4. Selon l'art. 1 LProst, les buts de la loi sont de garantir, dans le milieu de la prostitution, que les conditions d'exercice de cette activité sont conformes à la législation, soit notamment qu'il n'est pas porté atteinte à la liberté d'action des personnes qui se prostituent, que celles-ci ne sont pas victimes de la traite d'êtres humains, de menaces, de violences, de pressions ou d'usure ou que l'on ne profite pas de leur détresse ou de leur dépendance pour les déterminer à se livrer à un acte sexuel ou d'ordre sexuel (a) ; d'assurer la mise en œuvre des mesures de prévention et promotion de la santé et de favoriser la réorientation professionnelle des personnes qui se prostituent, désireuses de changer d'activité (b) ; de régler les lieux, heures et modalités de l'exercice de la prostitution, ainsi que de lutter contre les manifestations secondaires fâcheuses de celle-ci (c).

La prostitution de salon est celle qui s'exerce dans des lieux de rencontre soustraits à la vue du public (art. 8 al. 1 LProst). Ces lieux, quels qu'ils soient, sont qualifiés de salons par la présente loi (art. 8 al. 2 LProst).

A teneur de l'art. 9 al. 1 LProst, toute personne physique qui, en tant que locataire, sous-locataire, usufruitière, propriétaire ou copropriétaire, exploite un salon et met à disposition de tiers des locaux affectés à l'exercice de la prostitution doit s'annoncer, préalablement et par écrit, aux autorités compétentes en indiquant le nombre et l'identité des personnes qui y exercent la prostitution.

5. En l'occurrence, le « C_____ » est un salon de massages érotiques dans lequel travaillent des prostituées. Il est donc soumis à la LProst.
6. Le Scm a pris une nouvelle décision le 30 janvier 2012 prononçant le rejet de la requête déposée par M. V_____ le 2 décembre 2010.

Le Scm fonde sa seconde décision sur le fait que l'établissement est destiné à la pratique de la prostitution et donc soumis à la LProst, ce qui empêcherait d'y exploiter une buvette permanente accessoire.

7. L'exploitant de ce salon a installé un bar au sein de l'établissement.

8. L'exploitation à titre onéreux d'établissements voués à la restauration et au débit de boissons à consommer sur place est régie par la LRDBH (art. 1 let. a LRDBH).

Les buvettes permanentes sont des établissements soumis à la LRDBH (art. 16 let. h LRDBH). Ces dernières sont des débits de boissons exploités de façon durable ou saisonnière, accessoires soit à des installations destinées aux loisirs, aux activités culturelles, au divertissement, au sport, à l'étude, au commerce, ou à des fins analogues, soit encore à des établissements socioculturels et artistiques; il peut y être assuré un service de petite restauration (art. 17 al. 1 let. H LRDBH). Elles sont soumises à un horaire fixé de cas en cas par le département en fonction de l'horaire d'exploitation des installations auxquelles elles sont accessoires (art. 18 let. H LRDBH).

Le bar que M. V_____ désire exploiter étant une buvette permanente accessoire, la LRDBH est applicable.

9. L'exploitation de tout établissement est soumise à l'obtention préalable d'une autorisation d'exploiter délivrée par le département des affaires régionales, de l'économie et de la santé, soit pour lui le Scm (art. 4 al.1 LRDBH, 1 al. 2 et 2 let. a RRDBH).

La délivrance de cette autorisation est soumise à des conditions relatives à l'exploitant (art. 5 LRDBH) et à l'établissement (art. 6 LRDBH).

Le but de la LRDBH est d'assurer qu'aucun établissement qui lui est soumis ne soit susceptible de troubler l'ordre public, en particulier la tranquillité, la santé et la moralité publiques, du fait de son propriétaire ou de son exploitant, ainsi qu'en raison de sa construction, de son aménagement, de son implantation (art. 2 al.1 LRDBH).

Selon l'art. 6 al. 1 let. a LRDBH, l'autorisation d'exploiter est délivrée notamment à condition que les locaux de l'établissement ne soient pas susceptibles de troubler concrètement l'ordre public, en particulier la tranquillité publique, du fait de leur construction, de leur aménagement et de leur implantation manifestement inappropriées.

10. a. Selon une jurisprudence constante du Tribunal fédéral, la loi s'interprète en premier lieu d'après sa lettre (interprétation littérale). Si le texte légal n'est pas absolument clair, si plusieurs interprétations de celui-ci sont possibles, le juge recherchera la véritable portée de la norme en la dégageant de sa relation avec d'autres dispositions légales, de son contexte (interprétation systématique), du but poursuivi, singulièrement de l'intérêt protégé (interprétation téléologique), ainsi que de la volonté du législateur telle qu'elle ressort notamment des travaux préparatoires (interprétation historique) (ATF 132 V 321 consid. 6 p. 326 ; 129 V

258 consid. 5.1 p. 263/264 et les références citées). Le Tribunal fédéral utilise les diverses méthodes d'interprétation de manière pragmatique, sans établir entre elles un ordre de priorité hiérarchique (ATF 133 III 175 consid. 3.3.1 p. 178 ; 125 II 206 consid. 4a p. 208/209 ; ATA/422/2008 du 26 août 2008 consid. 7). Enfin, si plusieurs interprétations sont admissibles, il faut choisir celle qui est conforme à la Constitution (ATF 119 Ia 241 consid. 7a p. 248 et les arrêts cités).

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, le juge est, en principe, lié par un texte légal clair et sans équivoque. Ce principe n'est cependant pas absolu. En effet, il est possible que la lettre d'une norme ne corresponde pas à son sens véritable. Ainsi, l'autorité qui applique le droit ne peut s'en écarter que s'il existe des motifs sérieux de penser que le texte ne correspond pas en tous points au sens véritable de la disposition visée. De tels motifs peuvent résulter des travaux préparatoires, du fondement et du but de la prescription en cause, ainsi que de sa relation avec d'autres dispositions (ATF 131 I 394 consid. 3.2 p. 396 ; 131 II 13 consid. 7.1 p. 31 ; 130 V 479 consid. 5.2 p. 484 ; 130 V 472 consid. 6.5.1 p. 475). En dehors du cadre ainsi défini, des considérations fondées sur le droit désirable ne permettent pas de s'écarter du texte clair de la loi surtout si elle est récente (ATF 118 II 333 consid. 3e p. 342 ; 117 II 523 consid. 1c p. 525).

Bien que les travaux préparatoires ne soient pas nécessairement déterminants pour l'interprétation et ne lient pas le juge, ils peuvent s'avérer utiles pour dégager le sens d'une norme. En effet, ils révèlent la volonté du législateur, laquelle demeure, avec les jugements de valeur qui la sous-tendent, un élément décisif dont le juge ne saurait faire abstraction même dans le cadre d'une interprétation téléologique (ATF 119 II 183 consid. 4b p. 186 ; 117 II 494 consid. 6a p. 499 ; ATA/537/2008 du 28 octobre 2008 consid. 12). Ils constituent également la base de l'interprétation historique. Les travaux préparatoires ne seront toutefois pris en considération que s'ils donnent une réponse claire à une disposition légale ambiguë et qu'ils ont trouvé expression dans le texte de la loi (ATF 124 III 126 consid. 1b p. 129).

b. En l'espèce, la LProst ne prévoit rien en ce qui concerne l'exploitation d'un débit de boissons au sein d'un établissement dédié à la prostitution. Dès lors, il est nécessaire de se référer à une interprétation historique et téléologique, au moyen des travaux préparatoires, ce d'autant que la LProst est relativement récente et qu'il n'existe pas de jurisprudence en la matière.

Il résulte de ces derniers, accessibles sur le site du Grand Conseil, que le Conseil d'Etat avait déposé le 10 mars 2009 devant le Grand Conseil le PL 10447, vu l'art. 199 du code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP – RS 311.0). Il était nécessaire de réglementer l'exercice de la prostitution et de lutter contre ses effets secondaires, notamment dans les établissements publics :

« Vu les dispositions très claires et très précises de la LRDBH, dont l'article 69 permet à l'autorité compétente de procéder à la fermeture de tout établissement public (notamment tout bar à champagne, cabaret-dancing ou hôtel) dont l'exploitation perturbe ou menace gravement l'ordre public ou favorise la débauche, le Conseil d'Etat estime qu'il n'est pas nécessaire de donner suite à la dernière invite de la motion M 1727-A visant à réglementer de manière plus stricte l'activité des cabarets. Les tenanciers d'établissements publics régulièrement fréquentés par des personnes qui se prostituent devront être clairement informés de leurs droits et de leurs obligations et, en définitive, invités à choisir s'ils souhaitent exploiter un établissement public soumis à la LRDBH ou un salon de massages soumis à la loi sur la prostitution. Ils ne pourront plus conserver un local séparé réservé à la pratique de la prostitution. La LProst a notamment pour but de réglementer les lieux, heures et modalités de l'exercice de la prostitution, ainsi que de lutter contre les manifestations secondaires de la prostitution qui sont de nature à troubler l'ordre public » (PL 10447, I. ch. 4 et 5).

« De manière pragmatique, le projet de loi poursuit également l'objectif de faire respecter l'ordre et la tranquillité publique en veillant à ce que les personnes habitant dans des zones où la prostitution a lieu ne soient pas importunées par le trafic de voitures, les éclats de voix ou tout autre dérangement inhérent à ce type d'activité » (PL 10447, V.).

11. M. V_____ remplit les conditions prévues à l'art. 5 LRDBH relatives à l'exploitant. Il faut donc vérifier si les conditions prévues à l'art. 6 LRDBH concernant les locaux de l'établissement sont respectées.

L'établissement en cause est un salon de massages érotiques dont l'activité principale n'est pas la restauration, ni le débit de boissons à consommer sur place. Toutefois, un bar se trouve dans l'établissement.

La LProst n'interdit pas l'exploitation d'une buvette permanente accessoire. La volonté du législateur était, entre-autres, d'interdire la prostitution dans les lieux publics dont l'activité principale est soumise à la LRDBH, notamment dans les cabaret-dancings et les bars à champagne. Le but était d'éviter que les clients d'un établissement public soient, contre leur volonté, confrontés à de la prostitution.

Dans le cas présent, le salon en question se trouve à l'étage d'un immeuble auquel on accède par une porte qui s'ouvre au moyen d'un code et il est réservé aux personnes majeures. La buvette n'est pas visible depuis l'extérieur et, à moins de le savoir, rien ne permet de penser qu'un tel débit de boissons s'y trouve. Le bar est accessoire au salon de massages, de sorte que ce sont principalement les clients dudit établissement qui le fréquentent et qui y ont accès.

La déclaration d'un client arrivé avec deux autres personnes dans l'établissement pendant le contrôle de police du 19 septembre 2011 selon laquelle ils n'étaient venus que pour consommer au bar, sans avoir l'intention de recourir aux services de prostituées, n'est pas crédible. Il est plus que plausible que, face aux agents des forces de l'ordre, ils aient préféré ne pas avouer leurs intentions premières. De plus, cette déclaration est invérifiable, l'identité de ce client étant inconnue.

L'interdiction pure et simple d'exploiter une buvette accessoire à un établissement, au seul motif que ce dernier est un salon de massages érotiques soumis à la LProst, est excessive et découle d'une mauvaise interprétation de la loi. La vente de boissons au sein d'un tel établissement, tant qu'elle reste accessoire et qu'elle est strictement réservée aux clients du salon, n'est pas proscrite, ni contraire à la LRDBH, et peut être autorisée si toutes les conditions d'exploitation sont remplies.

De plus, toute l'argumentation développée par le Scm dans sa réponse du 30 mars 2012 relative aux troubles à l'ordre et la moralité publics est nouvelle et sans pertinence car les deux décisions attaquées ne sont pas fondées sur ces griefs et ni la brigade des mœurs ni l'inspecteur du Scm n'ont fait état dans leurs rapports de plaintes du voisinage pas plus qu'ils n'ont constaté de tels troubles.

En l'espèce, les conditions de délivrance de cette autorisation sont ainsi remplies, conformément à l'art. 6 LRDBH également. La décision du Scm du 30 janvier 2012 sera donc aussi annulée.

12. Les recours seront admis et la cause renvoyée au Scm pour qu'il délivre - dès réception du présent arrêt - l'autorisation requise par les requérants le 2 décembre 2010, assortie de la condition selon laquelle l'accès à la buvette doit être réservé aux seuls clients du salon de massages « C_____ ».
13. Nonobstant cette issue, aucun émolument ne sera mis à la charge du Scm (art. 87 al.1 LPA). Les requérants obtenant entièrement gain de cause, une indemnité de procédure de CHF 1'500.- leur sera allouée, conjointement et solidairement, à la charge de l'Etat de Genève (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevables les recours interjetés le 5 décembre 2011 par N_____ S.à r.l. et Monsieur V_____ contre la décision du service du commerce du 21 novembre 2011 et le 21 février 2012 contre la décision du service du commerce du 30 janvier 2012 ;

au fond :

les admet ;

annule les décisions du service du commerce des 21 novembre 2011 et 30 janvier 2012 ;

retourne la cause au service du commerce pour que dès réception du présent arrêt il délivre aux recourants l'autorisation requise le 2 décembre 2010, assortie de la condition selon laquelle l'accès à la buvette permanente accessoire soit réservé exclusivement aux clients du salon de massages « C_____ » ;

l'y condamne en tant que de besoin ;

dit qu'il n'est pas perçu d'émolument ;

alloue à N_____ S.à r.l. et Monsieur V_____, pris conjointement et solidairement, une indemnité de procédure de CHF 1'500.- à charge de l'Etat de Genève ;

dit que, conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), le présent arrêt peut être porté 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. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

communique le présent arrêt à Me Dominique Lévy, avocat des recourants, ainsi qu'au service du commerce.

Siégeants : M. Thélin, président, Mme Hurni, MM. Dumartheray et Verniory, juges,
M. Jordan, juge suppléant.

Au nom de la chambre administrative :

La greffière-juriste :

le président siégeant :

S. Hüsler Enz

Ph. Thélin

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :