

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3/2005-JPT

ATA/223/2005

ARRÊT

DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

du 19 avril 2005

dans la cause

Monsieur D _____

et

P _____

représentés par Me Ramon Rodriguez, avocat

contre

DÉPARTEMENT DE JUSTICE, POLICE ET SÉCURITÉ

EN FAIT

1. Par conventions respectivement des 18 février et 2 octobre 2002, Monsieur D_____ (ci-après : M. D_____ ou le recourant), domicilié dans le canton de Genève et la société P_____ (ci-après : la société), de siège à Genève, ont pris à bail des locaux commerciaux sis _____ à Genève, et propriété de la société anonyme SI_____.

A teneur de l'en-tête du contrat du 18 février 2002, les locaux étaient destinés à un « espace Internet sans débit de boissons ».

2. Le 7 juillet 2004, le service des autorisations et patentes (ci-après : le SAP) dépendant du département de justice, police et sécurité (ci-après : le DJPS) s'est adressé à M. D_____, à l'adresse du « Salon de jeux P_____ ». Après un entretien téléphonique préalable le 27 mai de la même année, ainsi qu'un passage dans les locaux exploités par l'intéressé, le service précité a impartit à M. D_____ un délai au 28 juillet 2004 pour déposer les requêtes nécessaires à l'exploitation d'un salon de jeux.

Le 19 juillet 2004, un avocat s'est constitué pour la défense des intérêts de la société et a répondu au SAP. L'établissement ne pouvait être assimilé à un salon de jeux. Les ordinateurs servaient à accéder au « World-Wide-Web » (ci-après : le WWW ou la toile). Il s'agissait de mettre des outils de recherche à la disposition du public et non des appareils de jeux. Ni la loi sur la restauration, le débit de boissons et l'hébergement du 17 décembre 1987 (LRDBH - I 2 21), ni la loi sur les spectacles et les divertissements du 4 décembre 1992 (LSD - I 3 05) n'étaient applicables à l'établissement en question. Une solution contraire aurait pour effet d'interdire aux mineurs de moins de seize ans l'accès à « Internet », dès lors que les salons de jeux ne pouvaient accueillir les mineurs de moins de seize ans.

Le 10 novembre 2004, le DJPS s'est adressé au conseil de la société recourante. Après un échange de vues avec le département de l'instruction publique (ci-après : le DIP), il avait été considéré que les « Internet cafés » devaient être considérés comme des salons de jeux au sens de l'article 8 LSD, lorsqu'ils exploitaient plus de trois ordinateurs personnels. Cette position des deux départements reposait sur la nécessité de protéger les mineurs de moins de seize ans d'un accès à des sites qui ne leur étaient pas destinés. Presque toutes les écoles du canton disposaient d'ordinateurs personnels, de sorte que les élèves devant

faire des recherches n'étaient pas désavantagés s'ils ne disposaient pas d'un pareil matériel chez eux.

Un délai au 30 novembre 2004 était dès lors imparti à M. D_____ pour déposer une requête en vue d'exploiter un salon de jeux, ainsi qu'une autre en vue d'exploiter une buvette permanente, en application des dispositions pertinentes de la LSD et de la LRDBH.

3. Le 20 décembre 2004, le DJPS s'est adressé à nouveau au conseil de la société recourante. Malgré la mise en demeure du 10 novembre 2004, M. D_____ n'avait pas demandé la délivrance des autorisations qui lui permettraient d'exploiter un « Internet Café ». Le DJPS lui impartissait dès lors un délai de 48 heures pour fermer l'établissement et lui infligeait une amende d'un montant de CHF 1'500.-.

4. Selon une note de service du SAP datée du 23 décembre 2004, l'établissement avait été inspecté à deux reprises.

Le 21 décembre, la décision du DJPS avait été notifiée à M. D_____ et le surlendemain, 23 décembre, il avait été constaté que ce « Cyber Café » était bien fermé.

5. Par acte déposé au greffe du Tribunal administratif le 3 janvier 2005, M. D_____ et la société ont recouru contre la décision du DJPS. Ils ont demandé la restitution de l'effet suspensif à leur recours et concluent au fond, à ce que l'établissement ne soit assimilé ni à un salon de jeux, ni à une buvette permanente. Ils demandent enfin l'annulation de l'amende qui leur a été infligée.

Les recourants exposent que 34 ordinateurs personnels ont été installés dans l'établissement litigieux. Ils servent à la navigation sur la toile, ainsi qu'à des ateliers d'initiation à l'informatique. L'introduction d'un tarif préférentiel était en pourparlers avec un groupe d'étudiants de l'Université de Genève. Les utilisateurs des ordinateurs avaient en outre la possibilité de consommer des denrées alimentaires, distribuées par une machine automatique.

6. Le 5 janvier 2005, le DJPS s'est déterminé sur la demande de restitution de l'effet suspensif. S'agissant d'une contestation ayant pour objet une décision à contenu négatif, l'objet de la requête ne pouvait être que l'obtention de mesures provisionnelles. Or, il était exclu que les recourants obtiennent satisfaction par ce biais, alors qu'ils avaient été informés six mois auparavant de la nécessité d'obtenir des autorisations.

7. Par décision du 7 janvier 2005, le président du Tribunal administratif a rejeté la requête de mesures provisionnelles en tant qu'elle était recevable, rétablissant toutefois l'effet suspensif attaché au recours, s'agissant du seul paiement de l'amende litigieuse.

8. Le 7 février 2005, le DJPS a répondu au recours : le 13 janvier 2005, selon un rapport du SAP, l'établissement était à nouveau ouvert. Le distributeur de boissons était en service et l'exploitant n'avait toujours pas déposé de demande en vue d'être autorisé à tenir une buvette permanente accessoire. La police judiciaire avait procédé à la fermeture de l'établissement et à la pose de scellés. Sur le fond, le DJPS a exposé que l'assimilation des « Internet Café » à des salons de jeux à pré-paiement était « incontournable », dès lors que de simples jeux électriques, comme un flipper, étaient soumis à la loi. Les jeunes internautes devaient être protégés. Il était de surcroît notoire que les écoles du canton disposaient du matériel nécessaire pour que les élèves aient accès à la toile.
9. Le 15 février 2005, les parties ont été informées que la cause était gardée à juger.

EN DROIT

1. Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable (art. 56A de la loi sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 - LOJ - E 2 05; art. 63 al. 1 litt. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).
2. Il convient tout d'abord de déterminer si le recourant, personne physique, ainsi que la société recourante, personne morale, peuvent se prévaloir de la liberté économique, garantie par l'article 27 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101), comprenant notamment le libre accès à une activité économique lucrative privée.
 - a. Ce droit, dit autrefois liberté du commerce et de l'industrie, est considéré par la doctrine comme « directement justiciable » (M. HOTTELIER, La liberté économique, FJS 1388, ch. 1). En sont titulaires tant les personnes physiques, que les personnes morales de droit privé suisse (J.-F. AUBERT et P. MAHON, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zürich, Bâle et Genève 2003, ch. 6 ad art. 27 p. 237).

Le recourant et la société recourante peuvent ainsi se prévaloir de cette liberté.
 - b. La notion d'activité lucrative privée couvre tous les secteurs d'activités rétribuées, indépendamment du caractère plus ou moins moral de l'activité en cause (*eodem loco*, ch. 8 ad art. 27 p. 239).

Dans un arrêt rendu le 15 septembre 1933, le Tribunal fédéral a abandonné sa jurisprudence antérieure, selon laquelle des personnes offrant des

divertissements ne pouvaient se prévaloir de la liberté alors appelée du commerce et de l'industrie (ATF 59 I 107 consid. 1 p. 111).

Ainsi donc, quels que soient les sites auxquels les utilisateurs des ordinateurs litigieux auraient accès, il faut retenir que les exploitants d'un tel local sont en droit de se prévaloir du principe de la liberté économique.

3. Cette liberté n'est toutefois pas absolue, elle peut être restreinte dans le respect de l'article 36 alinéa 3 (Cst. - RS 101), sur lequel toute restriction d'un droit fondamental doit reposer sur une base légale, être justifiée d'un intérêt public notamment et être enfin proportionnée au but visé, tout en respectant le noyau de la liberté mise en cause.

a. Le recourant soutient qu'aucune disposition de droit cantonal n'interdit la libre exploitation d'un « Cyber Café ». Il conteste à cet égard l'assimilation d'un ordinateur personnel à un jeu électronique à pré-paiement. L'autorité intimée considère en revanche qu'à teneur de l'article 8 LSD, elle peut soumettre à autorisation l'exploitation de l'établissement litigieux. Cette disposition s'énonce ainsi :

« L'exploitation d'un salon de jeux est soumise à l'obtention préalable d'une autorisation d'exploiter, délivrée par le département de justice, police et sécurité » (art. 8 al. 1^{er} LSD).

Son application a pour conséquence que l'accès à l'établissement visé est prohibé aux mineurs de moins de seize ans (art. 21 al. 4 LSD et 17 al. 1^{er} du règlement concernant les spectacles et les divertissements ainsi que la perception du droit des pauvres du 11 août 1993 [le règlement - I 3 05.03]).

b. Selon la jurisprudence constante du Tribunal fédéral, la loi s'interprète en premier lieu selon 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 121 III 408 consid. 4b pp. 412-413 ; 121 V 58 consid. 3b pp. 60-61). A cet égard, les travaux préparatoires ne sont pas directement déterminants pour l'interprétation et ne lient pas le Tribunal fédéral; ils ne sont toutefois pas dénués d'intérêt et peuvent s'avérer utiles pour dégager le sens d'une norme, car 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 pp. 185-186 ; 117 II 494 consid. 6a p. 499). Enfin, si plusieurs interprétations sont admissibles, il faut choisir celle qui est conforme à

la Constitution (ATF 119 Ia 241 consid. 7a p. 248 ; 117 Ia 328 consid. 3a pp. 331-332 et les arrêts cités ; ATA/657/2004 du 24 août 2004).

c. L'article 8 LSD contient l'expression de « salon de jeux ». Il est par ailleurs parfaitement clair. Adopté le 4 décembre 1992 par le Grand Conseil et resté inchangé depuis, il ne pouvait contenir de références précises au développement qu'allait connaître l'usage des ordinateurs personnels pour l'accès à la toile. La disposition figurait à l'article 10 du projet du Conseil d'Etat (Mémorial du Grand Conseil 1989/I p. 1342 ; p. 1343 et 1368) : l'exécutif n'avait alors pas détaillé plus avant la notion de salon de jeux, les assimilant aux salles de théâtre, d'opéra, de concerts et de cinéma et partant de l'idée qu'il s'agissait d'énoncer la nécessité d'une autorisation de police au sens propre du terme, c'est-à-dire « d'une autorisation qui levait une interdiction mise préventivement à l'exercice d'une profession » (p. 1368). Lors des débats de la commission chargée par le Grand Conseil de l'examen de projet de loi du Conseil d'Etat, le système de l'autorisation de police a été abandonné en matière d'exploitation de salle de spectacles et de divertissements (Mémorial du Grand Conseil, 1992/VII, pp. 7604 et 7613). Le système de l'autorisation préalable n'a été maintenu que pour les salons de jeux, au motif que ces établissements provoquaient des nuisances. Le projet amendé par la commission a été approuvé dans la teneur précitée, sans autre modification, lors de la séance du Grand Conseil du 4 décembre 1992.

d. Il convient enfin de noter que la LSD ne contient pas de délégation législative pour permettre au Conseil d'Etat de légiférer, au sens matériel, à la place du Grand Conseil. Cette dernière solution a été en revanche retenue dans le canton de Neuchâtel où le règlement d'exécution de la loi sur les établissements publics du 28 juin 1993, édicté par le Conseil d'Etat de la République et canton de Neuchâtel, définit, en son article 50, les salons de jeux comme des « locaux dans lesquels sont installés plus de trois appareils de jeux mécaniques, électriques, électromécaniques, électroniques ou autres appareils semblables et qui sont exploités dans un but lucratif ».

Faute d'une telle délégation législative, le règlement genevois ne contient pas de norme comparable.

Il convient dès lors d'admettre qu'en l'état du droit actuel, la restriction de la liberté économique que constitue l'assimilation à un salon de jeux d'un « Cyber Café » offrant des ordinateurs personnels donnant accès au WWW, ne repose pas sur une base légale suffisante.

4. L'autorité cantonale fait encore grief aux recourants d'avoir violé les articles 17 alinéa 1er lettre h, 65 alinéa 2 ainsi que 66 LRDBH, en offrant non seulement l'accès à des ordinateurs personnels, mais encore celui à des consommations, sans avoir demandé au préalable et obtenu l'autorisation d'exploiter ainsi une buvette permanente, accessoire à des installations « destinées

aux loisirs, aux activités culturelles, aux divertissements, ..., à l'étude, ou à des fins analogues » (art. 17 al. 1er lettre h précité).

a. La notion de buvette permanente comporte deux éléments cumulatifs. Elle permet le débit de boissons et constitue un accessoire à des installations vouées notamment aux activités culturelles et à l'étude.

b. Selon l'article 11 lettre d du règlement d'exécution de la loi sur la restauration, le débit de boissons et l'hébergement du 31 août 1988 (RLRDBH - I 2 21.01), l'exploitant d'une buvette permanente qui n'assure pas un service de restauration doit requérir une autorisation du département intimé, mais il n'est pas pour autant tenu d'être titulaire d'un certificat de capacité. Ce régime dérogatoire ne se comprend que si la buvette est exploitée par une personne physique présente sur les lieux et servant effectivement la clientèle. Il n'aurait aucun sens en matière d'appareils distributeurs automatiques de marchandises.

c. En application de la loi sur l'exercice des professions ou industries permanentes, ambulantes et temporaires du 27 octobre 1923 (I 2 03), de la LRDBH ainsi que du règlement concernant l'installation et l'exploitation d'appareils distributeurs automatiques de marchandises du 1er juillet 1958 (I 2 03.04), de tels appareils sont licites moyennant le respect de normes quant à leur emplacement et le paiement d'une taxe annuelle.

En l'espèce, il n'y a pas de buvette au sens juridique du terme et il appartiendra à l'autorité intimée de s'assurer du respect des conditions pour l'installation et de déterminer le montant de la taxe due par les recourants.

5. En réponse au souci de l'autorité intimée, il sera rappelé que selon l'article 197 chiffre 1 du code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP – RS 311.0), est punissable de l'emprisonnement ou de l'amende celui qui aura offert, montré, rendu accessible à une personne de moins de seize ans ou mis à sa disposition des écrits, enregistrements sonores ou visuels, images ou autres objets pornographiques ou des représentations pornographiques, ou les aura diffusés à la radio ou à la télévision. Il appartiendra donc au recourant de ne pas rendre accessible à des mineurs âgés de moins de seize ans toute forme d'enregistrement ou d'images de pornographie douce au sens de l'article 197 chiffre 1 CP, voire à l'égard de tout public, s'agissant des comportements prohibés par l'article 197 chiffre 3 CP (ATF 119 IV 145 not. consid. 3 p. 153).

6. Le recours est ainsi admis. Le recourant, s'il entend être l'exploitant du « Cyber Café » dans les locaux loués par la société recourante, doit se soumettre à la procédure prévue par le droit cantonal en matière d'autorisation d'appareils distributeurs de boissons ou d'aliments liquides. En revanche, aucune disposition de droit cantonal ne permet d'assimiler le « Cyber Café » exploité par les recourants à un salon de jeux. La LSD n'est donc pas applicable à leur égard et ne

peut servir à fonder une restriction de leur droit à exploiter l'établissement litigieux. Il en va de même du régime instauré par la LRDBH en matière de buvette permanente, un appareil distributeur de boissons n'en constituant pas une.

7. Les recourants, qui obtiennent gain de cause, ne seront pas condamnés au paiement d'un émolument, au sens de l'article 87 alinéa 1^{er} LPA. Ils ont droit en outre à une indemnité de procédure, le dossier étant renvoyé à l'autorité intimée pour régler la seule question de l'appareil distributeur automatique de boissons ou d'aliments liquides. Cette indemnité sera arrêtée à CHF 2'000.-.

* * * * *

**PAR CES MOTIFS,
LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF**

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 3 janvier 2005 par Monsieur D_____ et P_____ SA contre la décision du département de justice, police et sécurité du 20 décembre 2004 ;

au fond :

l'admet ;

annule la décision du 20 décembre 2004 ;

renvoie le dossier au du département de justice, police et sécurité pour nouvelle décision au sens des considérants ;

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

alloue aux recourants une indemnité de procédure d'un montant de CHF 2'000.- ;

communique le présent arrêt à Me Ramon Rodriguez, avocat des recourants, ainsi qu'au département de justice, police et sécurité.

Siégeants : Mme Bovy, présidente, M. Paychère, Mme Hurni, M. Thélin, Mme Junod,
juges.

Au nom du Tribunal administratif :

la greffière-juriste adj.:

M. Tonossi

la vice-présidente :

L. Bovy

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :