

VD_OMNI GE.1999.0030 vom 25. August 2003

VD Tribunal cantonal, 2003-08-25, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_GE.1999.0030

FR: VD_OMNI GE.1999.0030 du 25 août 2003

IT: VD_OMNI GE.1999.0030 del 25 agosto 2003

Regeste

SCHMID Cassia (Bar-Dancing Brasil à Yverdon) c/ Département de l'Economie | L'ordre de fermer un établissement fréquenté par des prostituées ne peut pas être motivé par la distinction, non prévue par la loi, entre la patente de dancing "discothèque", où cela serait prohibé, et la patente de dancing "night-club", où la prostitution serait cas échéant tolérée. A supposer que la présence de prostituées tombe sous le coup de l'art. 83 LADB, cet ordre viole le principe de l'égalité dans l'illégalité si l'autorité n'intervient pas à l'endroit des cabarets (dancings "night-club") et donne au contraire suite aux sollicitations de leurs exploitants qui se plaignent de la concurrence de l'établissement litigieux, qui fournit selon eux les mêmes prestations.

Erwägungen

E. 11

décembre 1984 (il n'y a pas lieu d'appliquer ici celle du 26 mars 2002, entrée en vigueur le 1er janvier 2003, soit postérieurement aux faits de la cause). Cette disposition a la teneur suivante: "Art. 83 - Désordres graves ou actes contraires aux bonnes moeurs Lorsque des désordres graves ou des actes contraires aux bonnes moeurs ont été commis dans un établissement public ou analogue, le département peut ordonner la fermeture temporaire ou définitive de l'établissement et priver pour un temps déterminé ou indéterminé le titulaire de la patente ou son gérant du droit d'obtenir une nouvelle patente. Quant au retrait de la patente, il peut, par la conjonction des art. 79 et 29 LADB, être prononcé pour des motifs relatifs à la personne du titulaire, notamment à l'égard des personnes qui n'offrent pas les garanties nécessaires pour la tenue d'un établissement public ou analogue. a) Comme le rappelle un arrêt rendu il y a quelques années (GE 1998/0048 du 24 septembre 1998), la jurisprudence a précisé qu'il n'est pas nécessaire que les actes visés par l'art. 83 LADB puissent être imputés à faute au tenancier. Cet article permet d'ordonner des mesures de police à l'égard du perturbateur de situation (sur cette notion, voir A. Grisel, Traité, vol. II, p. 601). Il importe donc peu de savoir si le détenteur aurait pu ou dû empêcher la situation retenue par la décision attaquée, mais il suffit de constater qu'indépendamment de cette question de responsabilité, les faits à la base de la mesure ne sont pas contestés. La jurisprudence a en particulier retenu que l'intérêt public à la protection de l'ordre et de la santé publics est prépondérant et prend le pas sur l'intérêt du détenteur au maintien de la situation: - en cas de trafic et consommation de stupéfiants dans l'établissement, quand bien même l'intéressé, non impliqué sur le plan pénal, a pris des mesures et même si l'intervention de la police n'a pas non plus permis de mettre un terme à la situation (arrêt RE 93/033 du 15 juin 1993); - en cas de prostitution et négociation de patente concernant une partie de l'établissement, le détenteur de la patente ayant en outre engagé du personnel dépourvu d'autorisation de travail (arrêt GE 1997/0192 du 25 juin 1998). Par ailleurs, dans

l'arrêt RE 93/033 précité, la section des recours du Tribunal administratif, - se référant à une décision du Conseil d'Etat du 17 juin 1988 (décision R1578/87: refus de patente au tenancier inculpé de vol, recel, escroquerie et incitation à faux témoignage) -, a en outre relevé que l'art. 29 lit. f LADB permet à l'autorité, indépendamment de toute condamnation, d'exiger du détenteur de la patente qu'il offre des garanties suffisantes pour la tenue d'un établissement public et notamment pour maintenir l'ordre au sein de son établissement. La section des recours du tribunal a considéré que la formulation passive l'art. 83 LADB montre bien qu'il n'est pas nécessaire que les actes en question puissent être imputés à faute au tenancier. b)

La jurisprudence récente en matière de troubles à l'ordre public concerne surtout des cas d'établissements investis par des trafiquants de stupéfiants à Lausanne (GE 1999/0079 du 10 janvier 2000, restriction des heures d'ouverture du "Nègre Blanc"; GE 2000/0063 du 5 septembre 2000, fermeture du "Baobab" à Lausanne; GE 2003/0026 du 18 août 2003, fermeture et réouverture partielle du "Byblos"; ce dernier arrêt envisageant toutefois de nuancer les devoirs respectifs du tenancier et de la police).

2. Pour ce qui concerne la prostitution, on peut se demander si l'arrêt GE 1997/0192 du 25 juin 1998 résout définitivement la question lorsqu'il affirme en une phrase que la présence de prostituées au bar d'un hôtel contrevient gravement à l'ordre public et aux bonnes moeurs au sens de l'art. 83 LADB parce que cette situation "ne répondait pas aux attentes d'un établissement de son genre". En effet, il ne suffit pas de constater que la prostitution heurte le sens moral pour en déduire qu'elle entrerait d'emblée dans la définition du concept juridique indéterminé que sont les désordres graves ou les actes contraires aux bonnes moeurs au sens de l'art. 83 LADB. a)

Il faut rappeler tout d'abord, comme l'a fait le Tribunal fédéral dans l'ATF 124 IV 64, que l'art. 199 du Code pénal (exercice illicite de la prostitution), adopté simultanément à l'abrogation des anciens art. 206 (racolage) et 207 (trouble causé au voisinage par la prostitution) ne régleme pas la prostitution (en soi licite) ou ses effets accessoires en raison de la diversité des situations d'un canton à l'autre et même d'un lieu à l'autre au sein du même canton. Dans sa teneur entrée en vigueur en 1992, l'art. 199 CP arrête une commination pénale uniforme en présupposant que les cantons sont compétents pour légiférer en la matière: il punit des arrêts ou de l'amende celui qui aura enfreint les dispositions cantonales réglemant les lieux, heures et modes de l'exercice de la prostitution et celles destinées à lutter contre ses manifestations secondaires fâcheuses. L'absence (dans la LADB de 1984 ou dans une autre disposition de l'époque) d'une réglementation cantonale de la prostitution ne signifie par encore non plus que la prostitution en soi ne pourrait pas être considérée comme tombant sous le coup de l'art. 83 LADB. En effet, il n'est pas nécessaire que soit réalisé un état de fait relevant du droit pénal pour cette dernière disposition puisse être appliquée.

3. La recourante fait valoir, dans le recours déposé le 9 mars 1999 par son conseil d'alors, qu'il se passe dans le Bar Brasil les mêmes événements que dans n'importe quelle discothèque du canton. On rappellera préalablement que d'après les faits qui résultent du dossier, les prestations des prostituées ne sont pas fournies dans l'établissement litigieux, mais que ce dernier sert seulement, selon l'expression de l'autorité intimée, "de lieu de négociations de rencontres tarifées". C'est dans les chambres du motel exploité dans les étages du même bâtiment (mais il s'agit d'un autre établissement, au bénéfice d'une autre patente) que s'accomplissaient ces rencontres, ou éventuellement dans d'autres hôtels de la ville. L'autorité intimée a d'ailleurs été interpellée en audience sur la question de savoir si elle était intervenue à l'encontre du motel en question mais elle a répondu qu'elle ne l'avait pas fait pour le motif qu'à son avis, le problème réside dans l'établissement litigieux et non

dans le motel. La question qui se pose est effectivement de savoir si des actes de prostitution, ou éventuellement leurs préalables ou leurs manifestations secondaires, justifient la fermeture de l'établissement litigieux en application de l'art. 83 LADB; le cas échéant - puisque la décision attaquée rappelle que l'autorité intimée avait demandé à la recourante d'envisager la modification de la discothèque en night-club - cette question devrait être résolue en fonction de la catégorie de patente dont il bénéficie. a)

L'art. 6 de la LADB de 1984 a la teneur suivante: Art. 6 - Enumération des patentes Les patentes d'établissements publics sont les suivantes: 1. patente de café-restaurant; 2. patente de dancing (night-club ou discothèque); 3. abrogé; 4. patente de tea-room; 5. patente de bar café; 6. patente d'hôtel; 7. patente d'hôtel garni; 8. patente d'hôtel sans alcool; 9. patente d'apparthôtel.

Curieusement, la loi (notamment à son art. 8 LADB relatif aux dancings) est muette sur le sens de la parenthèse figurant à l'art. 6 ch. 2 LADB, qui laisse supposer, pour la patente de dancing, l'existence d'une alternative entre "night-club" et "discothèque". La seule précision qu'on peut tirer du texte légal est fournie par l'art. 66 LADB qui prévoit un âge minimal de 18 ans pour les "dancings night-club". Interpellé sur la distinction entre un dancing, une discothèque et un night-club, l'Office cantonal de la police du commerce a dû, dans ses déterminations du 31 mai 1999, se référer aux travaux préparatoires pour exposer qu'il y a "en réalité deux sortes de patentes de dancing, l'une pour les établissements de nuit, généralement avec attractions (night-clubs), l'autre pour les simples discothèques". En outre, dans sa réponse au recours du 30 avril 1999, l'Office cantonal de la police du commerce exposait que s'il a encouragé la recourante à transformer son établissement en night-club, "c'est justement pour qu'elle puisse présenter, en toute légalité, des spectacles avec des artistes de cabarets, brésiliennes ou non, puisque c'est la présence de ces dames qui, dans les night-club et au Tropical Bar, attire la clientèle masculine". Quant à la recourante elle-même, elle avait déclaré, dans son audition par la police le 27 octobre 2000, soit quelques jours avant l'audience du tribunal, qu'elle n'entendait pas passer du statut de discothèque à celui de night-club. Elle ajoutait, au sujet du statut de night-club qu'à son avis, tel qu'il est appliqué dans la région, "il s'agit d'un lieu de rencontre entre des prostituées et clients sous couverture [ce sont les propos de la recourante] d'artistes titulaires d'un permis L". En outre, d'après le procès-verbal de son audition par la police en date du 16 janvier 1999, la recourante a expliqué que même si une patente de cabaret lui était délivrée, il n'y aurait pas dans son établissement de spectacles ni de "séparés" (ledit procès-verbal précise qu'il s'agit d'endroit "où les clients sont libres de pratiquer le sexe").

b) Sur le statut de la prostitution dans les établissements régis par l'art. 6 ch. 2 LADB, les différents participants à l'audience ont été interpellés sur la pratique régnant dans les cabarets s'agissant de la prostitution et notamment sur la notion des "séparés". La police communale et l'autorité cantonale intimée sont restées très évasives à ce sujet. Tout en admettant qu'il peut peut-être arriver qu'une fille accompagne un client à la fin de son service et en indiquant qu'un "séparé", dans un cabaret, est une sorte de cabine qui peut être isolée du reste de l'établissement par un rideau ou par une porte et qu'une fille peut y accompagner son client pour boire une bouteille de champagne "ou ce genre de chose", la police communale a indiqué qu'elle n'était pas allée contrôler si des actes sexuels ou analogues s'y pratiquaient. Quant à l'autorité intimée, elle s'est retranchée derrière le fait que la patente délivrée mentionne le nombre de places de l'établissement sans distinguer entre celle des "séparés" et les autres. Elle a ajouté que les cabarets où se pratiquerait la prostitution devraient faire l'objet d'une décision ordonnant leur fermeture mais qu'elle ne

dispose d'aucun rapport attestant de cette situation. Les autres intervenants ont été plus catégoriques, notamment l'époux de la recourante, considérant la pratique de la prostitution comme admise dans les cabarets. En particulier, le barman entendu comme témoin a déclaré qu'en règle générale, un client peut partir d'un cabaret avec une fille avant l'heure de la fermeture s'il paye en boissons l'équivalent de la différence. Même en faisant abstraction des ces dernières déclarations peut-être trop catégoriques, il résulte finalement de l'instruction, certes délicate sur un tel sujet, que la prostitution n'est pas absente sinon dans, du moins en relation avec les cabarets (disposant d'une patente "night-club" selon la terminologie utilisée dans la pratique officielle) et que l'autorité tolère cette situation. Il arrive d'ailleurs qu'au moment de l'ouverture d'un cabaret, l'autorité municipale envisage elle-même que la prostitution n'est pas exclue, sans que cela empêche la délivrance de la patente (voir la décision municipale, non reproduite dans l'arrêt AC 97/068 du 2 mars 1998, évoquée dans la décision du juge instructeur du 10 mars 1999; voir en outre l'arrêt AC 2002/0127 du 23 avril 2003 dont il résulte que la municipalité, sans base légale, ne peut pas, pour refuser la transformation d'un café-restaurant en night-club avec spectacles, se fonder sur le fait que les cabarets night-club - art. 17 de la nouvelle LADB du 26 mars 2002 - sont susceptibles d'engendrer de la prostitution). La Commission de gestion du Grand Conseil semble d'ailleurs ne s'y être pas trompée dans son rapport 1999 où elle évoque la difficulté à contenir dans la proportion la plus supportable une prostitution dont on ne sait plus si elle est usuelle ou plus inquiétante (BGC septembre 2000 p. 2375). S'il devait subsister un doute à cet égard, il serait définitivement levé par les déclarations des tenanciers de cabarets eux-mêmes (la police relate qu'ils se plaignent de ce que leurs employés viennent racoler dans le bar litigieux en dehors de leurs heures de travail et que pour ce motif, ils leur ont interdit de s'y rendre) qui exposaient, dans leur lettre du 12 septembre 2000, que "les exploitants du Brazil Bar ont une activité qui s'apparente à celle d'un cabaret, les spectacles en moins", et qui ont déclaré à la police que les clients étaient étonnés de la différence de prix pour passer "le même genre de soirée avec les filles", que celles-ci y avaient "le même comportement que quant elles travaillaient sous contrat", et qui se plaignaient d'une concurrence déloyale du fait que l'établissement litigieux, mis à part les attractions, "fournissait les mêmes prestations, à moindre prix". En définitive, force est de constater que les faits reprochés à l'établissement litigieux, au bénéfice d'une patente de dancing discothèque, ne diffèrent guère de ce qui paraît être toléré dans les établissements qui bénéficient d'une patente de dancing night-club, étant précisé que l'établissement litigieux ne possède pas de "séparés" et qu'aucun des rapports de police figurant au dossier n'indique que des prestations à caractère sexuel aient jamais été fournies dans l'établissement lui-même (elles le sont, on l'a vu, dans la motel attenant du même bâtiment ou dans d'autres hôtels). c)

En l'espèce, la décision attaquée ordonne la fermeture de l'établissement litigieux pour le motif qu'il est régulièrement fréquenté par des personnes s'adonnant à la prostitution et qui y recherchent des clients. Cette décision ne peut pas être motivée par la distinction qu'aurait introduite la pratique administrative entre la patente de dancing "discothèque", où une telle situation serait prohibée, et la patente de dancing "night-club", où la prostitution serait cas échéant tolérée. En effet, une distinction aussi fondamentale du point de l'application de l'art. 83 LADB devrait trouver son expression claire dans la loi. On peut même se demander si la désignation d'établissement "de nuit" ou d'établissement "avec attractions", évoquée par l'autorité intimée qui se réfère aux travaux préparatoires de la loi, pourrait fonder une telle distinction sans solliciter à l'excès le sens des termes utilisés. En l'espèce en tous les cas, l'autorité intimée ne saurait se prévaloir de ce

que la patente délivrée à la recourante excluait les "attractions" pour conclure que la fréquentation de l'établissement serait interdite aux prostituées. 4. Comme la situation de l'établissement litigieux ne semble pas différer de celle des cabarets (disposant d'une patente "night-club" selon la terminologie utilisée dans la pratique officielle), on peut se demander, indépendamment de la question de savoir si la présence de prostituées dans un établissement tombe sous le coup de l'art. 83 LADB, si la recourante pourrait invoquer avec succès le principe de l'égalité dans l'illégalité. On rappellera à cet égard (le Tribunal administratif l'a déjà fait, v. par exemple AC 99/108 du 2 juin 2000 ou AC 99/0032 du 29 août 2000) que, de jurisprudence bien établie, un administré ne peut prétendre à l'égalité de traitement dans l'illégalité que si, cumulativement, les circonstances de son cas sont identiques à celles des autres cas, si ceux-ci ont été traités illégalement, si son cas a été traité conformément à la loi, si l'autorité entend persister dans sa pratique illégale par la suite, si aucun intérêt public prépondérant ne s'oppose à l'égalité dans l'illégalité dans le cas d'espèce et si aucun intérêt privé prépondérant de tiers ne s'y oppose (v. ATF 115 Ia 83, 108 Ia 214). Le Tribunal fédéral estime ainsi que lorsqu'une autorité, non pas dans un cas isolé, ni même dans plusieurs cas, mais selon une pratique constante, ne respecte pas la loi et qu'elle fait savoir qu'à l'avenir également, elle ne la respectera pas, le citoyen est en droit d'exiger d'être mis au bénéfice de l'illégalité, pour autant que cela ne lèse pas d'autres intérêts légitimes (v. ATF 112 Ib 387). En l'espèce, la décision attaquée ordonne la fermeture de l'établissement litigieux pour le motif qu'il est régulièrement fréquenté par des personnes s'adonnant à la prostitution et qui y recherchent des clients. Il est cependant établi que l'autorité intimée n'est pas intervenue à l'endroit du motel attenant où s'achèvent ces rencontres (c'est là que se pratique réellement la prostitution) et qu'elle n'a pas entrepris de contrôler non plus ce qui se passe dans les cabarets voisins. L'autorité a même, au contraire, donné suite aux sollicitations de ces derniers qui se plaignaient de la concurrence de l'établissement litigieux. Dans ces conditions, à supposer que la présence de prostituées doive être considérée comme tombant sous le coup de l'art. 83 LADB, la recourante pourrait invoquer avec succès le principe de l'égalité dans l'illégalité. En effet, la situation dont la décision attaquée lui fait grief n'est pas sanctionnée par l'autorité dans les établissements qui se plaignent de la concurrence de la recourante. On rappellera pour le surplus (v. p. ex GE 1998/0049 du 2 mai 2002) que la garantie de la liberté économique interdit aux cantons d'intervenir dans la libre concurrence par des mesures de politique économique (ATF 111 Ia 29, cons. 4a; 103 Ia 592, cons. 3b). Cette liberté protège le libre exercice d'une activité économique sur tout le territoire de la Confédération, des restrictions à cette liberté devant reposer sur une base légale, être justifiées par un intérêt public prépondérant et respecter les principes de la proportionnalité (ATF 117 Ia 445, cons. 2; 116 Ia 121, cons. 3) et de l'égalité de traitement (ATF 112 Ia 34). 5. On retiendra enfin que la décision ne peut pas non plus être fondée sur d'autres considérations visant à la protection du public ou de la jeunesse. En effet, la situation de l'établissement litigieux, dans une contre-allée qui ne sert pas de passage public, à l'écart de l'Avenue des Bains, de même que la configuration de son entrée (souterraine et sans devanture visible depuis la rue, au pied de la façade du motel), font que le public n'est pas exposé au risque d'un quelconque spectacle indésirable. En outre, il n'est pas contesté que l'établissement, comme l'indique un panneau placé à l'entrée sur recommandation de la police communale, n'est pas accessible aux jeunes de moins de 18 ans. Quant à la nécessité, selon l'autorité intimée, de faire respecter la politique fédérale de réglementation mise en place pour les artistes de cabaret étrangères (art. 20 al. 3 OLE; il s'agit du permis "L" évoqué par la recourante dans la déclaration citée plus haut), elle ne fait

pas partie des motifs de retrait de patente ou de fermeture d'établissement prévus par la LADB de 1984. Au reste, il résulte du dossier que la recourante n'est pas l'employeur des prostituées qui fréquentent son établissement et que de toute manière, celles-ci, d'après le rapport de la police cantonale du 25 janvier 1999, sont dans la majorité des ressortissantes brésiliennes, mariées ou divorcées, en possession d'un passeport suisse ou d'un livret pour étranger type B, dont la présence en Suisse est par conséquent licite. 5. Vu ce qui précède, il y lieu d'annuler le retrait de la patente et l'ordre de fermeture de la décision attaquée. Il convient en somme de s'en tenir à la situation résultant de la décision d'effet suspensif prononcée par le juge instructeur lors de l'enregistrement du dossier. L'arrêt sera rendu sans frais tandis que l'autorité intimée doit des dépens à la recourante qui obtient gain de cause avec l'assistance d'un mandataire rémunéré.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.