

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/4576/2017-EXPLOI

ATA/1313/2018

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 4 décembre 2018

2^{ème} section

dans la cause

Madame A_____

représentée par Me Alain Maunoir, avocat

contre

DÉPARTEMENT DE LA SÉCURITÉ

EN FAIT

- 1) Madame A_____, née le _____ 1974, de nationalité thaïlandaise, a déposé le 28 septembre 2017 un formulaire d'annonce d'exploitation d'un salon de massages auprès de la brigade de lutte contre la traite des êtres humains et la prostitution illicite (ci-après : la BTPI) de la police genevoise.

Le local concerné par l'activité était un appartement de quatre pièces situé au deuxième étage de l'immeuble sis 1_____, rue B_____ à Genève. À teneur du registre foncier, l'immeuble susmentionné est situé en deuxième zone de construction.

- 2) Le 9 octobre 2017, le département de l'aménagement, du logement et de l'énergie, devenu le 1^{er} juin 2018 le département du territoire (ci-après : le DT), a rendu un préavis négatif à l'ouverture du salon au motif que les locaux concernés étaient soumis à la loi sur les démolitions, transformations et rénovations de maisons d'habitation (mesures de soutien en faveur des locataires et de l'emploi) du 25 janvier 1996 (LDTR - L 5 20), destinés à du logement et qu'une requête en autorisation de construire devait être déposée pour le changement d'affectation ou les travaux nécessaires.

- 3) Par courrier du 17 octobre 2017, le département de la sécurité et de l'économie, devenu le 1^{er} juin 2018 le département de la sécurité (ci-après : le DS), a informé Mme A_____ que le BTPI n'était pas en mesure d'entrer en matière et de procéder à son inscription au registre des personnes responsables d'un salon (ci-après : au registre) tant qu'elle n'aurait pas produit une autorisation de changement d'affectation du DT.

Conformément à la législation en vigueur, le BTPI avait sollicité le préavis du DT confirmant que les locaux pouvaient être affectés à une activité commerciale ou qu'une dérogation avait été accordée. En date du 9 octobre 2017, le DT avait délivré un préavis négatif, observant que le bâtiment était soumis à la LDTR, que les locaux étaient à destination de logement et qu'aucun changement d'affectation n'avait été autorisé.

- 4) Le 8 novembre 2017, Mme A_____ a sollicité auprès du DS, par l'intermédiaire de son conseil, la notification d'une décision formelle de refus, avec indication des voies de recours.

- 5) Par courrier du 13 novembre 2017 adressé au conseil de l'intéressée, le DS a indiqué que la législation relative à la prostitution ne prévoyait pas un système d'autorisation pour l'exploitation des salons de massages, mais d'annonce. Tant et aussi longtemps que le DT n'aurait pas délivré de préavis confirmant que les

locaux pouvaient être affectés à une activité commerciale ou qu'une dérogation avait été accordée, la BTPI n'était pas en mesure de procéder à l'inscription de Mme A_____ au registre.

Le DS n'avait pas d'autorisation à accorder ou à refuser en application de la législation relative à la prostitution. L'intéressée était invitée à solliciter formellement auprès du DT une autorisation de changement d'affectation, conformément aux dispositions de la LDTR, étant précisé qu'en cas de refus, elle aurait la possibilité de saisir les juridictions administratives compétentes.

- 6) Le 14 novembre 2017, Mme A_____ a sollicité du DS la reconsidération de sa décision.

Durant dix-sept ans, soit jusqu'au printemps 2017, une autre personne avait été autorisée à exploiter un salon de massage avec des employés sans soucis, alors même que les autorités connaissaient la situation. Elle s'interrogeait dès lors sur les raisons pour lesquelles cela lui était refusé. Sur le palier du deuxième étage auquel était situé l'appartement se trouvait la permanence du rond-point, de sorte qu'il y avait beaucoup de passages et que son activité ne gênait personne. L'exploitation du salon seulement par elle-même était un gaspillage de locaux puisque des chambres resteraient inoccupées. La loi prévoyait des exceptions et les conditions y étaient favorables (longue activité, pas de dérangement des voisins).

- 7) Par courrier du 20 novembre 2017, le DS a renvoyé Mme A_____ aux explications qui avaient été adressées à son conseil par courrier du 13 novembre 2017.

- 8) Par acte du 17 novembre 2017, Mme A_____ a interjeté recours contre « le refus d'entrée en matière sur l'inscription au registre des personnes responsables d'un salon » rendu le 17 octobre 2017 concluant à son annulation, à ce qu'il soit ordonné au DS d'entrer en matière sur l'annonce déposée auprès de la BTPI, d'y statuer par une décision formelle indiquant les voies de recours et de procéder à son inscription au registre, ainsi qu'à l'octroi d'une indemnité, à la charge de l'État, tout comme les frais de la procédure.

Le refus d'entrer en matière du DS du 17 novembre 2017 était une décision finale, sujette à recours, dès lors qu'elle représentait une mesure individuelle et concrète prise par une autorité et fondée sur le droit public cantonal.

La particularité et les conditions d'exercice de l'activité envisagée, soit la création d'un salon de massage érotique dans un appartement dévolu au logement, avaient pour conséquence qu'aucun remplacement de locaux destinés au logement ne serait effectué au profit de locaux commerciaux. L'appartement conserverait son affectation au logement. Une telle utilisation n'avait pas pour conséquence de

soustraire du marché un logement affecté jusqu'ici à l'habitation et ne représentait pas un changement d'affectation au sens de la LDTR.

Le DS n'avait dès lors pas de motif légal justifié et suffisant pour refuser d'entrer en matière sur l'annonce qu'elle avait déposée et pour refuser son inscription au registre.

- 9) Le 15 décembre 2017, Mme A_____ a complété son recours, en réitérant et complétant ses précédentes explications.

La législation sur la prostitution imposait une obligation de s'annoncer à toute personne souhaitant exploiter un salon, ainsi que des mesures et sanctions administratives en cas de violation de cette obligation. En refusant d'entrer en matière, le DS avait matériellement pris une mesure individuelle et concrète à son égard, laquelle avait pour effet de l'entraver dans sa liberté économique,

Elle ne contestait pas que l'appartement en cause était affecté au logement du point de vue de la LDTR. Elle souhaitait maintenir cette destination d'habitation, tout en y exerçant la prostitution, à titre accessoire, dans une mesure compatible avec les objectifs légitimes de la législation sur la prostitution et de la LDTR, ainsi qu'avec les libertés et droits constitutionnels. La pratique de la prostitution dans un logement était d'ailleurs admise par la législation sur la prostitution pour les personnes exerçant seules. Il ressortait des travaux préparatoires relatifs à la dernière modification de la législation sur la prostitution que la Cour des comptes avait recommandé dans son rapport n° 85 du 16 décembre 2014 une plus grande autonomie des travailleurs du sexe dans l'exercice de leur profession, afin par exemple que plusieurs d'entre eux puissent partager un appartement. En l'occurrence, si l'affectation principale du logement était maintenue et que les conditions s'y prêtaient (grandeur de l'appartement, absence de dérangement pour le voisinage, etc), une interdiction imposée à deux ou trois personnes regroupées dans une petite structure devait être considérée comme contraire à la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101).

En ne tenant pas compte des particularités de son cas, le DS avait fait une application trop stricte et trop schématique de la loi, entraînant un déni de justice. Le refus d'entrer en matière opposé par le DS violait également sa liberté économique, sans justification.

- 10) Dans ses observations du 18 janvier 2018, le DS a conclu à ce que le recours soit déclaré irrecevable, subsidiairement à son rejet.

Le DS se bornait à vérifier que le préavis positif du DT avait bel et bien été obtenu, mais il ne disposait d'aucun pouvoir de décision ou d'appréciation en la matière ; il ne pouvait discuter le résultat positif ou négatif de ce préavis. Dans la

même veine, le DS ne s'interrogeait pas sur le bien-fondé de la délivrance du certificat de capacité civile délivré par le Tribunal de protection de l'adulte et de l'enfant (ci-après : TPAE). Il appartenait à ce dernier de décider, le DS se limitant à constater que ce certificat avait été versé au dossier ou non.

Le courrier du DS du 17 octobre 2017 constituait un accusé de réception, soit un acte matériel sans aucune portée propre, lequel ne pouvait être interprété comme une décision sujette à recours. La recourante admettait d'ailleurs avoir reçu un préavis défavorable. Faute de décision, le recours était irrecevable.

Dans l'hypothèse où la chambre administrative ne suivrait pas cette position, il fallait retenir que l'inscription au registre n'était pas possible, faute de satisfaire aux conditions fixées par la loi. La recourante lui demandait de s'affranchir du préavis du DT, en contradiction totale avec le texte clair de la loi, lequel ne laissait aucune marge de manœuvre au DS. Il ne faisait ainsi pas preuve de formalisme excessif ou de schématisme, mais se contentait d'appliquer la loi, telle qu'elle avait été voulue et conçue par le législateur.

- 11) Dans sa réplique du 9 février 2018, Mme A_____ a persisté dans son recours et ses précédentes explications.

L'appréciation de l'intimé selon laquelle la législation en vigueur ne laissait aucun pouvoir de décision ou d'appréciation au DS suite à un préavis négatif du DT soulevait des doutes quant à sa compatibilité avec les garanties générales de procédure, dans la mesure où à suivre ce raisonnement, aucune autorité ne serait compétente pour rendre des décisions dans le cadre de l'inscription au registre. À teneur de la réglementation sur la prostitution, le DS était l'unique autorité chargée de l'application des dispositions légales topiques et le DT ne jouissait d'aucune compétence en la matière.

Une comparaison pouvait être faite avec le domaine des autorisations de construire, dans lequel le DT était l'autorité compétente. Ce dernier refusait par le biais d'une décision une demande d'autorisation si celle-ci était incompatible avec le préavis délivré par la police du feu ou une autre autorité consultée. Un préavis ne représentait ainsi qu'une étape du processus qui conduisait à une décision de l'autorité compétente. Il précédait cette décision et ne pouvait en aucun cas s'y substituer. L'analogie faite par l'intimé avec la délivrance des certificats de capacité par le TPAE n'était pas pertinente, dès lors que ces derniers ne représentaient pas des préavis au même titre que ceux requis du DT dans le cadre de la procédure d'inscription au registre.

Le DT n'était pas l'autorité compétente. Il n'avait pas pris connaissance des spécificités du cas et n'avait fait que remplir un formulaire de préavis non motivé. Le DS refusait quant à lui d'assumer les tâches que lui confiait la loi, ce qui constituait un déni de justice.

Suite au préavis du DT, l'intimé devait instruire le dossier et rendre une décision formelle relative à son inscription au registre.

- 12) Le 13 février 2018, 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 de ces points de vue (art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05 ; art. 62 al. 1 let. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).

- 2) Le présent litige porte sur le courrier du 17 octobre 2017 du DS informant la recourante que le BTPI n'était pas en mesure d'entrer en matière et de procéder à son inscription au registre tant qu'elle n'aurait pas produit une autorisation de changement d'affectation du DT. La recourante considère que ce courrier constitue une décision sujette à recours, ce que conteste l'intimé qui le qualifie d'« accusé de réception », soit un acte matériel sans portée propre.

Il convient à titre préalable de définir si ce courrier peut être qualifié de décision sujette à recours.

- 3) a. Le recours à la chambre administrative est ouvert contre les décisions des autorités et juridictions administratives au sens des art. 4, 4A, 5, 6 al. 1 let. a et e, et 57 LPA. Sont réservées les exceptions prévues par la loi (art. 132 al. 2 LOJ).

Sont considérées comme des décisions au sens de l'art. 4 al. 1 LPA les mesures individuelles et concrètes prises par l'autorité dans les cas d'espèce fondées sur le droit public fédéral, cantonal ou communal et ayant pour objet de créer, de modifier ou d'annuler des droits et des obligations (let. a), de constater l'existence, l'inexistence ou l'étendue de droits, d'obligations ou de faits (let. b), de rejeter ou de déclarer irrecevables des demandes tendant à créer, modifier, annuler ou constater des droits ou des obligations (let. c).

Les décisions doivent être désignées comme telles, motivées et signées, et indiquer les voies et délais de recours (art. 46 al. 1 LPA). Une notification irrégulière ne peut entraîner aucun préjudice pour les parties (art. 47 LPA).

- b. Pour qu'un acte administratif puisse être qualifié de décision, il doit revêtir un caractère obligatoire pour les administrés en créant ou constatant un rapport juridique concret de manière contraignante. Ce n'est pas la forme de l'acte qui est déterminante, mais son contenu et ses effets (ATA/1053/2018 du 9 octobre 2018 consid. 1c ; ATA/509/2016 du 14 juin 2016 consid. 4c).

c. En droit genevois, la notion de décision est calquée sur le droit fédéral (art. 5 de la loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968 - PA - RS 172.021), ce qui est également valable pour les cas limites, soit les actes dont l'adoption n'ouvre pas de voie de recours. Ainsi, de manière générale, les communications, opinions, recommandations et renseignements ne déploient aucun effet juridique et ne sont pas assimilables à des décisions, de même que les avertissements ou certaines mises en demeure (arrêts du Tribunal fédéral 1C_593/2016 du 11 septembre 2017 consid. 2.2 ; 8C_220/2011 du 2 mars 2012 consid. 4.1.2 ; ATA/1502/2017 du 21 novembre 2017). En outre, ce n'est pas la forme de l'acte qui est déterminante, mais son contenu et ses effets (ATA/657/2018 du 26 juin 2018 consid. 3b ; ATA/180/2018 du 27 février 2018 et les références citées).

d. Toute décision administrative au sens de l'art. 4 LPA doit avoir un fondement de droit public. Il ne peut en effet y avoir décision que s'il y a application, au travers de celle-ci, de normes de droit public (Jacques DUBEY/Jean-Baptiste ZUFFEREY, Droit administratif général, 2014, p. 314 n. 857 ; Pierre MOOR/Étienne POLTIER, op. cit., p. 194 n. 2.1.1.1). De nature unilatérale, une décision se réfère à la loi dont elle reproduit le contenu normatif de la règle (Pierre MOOR/Étienne POLTIER, op. cit., p. 174 n. 2.1.1.1 ; Thierry TANQUEREL, op. cit., p. 274 n. 798). Une décision tend à modifier une situation juridique préexistante. Il ne suffit pas que l'acte visé ait des effets juridiques, encore faut-il que celui-ci vise des effets juridiques. Sa caractéristique en tant qu'acte juridique unilatéral tend à modifier la situation juridique de l'administré par la volonté de l'autorité, mais sur la base et conformément à la loi (ATA/1502/2017 du 21 novembre 2017 consid. 3c ; Jacques DUBEY/Jean-Baptiste ZUFFEREY, op. cit. p. 320 n. 876).

- 4) a. 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, au moyen du formulaire adéquat édicté par la BTPI (art. 9 al. 1 de la loi sur la prostitution du 17 décembre 2009 - LProst - I 2 49 et art. 9 al. 1 du règlement d'exécution de la LProst du 14 avril 2010 - RProst - I 2 49.01). La personne qui effectue l'annonce est considérée comme personne responsable au sens de la LProst (art. 9 al. 4 LProst).

À teneur de l'art. 9 al. 2 RProst, la personne qui effectue l'annonce doit joindre au formulaire une copie d'une pièce d'identité (let. a), une copie de l'autorisation de séjour ou du permis d'établissement pour les ressortissants des États membres de l'Union européenne ou de l'Association européenne de libre-échange, et une copie du permis d'établissement pour les ressortissants d'autres États étrangers (let. b), un certificat de capacité civile délivré par le

Tribunal de protection de l'adulte et de l'enfant (let. c), un extrait du casier judiciaire central ainsi qu'une attestation de l'office des poursuites et de l'office des faillites datant de moins de trois mois (let. d), un modèle des quittances détaillées qui doivent être remises aux personnes qui se prostituent, avec indication des montants encaissés pour le loyer, les frais de publicité, les fournitures diverses, et toute autre prestation (let. e), ainsi que la liste des personnes qui exercent la prostitution, avec leur identité complète (let. f).

La BTPI contrôle les pièces produites et procède à une enquête afin de s'assurer que la personne responsable d'un salon répond aux conditions prévues à l'art. 10 let. c et e LProst. Elle sollicite le préavis du DT, confirmant que les locaux utilisés peuvent être affectés à une activité commerciale ou qu'une dérogation a été accordée (art. 9 al. 3 RProst). Si la personne qui a effectué l'annonce remplit toutes les conditions personnelles et si le DT délivre le préavis prévu à l'art. 9 al. 3 RProst, la BTPI procède à son inscription au registre des personnes responsables d'un salon (art. 9 al. 4 RProst).

b. À teneur de l'art. 1 RProst, le DS est chargé de l'application de la LProst et du RProst (al. 1). Il prend les mesures nécessaires pour atteindre les buts visés par la loi et assurer une application cohérente de cette dernière en coordonnant ses activités avec celles des autres autorités et des associations dont le but est de venir en aide aux personnes exerçant la prostitution (al. 2). Il prend toutes les décisions et les mesures qui ne sont pas attribuées à une autre autorité et est notamment compétent pour prononcer les mesures et sanctions administratives, infliger les amendes administratives et recevoir la communication des décisions prises par les autorités pénales (al. 3).

Selon l'art. 2 al. 2 RProst, la BTPI est compétente pour recevoir les personnes qui se prostituent et procéder à leur enregistrement, recevoir les annonces des personnes qui cessent toute activité liée à la prostitution, recevoir les personnes responsables de salons et d'agences d'escorte et procéder à leur enregistrement, recevoir les communications et informations des personnes responsables de salons et d'agences d'escorte ainsi que les alertes en cas de constat d'infractions.

- 5) La loi ne prévoit pas expressément que la BTPI, respectivement le DS, doit rendre une décision visant à refuser ou accepter l'inscription au registre du requérant. En revanche, elle prévoit que la BTPI procède à ladite inscription – et non peut procéder à l'inscription – de la personne ayant effectué l'annonce si celle-ci remplit toutes les conditions personnelles et si le DT délivre le préavis prévu à l'art. 9 al. 3 RProst. Ce faisant, il existe un droit à obtenir une inscription au registre lorsque les conditions y relatives sont remplies.

En l'occurrence, le courrier du DS du 17 octobre 2017 constitue manifestement une mesure individuelle et concrète refusant la demande de la

recourante tendant à créer des droits ou obligations en lien avec l'inscription au registre, et donc une décision rendue sur la base d'une demande fondée sur l'art. 4 al. 1 let. c LPA. Le courrier du 17 octobre 2017 ne saurait en particulier être qualifié d'« accusé de réception », comme le prétend l'intimé, dès lors que par cet acte l'autorité ne s'est pas contentée de confirmer la réception des documents idoines, mais a clairement refusé d'entrer en matière sur la demande de la recourante, au motif que l'une des conditions permettant l'inscription au registre n'était pas remplie. Cet acte ne peut dès lors être qualifié différemment que de décision, sous peine d'empêcher tout contrôle de la procédure visant l'inscription au registre.

Le fait que le courrier du DS du 17 octobre 2017 ne contienne ni voie ni délai de recours et n'indique pas être une décision est sans incidence sur ce qui précède dès lors que, comme susmentionné, ce n'est pas la forme de l'acte qui est déterminante, mais son contenu et ses effets et qu'une notification irrégulière ne peut entraîner aucun préjudice pour les parties (art. 47 LPA).

Le recours formé le 17 novembre 2017, contre une décision au sens de l'art. 4 LPA, sera donc déclaré recevable sous cet angle également.

- 6) La recourante estime que l'intimé aurait dû entrer en matière sur sa demande d'inscription au registre, instruire son dossier et rendre une décision formelle relative à son inscription au registre.

En l'occurrence, il est vrai que le dossier en main de la chambre administrative ne contient pas un certain nombre de documents devant être produits selon l'art. 9 al. 2 RProst à l'appui du formulaire visant l'inscription au registre, de sorte qu'il n'est pas possible de déterminer s'ils ont été ou non produits par la recourante. Toutefois, par économie de procédure, il sera renoncé à renvoyer la présente cause à l'autorité précédente, compte tenu de ce qui suit.

- 7) La recourante reproche à l'intimé d'avoir refusé d'entrer en matière sur son inscription au registre au motif que le DT avait rendu un préavis défavorable. Elle expose en particulier qu'elle souhaite exploiter un salon dans une mesure compatible avec l'affectation de l'appartement au logement, de sorte qu'aucun changement d'affectation ne devrait être sollicité auprès du DT. Elle considère enfin que la position de l'intimé violerait les principes de la liberté économique et de la proportionnalité.
- 8) a. À teneur de l'art. 8 LProst, la prostitution de salon est celle qui s'exerce dans des lieux de rencontre soustraits à la vue du public (al. 1). Ces lieux, quels qu'ils soient, sont qualifiés de salons par la LProst (al. 2). Toutefois, le local utilisé par une personne qui s'y prostitue seule, sans recourir à des tiers, n'est pas qualifié de salon au sens de la LProst (al. 3).

b. Selon l'art. 10 LProst, la personne responsable d'un salon doit remplir les conditions personnelles suivantes : être de nationalité suisse ou titulaire de l'autorisation nécessaire pour exercer une activité indépendante en Suisse (let. a), avoir l'exercice des droits civils (let. b), offrir, par ses antécédents et son comportement, toute garantie d'honorabilité et de solvabilité concernant la sphère d'activité envisagée (let c), être au bénéfice d'un préavis favorable du DT confirmant que les locaux utilisés peuvent être affectés à une activité commerciale ou qu'une dérogation a été accordée (let. d) et ne pas avoir été responsable, au cours des 10 dernières années, d'un salon ou d'une agence d'escorte ayant fait l'objet d'une fermeture et d'une interdiction d'exploiter au sens des art. 14 et 21 LProst (let. e).

Comme susmentionné, la BTPI contrôle les pièces produites et procède à une enquête afin de s'assurer que la personne responsable d'un salon répond aux conditions prévues à l'art. 10 let. c et e LProst. Elle sollicite le préavis du DT, confirmant que les locaux utilisés peuvent être affectés à une activité commerciale ou qu'une dérogation a été accordée (art. 9 al. 3 RProst). Si la personne qui a effectué l'annonce remplit toutes les conditions personnelles et si le DT délivre le préavis prévu à l'art. 9 al. 3 RProst, la BTPI procède à son inscription au registre des personnes responsables d'un salon (art. 9 al. 4 RProst).

c. L'art. 10 let. d LProst est entré en vigueur le 29 juillet 2017. Il est issu d'une modification législative faisant notamment suite à certaines recommandations formulées par le Cour des comptes dans son rapport n° 85 du 16 décembre 2014 (ci-après : le rapport n° 85), portant sur une évaluation de la politique publique en matière de prostitution visant entre autres à améliorer les conditions d'exercice de la prostitution et à développer l'autonomie des travailleurs du sexe (projet de loi n° 12'031 du 30 novembre 2016 modifiant la LProst [ci-après : PL 12'031], p. 6 ; p. 4 et 5 du rapport n° 85).

Dans son rapport, la Cour des comptes a notamment relevé que la BTPI n'effectuait pas de contrôle de conformité sous l'angle de la LDTR ni ne communiquait d'informations au DT, n'y étant pas tenue par la LProst. La Cour des comptes a ainsi recommandé au DS de coordonner son action, lors de la procédure d'enregistrement, avec celle du DT afin qu'un contrôle de conformité à la LDTR soit effectué en prenant notamment en compte la procédure de dérogations prévue à l'art. 8 LDTR en cas de changement d'affectation (p. 64 et p. 68). L'art. 10 let. d LProst est donc une concrétisation de cette recommandation.

À teneur des travaux préparatoires relatifs au PL 12'031, la problématique visée par le nouvel art. 10 let. d LProst concernait également les salons exploités dans des villas, qui n'étaient pas soumis à la LDTR, mais à la loi d'application de la loi fédérale sur l'aménagement du territoire, du 4 juin 1987 (ci-après : LaLAT), qui contient elle-aussi des dispositions relatives à l'activité commerciale et aux dérogations susceptible d'être accordées. Le préavis du DALE devait donc

confirmer pour les salons exploités dans des immeubles soumis à la LDTR, que les locaux pouvaient être affectés à une activité commerciale ou qu'une dérogation avait été accordée, et pour les salons exploités dans des villas soumises à la LaLAT, que l'activité était conforme à la zone villas ou qu'une dérogation avait été accordée. Le préavis du DALE ne devait pas être sollicité directement par la personne responsable d'un salon mais par les services du DS. Le salon ne pouvait pas être mis en exploitation tant que le DS n'avait pas délivré un préavis favorable et que la personne responsable n'avait pas été inscrite au registre tenu par la BTPI (p. 15)

Les travaux préparatoires relevaient encore que la modification légale relative à l'art. 10 let. d LProst s'imposait d'autant plus que le canton de Genève était confronté à une pénurie de logements – alors que de nombreux locaux commerciaux cherchaient preneur – et qu'elle permettait en outre de lutter efficacement contre les nuisances liées à l'exploitation de lieux de prostitution et dénoncées dans plusieurs pétitions (p. 7).

d. Les travaux préparatoires relatifs au PL 12'031 mentionnent encore que la recommandation du rapport n° 85 qui visait une modification législative afin que deux travailleurs du sexe puissent partager un appartement en bénéficiant de l'art. 8 al. 3 LProst, n'a pas été concrétisée dans le cadre dudit projet de loi. Cette modification s'était tout d'abord heurtée à l'opposition de la police, du DS et du DT, avant d'être partagée par le Conseil d'État. Eu égard à la particularité de la profession visée, l'assouplissement évoqué par le rapport n° 85 serait suivi, s'il était concrétisé dans la loi, d'une forme d'exploitation de l'une des deux personnes (celle titulaire du bail et/ou d'un permis de séjour ou d'établissement, et par conséquent bien intégrée) sur l'autre (non titulaire du bail et/ou non titulaire d'un permis de séjour ou d'établissement, et par conséquent dans une situation beaucoup plus précaire) et cela, de façon manifestement contraire au premier but poursuivi par la LProst. Le Conseil d'État était persuadé de la nécessité de maintenir la notion d'appartement privé au sens de la LProst, soit d'un appartement dans lequel une seule personne exerce et qui n'a pas pour vocation principale l'exercice d'une activité économique mais garde un caractère prépondérant d'habitation. Dans les faits, la personne en question travaille à domicile. Ce ne serait plus le cas d'un salon dans lequel exercent plusieurs personnes, même si elles y résident. En d'autres termes, c'était l'exploitation d'un salon, au sens de la LProst, et non l'exercice de la prostitution, qui était par définition l'exercice d'une activité économique. Par ailleurs, dès l'instant où deux personnes se prostituent dans un appartement, il y avait un changement d'affectation prohibé par la LDTR. Si l'art. 8 al. 3 LProst était modifié dans le sens précité, on assisterait au développement de salons clandestins non contrôlés. La police ignorerait l'existence et l'emplacement des appartements privés dans lesquels pourraient se prostituer deux personnes et ne serait pas en mesure de vérifier qu'aucune infraction pénale (traite d'êtres humains, encouragement à la

prostitution, usure, etc.) se produise. Toute dérogation à la règle actuelle conduirait à l'examen de structures au cas par cas. Chaque structure deviendrait un « cas particulier ». Les risques d'erreur, d'abus et d'incohérence dans la politique publique et dans l'application de la LProst seraient considérables (exposé des motifs du PL 10'031, p. 9 et 10).

- 9) a. La LDTR a pour but de préserver l'habitat et les conditions de vie existants, ainsi que le caractère actuel de l'habitat dans les zones visées expressément par la loi (art. 1 al. 1 LDTR). Celle-ci prévoit notamment à cet effet, et tout en assurant la protection des locataires et des propriétaires d'appartements, des restrictions à la démolition, à la transformation et au changement d'affectation des maisons d'habitation (art. 1 al. 2 let. a LDTR). Elle s'applique à tout bâtiment situé dans l'une des zones de construction prévues par l'art. 19 de la loi d'application de la loi fédérale sur l'aménagement du territoire du 4 juin 1987 (LaLAT - L 1 30) et comportant des locaux qui, par leur aménagement et leur distribution, sont affectés à l'habitation (art. 2 al. 1 LDTR).

Nul ne peut, sauf dérogation au sens de l'art. 8 LDTR, même en l'absence de travaux, remplacer des locaux à destination de logements, occupés ou inoccupés, par des locaux à usage commercial, administratif, artisanal ou industriel, dans un bâtiment soumis à la LDTR (art. 3 et 7 LDTR).

Aux termes de l'art. 8 al. 1 LDTR, si une dérogation est souhaitable et compatible avec les conditions de vie du quartier, le département peut l'accorder si les circonstances le justifient, notamment : le maintien ou le développement des activités existantes et les conditions d'habitation précaires dans un immeuble, ou lorsque le bâtiment est déjà principalement affecté à d'autres buts que le logement.

b. Selon le Tribunal fédéral – appelé à statuer sur le recours d'un propriétaire considérant que l'utilisation de locaux destinés à l'habitation à des fins de prostitution ne constituait pas un changement d'affectation soumis à autorisation –, l'exercice régulier de la prostitution dans des studios d'habitation entre clairement en contradiction avec cette dernière notion, de sorte que cela frise la témérité d'argumenter qu'il ne s'agirait pas d'un changement d'affectation soumis à autorisation. Il est indifférent, de ce point de vue, que les hôtes vivent également sur place (arrêt du Tribunal fédéral 1C_237/2012 du 31 août 2012 consid. 2 et les références citées).

- 10) L'art. 27 Cst. garantit la liberté économique, qui comprend notamment le libre choix de la profession, le libre accès à une activité économique privée et son libre exercice et protège toute activité économique privée, exercée à titre professionnel et tendant à la production d'un gain ou d'un revenu (ATF 135 I 130 consid. 4.2 ; arrêts du Tribunal fédéral 2C_138/2015 du 6 août 2015 consid. 4.1 ; 2C_32/2015 du 28 mai 2015 consid. 5.1).

Une restriction à cette liberté est admissible, aux conditions de l'art. 36 Cst. Toute restriction doit ainsi se fonder sur une base légale (al. 1), être justifiée par un intérêt public ou par la protection d'un droit fondamental d'autrui (al. 2) et proportionnée au but visé (al. 3). Sous l'angle de l'intérêt public, sont autorisées les mesures de police, les mesures de politique sociale ainsi que les mesures dictées par la réalisation d'autres intérêts publics (ATF 125 I 322 consid. 3a). Sont en revanche prohibées les mesures de politique économique ou de protection d'une profession qui entravent la libre concurrence en vue de favoriser certaines branches professionnelles ou certaines formes d'exploitation (art. 94 al. 1 Cst. ; ATF 140 I 218 consid. 6.2 ; arrêts du Tribunal fédéral 2C_138/2015 précité consid. 4.1).

De plus, pour être conforme au principe de la proportionnalité, une restriction à un droit fondamental doit être apte à atteindre le but visé, lequel ne peut pas être obtenu par une mesure moins incisive ; il faut en outre qu'il existe un rapport raisonnable entre les effets de la mesure sur la situation de la personne visée et le résultat escompté du point de vue de l'intérêt public (ATF 137 I 167 consid. 3.6 ; arrêts du Tribunal fédéral 2C_138/2015 précité consid. 4.1).

- 11) En l'espèce, la recourante souhaite exploiter un salon de massages érotiques dans un appartement de quatre pièces qu'elle loue à la rue B _____ à Genève. Or, elle ne remplit pas l'une des conditions personnelles énoncées à l'art. 10 LProst permettant d'être inscrite en qualité de responsable de salon, à savoir être au bénéfice d'un préavis favorable du DT, confirmant que les locaux utilisés peuvent être affectés à une activité commerciale ou qu'une dérogation a été accordée (let. d). Dès lors, pour ce seul motif déjà, il était légitime de refuser à la recourante son inscription au registre (art. 9 al. 4 RProst a contrario).

Comme le relève à juste titre l'intimé, la BTPI, tout comme le DS, se borne à vérifier que le préavis positif du DT a bel et bien été obtenu, mais ne dispose d'aucun pouvoir de décision ou d'appréciation en la matière relatif audit préavis. Toutefois, contrairement à ce que relève la recourante, ce système ne viole pas les garanties générales de procédure. La recourante reste parfaitement libre de solliciter une décision du DT tendant à faire constater que l'usage prévu des locaux ne nécessiterait aucun changement d'affectation, à solliciter un changement d'affectation des locaux, respectivement à solliciter une dérogation audit changement d'affectation. La recourante disposerait alors d'une voie de recours contre la décision rendue par le DT.

L'argument de la recourante selon lequel le refus d'inscription au registre violerait la liberté économique et le principe de proportionnalité ne convainc pas. En effet, la condition visant l'obtention du préavis repose sur une base légale ainsi que sur des motifs légitimes exposés dans les travaux préparatoires, soit entre autres lutter efficacement contre les nuisances liées à l'exploitation de lieux de prostitution. Par ailleurs, rien n'empêche la recourante d'entreprendre l'activité

qu'elle entend déployer dans un autre lieu non réservé à l'habitation ou de solliciter les autorisations ou dérogations nécessaires auprès du DT.

Pour le surplus, il ressort des travaux préparatoires, tout comme de l'art. 8 al. 3 LProst, que l'argumentation selon laquelle l'exploitation d'une petite structure par deux ou trois personnes exerçant la prostitution ne devrait pas être considérée comme un salon au sens de l'art. 8 al. 1 LProst ne peut être suivie. Quand bien même cette position a été soutenue par la Cour des comptes, elle est manifestement contraire à la volonté du législateur et au texte clair de la loi.

Ainsi, le DS n'avait dès lors d'autre choix que de rendre la décision litigieuse, l'une des conditions personnelles de l'art. 10 LProst n'étant pas remplie. Ce faisant, il n'a en particulier pas fait preuve de formalisme excessif.

- 12) Compte tenu de ce qui précède, le recours sera rejeté.
- 13) Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 400.- sera mis à la charge de la recourante (art. 87 al. 1 LPA) et aucune indemnité de procédure ne sera allouée (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 17 novembre 2017 par Madame A_____ contre la décision du département de la sécurité du 17 octobre 2017 ;

au fond :

le rejette ;

met un émolument de CHF 400.- à la charge de Madame A_____ ;

dit qu'il n'est pas alloué d'indemnité de procédure ;

dit que conformément aux art. 82 ss LTF, 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 Alain Maunoir, avocat de la recourante, ainsi qu'au département de la sécurité.

Siégeant : M. Thélin, président, Mme Junod, M. Verniory, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière-juriste :

S. Hüsler Enz

le président siégeant :

Ph. Thélin

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :