

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/417/2011-EXPLOI

ATA/14/2012

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 10 janvier 2012

2^{ème} section

dans la cause

Madame A_____

représentée par Me Damien Bonvallat, avocat

contre

**DÉPARTEMENT DE LA SECURITÉ, DE LA POLICE ET DE
L'ENVIRONNEMENT**

EN FAIT

1. Madame A_____, titulaire d'un permis d'établissement, est domiciliée à Genève, où elle exerce la prostitution depuis plusieurs années, dûment enregistrée auprès de la brigade des mœurs de la police genevoise depuis 1999.
2. Le 28 juillet 2010, Mme A_____ a déposé auprès du département de la sécurité, de la police et de l'environnement (ci-après : DSPE) un formulaire d'annonce pour l'exploitation d'un salon de massage, l'Institut L_____, conformément à la loi sur la prostitution du 17 décembre 2009 (LProst - I 2 49) et au règlement d'exécution de la LProst du 14 avril 2010 (RProst - I 2 49.01). Elle était seule titulaire du bail. Trois personnes dont elle-même travaillaient dans ce lieu.

Il ressortait des documents produits en annexe qu'elle faisait l'objet de trente-quatre actes de défaut de biens pour un montant total de CHF 72'795,55 et d'un jugement de faillite du 25 février 2009, faillite suspendue le 20 mai 2009 faute d'actifs. Ses principaux créanciers étaient l'Etat de Genève et Mutuel Assurances. D'autres, comme les services industriels de Genève, les hôpitaux universitaires de Genève ou des entreprises privées y figuraient également.
3. Interpellée sur sa situation financière, Mme A_____ a expliqué dans une lettre du 12 octobre 2010, qu'elle avait été victime d'un abus de confiance de la part de la gérante de son précédent salon de massage. Elle avait déposé plainte pénale à ce titre. Elle avait été déclarée en faillite dans ce contexte. Elle remboursait également ses dettes auprès de l'office des poursuites. La fermeture de son établissement actuel l'empêcherait de régler ses dettes.
4. Par pli du 3 novembre 2010, le DSPE a écrit à Mme A_____. L'exploitation d'un salon de massage était notamment subordonnée à la condition que la personne responsable offre toute garantie de solvabilité, selon l'art. 10 let. c LProst. Dès lors que de nombreux actes de défaut de biens avaient été délivrés à l'encontre de l'intéressée, qui avait par ailleurs fait faillite et n'avait pas pu redresser une situation financière durablement obérée, le département envisageait d'ordonner la fermeture définitive du salon. Un délai au 30 novembre 2010, prolongé au 15 décembre 2010, lui était accordé pour se déterminer.
5. Le 15 décembre 2010, Mme A_____ a répondu qu'elle s'était déclarée par erreur comme responsable d'un salon. En réalité, elle n'employait personne. Madame D_____ [recte : Madame E_____] n'était qu'une colocataire, exerçant la même profession de manière indépendante, qui participait au règlement du loyer mensuel de CHF 2'000.-, pour l'espace qu'elle occupait. La précarité de sa situation financière s'expliquait par des arriérés de pensions alimentaires dus au

service cantonal d'avance et de recouvrement des pensions alimentaires (ci-après : le SCARPA) suite à un jugement de 2002 la condamnant à verser CHF 500.- par mois et d'avance à chacun de ses deux enfants. Pour le surplus, elle reprenait les motifs précités.

6. Le 12 janvier 2011, le département a ordonné la fermeture définitive du salon, conformément à l'art. 14 al. 1 let. b et al. 2 let. c LProst. Cette décision n'empêchait pas Mme A_____ de continuer à exercer la prostitution.

En tant que responsable de l'Institut L_____, Mme A_____ devait être solvable, ce qui n'était pas le cas au vu des relevés de l'office des poursuites et de l'office des faillites précités.

7. Par acte du 14 février 2011, Mme A_____ a recouru contre cette décision, en concluant à l'annulation de celle-ci, sous suite de frais et dépens.

Elle devait pouvoir bénéficier de la précision de l'art. 8 al. 3 LProst et son activité ne pouvait être qualifiée de « salon ». Les conditions de l'art. 10 LProst ne lui étaient ainsi pas applicables, étant donné qu'elle exerçait son activité de manière indépendante sans recourir à des tiers. Deux prostituées indépendantes partageant un même appartement ne devaient pas être considérées comme un « salon » dont elle aurait été la responsable. Elle contestait ne pas offrir les garanties de solvabilité nécessaires, dès lors que ses seuls créanciers poursuivants étaient le SCARPA et la Mutuel Assurances. A titre subsidiaire, elle invoquait la violation de l'art. 27 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101) et du principe de la proportionnalité. L'atteinte grave portée à sa liberté économique, puisqu'elle perdait son activité professionnelle et l'espoir de redresser sa situation financière à l'égard du SCARPA, n'était pas fondée sur une base légale formelle. Elle s'engageait à prendre les mesures utiles pour assainir sa situation financière. La décision querellée aurait pour conséquences de péjorer sa situation, ce qui ne pouvait être l'intention du législateur.

8. Le 17 mars 2011, la brigade des mœurs est intervenue à l'Institut L_____ afin d'effectuer un contrôle.

Selon un rapport établi le même jour, trois femmes se trouvaient sur place. Elles ont déclaré se prostituer et payer CHF 100.- de loyer par jour à Mme A_____. Deux d'entre elles étaient annoncées à la brigade des mœurs comme travaillant dans ce salon. Celui-ci comptait cinq chambres aménagées en conséquence. Il ressortait d'une liste jointe audit rapport que six personnes se prostituaient à l'Institut L_____ depuis le 1^{er} mars 2010. Par la suite, Mme A_____ avait indiqué qu'elle s'était séparée de l'une d'elles. Une autre femme n'étant pas enregistrée, une contravention lui avait été infligée pour exercice illicite de la prostitution.

9. Dans ses observations du 23 mars 2011, le département a conclu au rejet du recours.

En partageant les locaux de l'Institut L_____, dont elle est la seule locataire, avec une prostituée qui logeait sur place, et en permettant à plusieurs autres prostituées déclarées ou non d'exercer régulièrement la prostitution, Mme A_____ apparaissait comme étant responsable d'un salon au sens de l'art. 8 al.1 et 2 LProst. Elle ne pouvait donc bénéficier de l'exception prévue à l'art. 8 al. 3 LProst, disposition qui devait être interprétée restrictivement. Comme Mme A_____ n'avait pas été en mesure de procéder au paiement intégral de ses dettes, elle se trouvait en situation d'insolvabilité générale et durable. Fondée sur les art. 10 et 14 LProst, la décision querellée reposait sur une base légale formelle. Elle constituait le seul moyen d'obtenir une situation conforme au droit, au regard du principe de proportionnalité.

10. Le 29 mars 2011, le juge délégué a indiqué aux parties que l'instruction paraissait terminée. Un délai échéant au 6 mai 2011 leur était accordé pour formuler d'éventuelles requêtes complémentaires.

11. Par pli du 6 mai 2011, Mme A_____ a conclu, préalablement, à ce que le rapport de la brigade des mœurs du 17 mars 2011 et les observations du département en tant qu'elle s'y référait, soient écartés de la procédure, à ce qu'une comparution personnelle des parties soit ordonnée, de même que l'audition de trois témoins, et à ce qu'un second échange d'écritures soit autorisé. Principalement, elle persistait dans ses conclusions.

Vu l'effet dévolutif du recours et le caractère contradictoire de la procédure judiciaire, l'administration de preuves par le département et la police, hors la présence des parties et postérieurement à la saisine de la chambre administrative, était inadmissible. Elle contestait également le contenu dudit rapport. Elle s'était séparée d'une des femmes parce qu'elle n'était pas, en l'état, autorisée à exploiter un salon de massage. Quant à la femme déclarée en contravention, elle ne s'était jamais prostituée à l'Institut L_____, mais était venue se présenter ce jour-là pour une collaboration. Elle se référait à une jurisprudence du Tribunal fédéral (arrêt 2C_230/2010 du 12 avril 2011) dans lequel cette juridiction avait invalidé certaines dispositions de la LProst, dont l'art. 10 let. b LProst. L'exigence de solvabilité de l'art. 10 let. c LProst paraissait disproportionnée, dès lors que les art. 181, 182, 193 et 195 du Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP - RS 311.0) apportaient une protection suffisante.

12. Le 26 mai 2011, le département a considéré que cette lettre constituait plus une réplique qu'une requête complémentaire. Il ne s'opposait pas à ce qu'une comparution personnelle des parties, ainsi que l'audition des auteurs du rapport contesté par la recourante soient ordonnées.

13. Sur quoi, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable (art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire - 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. a. Le droit d'être entendu est une garantie de nature formelle dont la violation entraîne, lorsque sa réparation par l'autorité de recours n'est pas possible, l'annulation de la décision attaquée sans égard aux chances de succès du recours sur le fond (ATF 133 III 235 consid. 5.3 p. 250 ; Arrêts du Tribunal fédéral 5A.12/2006 du 23 août 2006 consid. 3.1 et les arrêts cités ; 1P.179/2002 du 2 septembre 2002 consid. 2.2 ; ATA/172/2004 du 2 mars 2004). Sa portée est déterminée en premier lieu par le droit cantonal (art. 41ss LPA) et le droit administratif spécial (ATF 124 I 49 consid. 3a p. 51 et les arrêts cités ; Arrêt du Tribunal fédéral 2P.39/2006 du 3 juillet 2006 consid. 3.2). Si la protection prévue par ces lois est insuffisante, ce sont les règles minimales déduites de la Cst. qui s'appliquent (art. 29 al. 2 Cst. ; Arrêt du Tribunal fédéral 2P.39/2006 du 3 juillet 2006 consid. 3.2 et les arrêts cités ; A. AUER/ G. MALINVERNI/ M. HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, Berne 2006, Vol. 2, 2ème éd., p. 603, n. 1315ss ; B. BOVAY, Procédure administrative, Berne 2000, p. 198). Quant à l'art. 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (CEDH – 0.101), il n'accorde pas au justiciable de garanties plus étendues que celles découlant de l'art. 29 al. 2 Cst. (Arrêt du Tribunal fédéral 4P.206/2005 du 11 novembre 2005 consid. 2.1 et arrêts cités).

Tel qu'il est garanti par cette dernière disposition, le droit d'être entendu comprend le droit pour les parties de faire valoir leur point de vue avant qu'une décision ne soit prise, de fournir des preuves quant aux faits de nature à influencer sur la décision, d'avoir accès au dossier, de participer à l'administration des preuves, d'en prendre connaissance et de se déterminer à leur propos (ATF 132 II 485 consid. 3.2 p. 494 ; Arrêt du Tribunal fédéral 2C_573/2007 du 23 janvier 2008 consid. 2.3 et les arrêts cités ; ATA/415/2008 du 26 août 2008 consid. 6a et les arrêts cités).

b. La chambre administrative, conformément à l'art. 19 LPA, doit établir les faits d'office. Elle n'est pas limitée par les allégués et les offres de preuves des parties. De plus, elle apprécie librement celles qu'on lui soumet (ATA/4/2009 du 13 janvier 2009).

Au vu de l'instruction, des pièces produites et des allégations des parties, en particulier celles de la recourante, la chambre de céans estime le dossier en l'état d'être jugé disposant des éléments nécessaires à l'examen de celui-ci. Elle renoncera donc à procéder aux actes d'instruction requis par la recourante.

Quant au rapport de police du 17 mars 2011 versé à la procédure par le département, il contient des informations dont la recourante a pu prendre connaissance et sur lesquelles elle a pu se déterminer. Il n'y a dès lors pas motif à l'écarter du dossier.

3. Toute activité lucrative privée exercée à titre professionnel, qui vise à l'obtention d'un gain ou d'un revenu, bénéficie de la liberté du commerce et de l'industrie (ATF 117 Ia 440; 116 Ia 118). La protection de l'art. 27 Cst. s'étend non seulement aux indépendants, mais encore aux employés salariés lorsqu'ils sont atteints dans leurs droits juridiquement protégés (ATF 112 Ia 318, 319). Les cantons peuvent cependant apporter à cette liberté des restrictions consistant notamment en des mesures de police justifiées par un intérêt public tel que la sauvegarde de la tranquillité, de la sécurité et de la moralité publiques ou encore le fait de prévenir ou d'écarter un danger (ATF 114 Ia 36). Ces mesures de police doivent reposer sur une base légale, être justifiées par un intérêt public prépondérant et, selon le principe de la proportionnalité, se limiter à ce qui est nécessaire à la réalisation des buts d'intérêt public poursuivis (ATF 119 Ia 59; 118 Ia 175; 117 Ia 440; 116 Ia 113 ; R.-A. RHINOW, Commentaire de la Constitution fédérale, ad. art. 31, 1988, no 27).

La prostitution est considérée comme licite pour autant qu'elle soit exercée à titre indépendant.

Une personne qui exercerait la prostitution en étant liée par un contrat de travail serait victime de l'exploitation de l'activité sexuelle de la part de son employeur ou de son employeuse (art. 182 et 195 CP ; PL 10447 du 10 mars 2009, p. 14).

4. a. La prostitution de salon est celle qui s'exerce dans des lieux de rencontre soustraits à la vue du public pour autant que le local ne soit pas utilisé par une personne qui s'y prostitue seule, sans recourir à des tiers (art. 8 al. 1 et 3 LProst).

Selon 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. La personne exploitant le salon doit remplir les conditions personnelles suivantes :

- être de nationalité suisse ou titulaire de l'autorisation nécessaire pour exercer une activité indépendante en Suisse ;
- avoir l'exercice des droits civils ;
- offrir, par ses antécédents et son comportement, toute garantie d'honorabilité et de solvabilité concernant la sphère d'activité envisagée ;
- 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 de ladite loi (art. 10 LProst).

En outre, les art. 14 al. 1 let. b et 14 al. 2 LProst autorisent l'autorité à sanctionner la personne responsable d'un salon qui notamment ne remplit pas ou plus les conditions personnelles rappelées ci-dessus par :

- un avertissement ;
- la fermeture temporaire du salon, pour une durée de 1 à 6 mois, et l'interdiction d'exploiter tout autre salon, pour une durée analogue ;
- la fermeture définitive du salon et l'interdiction d'exploiter tout autre salon pour une durée de 10 ans.

b. La conformité de ces dispositions aux art. 8, 13, 27 et 49 Cst., à l'art. 8 CEDH et aux art. 13 et 39 de la Constitution de la République et canton de Genève du 24 mai 1847 (Cst-GE - A 2 00) a été confirmée par le Tribunal fédéral (Arrêt du Tribunal fédéral 2C_230/2010 du 12 avril 2011 ; ATA/494/2011 du 27 juillet 2011).

c. Il ressort de l'exposé des motifs du projet de loi déposé par le Conseil d'Etat que la prostitution de salon ne s'oppose pas à la prostitution sur le domaine public, celle-ci ne constituant en général qu'un prélude à celle-là (PL 10447 du 10 mars 2009, p. 20). Rien n'empêche que la personne exploitant le salon exerce elle-même la prostitution (PL 10447 du 10 mars 2009, p. 22).

L'exigence de solvabilité, qui ne figurait pas dans le projet initial déposé par le Conseil d'Etat, a été ajoutée pendant les travaux de la commission législative. Un commissaire, souhaitant que les personnes qui sont l'objet d'un acte de défaut de biens ne puissent pas gérer un salon, a proposé d'ajouter une condition supplémentaire, laquelle aurait eu la teneur suivante : « Ne fait pas l'objet d'un acte de défaut de biens » (PL 10477-A du 17 novembre 2009, p. 37).

Il a toutefois été relevé qu'il était nécessaire de permettre à une personne qui a eu des problèmes financiers de pouvoir exercer une profession, un acte de défaut de biens ne faisant pas d'elle un criminel, mais que si l'exploitant était très

mauvais gestionnaire et qu'il entraînerait ses employés à la faillite de façon certaine, quelque chose devait être fait. Finalement, la commission a retenu la formule figurant dans la loi « afin de laisser une marge de manœuvre au département pour dire qu'un acte de défaut de biens de peu d'importance n'empêche pas de donner l'autorisation mais qu'un même acte pour plusieurs dizaines de milliers de francs empêcherait de délivrer cette autorisation » (PL 10477-A du 17 novembre 2009, p. 38).

d. L'insolvabilité est une notion de droit fédéral. Le débiteur est insolvable lorsqu'il ne dispose pas de moyens liquides suffisants pour acquitter ses dettes exigibles. Cet état ne doit toutefois pas être passager (A. FAVRE, Droit des poursuites, Fribourg 1974, p. 285 ; P.-R. GILLIERON, Poursuite pour dettes, faillite et concordat, Lausanne 1988, p. 265). Il y aura insolvabilité notamment en cas de faillite, concordat ou saisie infructueuse (ATA/677/2009 du 22 décembre 2009 et les références citées).

Selon la jurisprudence constante de la chambre de céans, seul celui dont l'insolvabilité s'est étendue sur certaines périodes sans qu'il ait pu redresser sa situation financière et amortir régulièrement ses dettes doit être considéré comme insolvable (ATA/677/2009 précité ; ATA/444/2005 du 21 juin 2005).

5. En l'espèce, la recourante ne conteste pas être titulaire du bail du local, d'une superficie de 130 m² et équipé de cinq chambres, dans lequel se déroule ces activités. Elle admet elle-même que Mme E_____ lui verse un loyer afin de pouvoir se prostituer et vivre à l'Institut L_____. Elle conteste certes que certaines personnes contrôlées sur place aient travaillé dans ce salon. Mais même s'il fallait lui donner raison sur ce point, cela serait irrelevant au regard de la définition d'un salon au sens de la LProst : en partageant le local qu'elle loue avec au moins une autre prostituée contre versement d'une participation au loyer, la recourante est bel et bien responsable d'un "salon" au sens des art. 8 LProst. Contrairement à ce que la recourante allègue, aucun lien de subordination n'est nécessaire.
6. La recourante fait l'objet de nombreux actes de défaut de biens définitifs pour un montant total actualisé de CHF 64'805,25, auxquels s'ajoutent diverses poursuites en cours. Cette situation dure depuis plusieurs années. Elle est incapable de verser les contributions d'entretien dues à ses deux enfants. Ces éléments ne permettent pas d'admettre que la solvabilité de l'intéressée est garantie, même en tenant compte de la marge de manœuvre que le législateur a laissé au département dans le cadre de la LProst.

Le recourante a également fait l'objet d'un jugement de faillite, clôturé après suspension pour défaut d'actifs selon une décision du 20 mai 2009. Selon ses écrits, ladite faillite concernait déjà un « salon » lui appartenant. Bien que la recourante, représentée par un conseil, allègue à cet égard avoir déposé plainte

pénale pour abus de confiance, elle n'en apporte aucunement la preuve. Elle n'informe pas davantage de la suite qui y aurait été donnée.

Finalement, la fermeture de son salon n'empêche aucunement la recourante de poursuivre son activité à titre indépendant afin de poursuivre le règlement de ses dettes.

Dans ces conditions, la décision litigieuse sera confirmée et le recours rejeté.

7. Au vu de la situation financière de la recourante, aucun émolument ne sera mis à sa charge (art. 87 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 14 février 2011 par Madame A_____ contre la décision du département de la sécurité, de la police et de l'environnement du 12 janvier 2011 ;

au fond :

le rejette ;

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

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 Damien Bonvallat, avocat de la recourante ainsi qu'au département de la sécurité, de la police et de l'environnement.

Siégeants : M. Thélin, président, Mme Junod, M. Dumartheray, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière de juridiction :

M. Tonossi

le président siégeant :

Ph. Thélin

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :