

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/86/2013-EXPLOI

ATA/205/2014

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 1^{er} avril 2014

1^{ère} section

dans la cause

Madame C_____

représentée par Me Dimitri Tzortzis, avocat

contre

DÉPARTEMENT DE LA SÉCURITÉ ET DE L'ÉCONOMIE

EN FAIT

1) Madame C_____ est responsable, auprès des autorités compétentes, de l'exploitation du salon de massage E_____ (ci-après : E_____) à Genève.

2) Le 20 avril 2012, le secrétariat général du département de la sécurité, devenu depuis lors le département de la sécurité et de l'économie (ci-après: le département) a adressé un courrier à l'ensemble des responsables de salons de massages ou d'agences d'escorte. Leur attention était attirée sur le fait qu'ils devaient empêcher toute atteinte à l'ordre public, notamment la santé publique.

Des personnes responsables d'un salon de massages faisant expressément référence à des rapports sexuels non protégés, ou incitant de toute autre manière à de tels rapports, s'exposaient à des sanctions administratives. La brigade des mœurs procéderait à des contrôles.

3) Le 8 octobre 2012, la brigade des mœurs a procédé à un contrôle du E_____ et a établi un rapport.

Le salon proposait des prestations non protégées sur son site internet. Lors d'un entretien sur place, Mme C_____ avait indiqué qu'elle n'avait pas l'intention de changer son « menu des plaisirs ».

A ce rapport était annexée une impression d'écran du site internet www.E_____.ch.

4) Le 31 octobre 2012, le département a interpellé Mme C_____. Au vu du rapport de la brigade des mœurs, il envisageait de lui infliger un avertissement et une amende. Un délai échéant au 19 novembre 2012, lui était accordé pour exercer son droit d'être entendue.

5) Mme C_____ s'est déterminée le 19 novembre 2012. E_____ ne proposait pas, en tant que tel, des prestations sexuelles à ses clients. Il offrait aux hôtes un lieu de travail. Ces dernières proposaient des prestations telles que E_____ ne puisse les influencer de quelque manière que ce soit. Le salon relayait les informations sur les prestations offertes par les hôtes, telles qu'annoncées lors de leur arrivée. Ces dernières pouvaient les modifier totalement ou partiellement en tout temps.

Selon un accord tacite dans la branche, aucune relation sexuelle n'était proposée sans protection. Cet élément n'était pas précisé et cela avait pu porter à confusion pour de rares clients potentiels. La quasi-totalité de la clientèle ne se posait même pas la question.

Le site internet avait été modifié en conséquence, en précisant que les relations sexuelles vaginales et anales étaient systématiquement protégées.

Selon le « menu des plaisirs » annexé à ce courrier, les rapports anaux et vaginaux avaient toujours été couverts. Les fellations étaient proposées soit « naturelles » soit « couvertes ».

- 6) Par décision du 29 novembre 2012, le département a infligé à E_____ un avertissement, ainsi qu'une amende administrative de CHF 1'000.-. Le site internet du salon proposait toujours de nombreuses pratiques sexuelles présentant des risques d'infections sexuellement transmissibles (ci-après : IST) soit notamment des fellations naturelles, royales (éjaculation dans la bouche) ou impériales (éjaculation dans la bouche et avalement du liquide séminal), et des « feuilles de rose » (anilingus).
- 7) Par acte du 14 janvier 2013, Mme C_____ a saisi la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) d'un recours contre la décision précitée, concluant à son annulation.
- a. La directive du 20 avril 2012 ne respectait pas les art. 12 let. c et 19 let. c de la loi sur la prostitution du 17 décembre 2009 (LProst - I 2 49), dès lors que ces derniers indiquaient que les responsables d'un salon ou d'une agence d'escorte avaient pour obligation d'y empêcher toute atteinte à l'ordre public, notamment à la tranquillité, à la santé et à la sécurité publique. La notion de la santé était extrêmement large et le courrier du 20 avril 2012 interprétait de façon trop extensible la loi tentant de combler les lacunes de cette dernière. En particulier, toute relation ne constituait pas un rapport sexuel. La fellation devait être assimilée au cunnilingus et à la masturbation. Il n'y avait aucune pénétration.
- b. Le principe de l'égalité du traitement était violé puisque de nombreux sites internet d'autres salons genevois proposaient des rapports sexuels sans indiquer s'ils étaient protégés ou non, cas échéant en utilisant des termes détournés, tels que fellation ordinaire ou fellation extraordinaire.
- Selon les informations obtenues par Mme C_____, aucun d'entre eux n'avait été sanctionné.
- c. En dernier lieu, la décision litigieuse n'était pas suffisamment motivée. Elle interprétait sans le moindre argument scientifique, littéraire ou juridique, des notions de pratiques sexuelles aptes à diffuser des IST.
- 8) Le 14 février 2013, le département a conclu au rejet du recours. Il était de notoriété publique que les rapports vaginaux et anaux, sans préservatif, les fellations naturelles, royales et impériales, des éjaculations faciales ainsi que l'anilingus présentaient des risques de transmission d'IST.

Cela avait été confirmé par une lettre de la direction de la santé du 5 avril 2012, dans le cadre des réunions pluridisciplinaires sur la prostitution.

E_____ avait continué à proposer de telles prestations malgré l'avertissement clair du département.

Le courrier du département du 20 avril 2012 ne comblait pas une lacune, mais rappelait des obligations légales préexistantes, s'imposant à l'ensemble des responsables de l'exploitation du salon de massage.

Concernant l'égalité de traitement, la grande majorité des exploitants de salons avaient modifié leur site sans rechigner. Certains avaient utilisé des subterfuges de langage, parlant de fellation agréable ou fellation très agréable. Une autre tenancière exploitante avait été dénoncée au département et avait été sanctionnée.

En dernier lieu, la décision litigieuse était suffisamment motivée, alors qu'elle se référait au « menu des plaisirs » du salon concerné. La sanction était au surplus proportionnée.

- 9) Cette détermination a été transmise à la recourante. Cette dernière n'a pas transmis d'observations dans le délai prolongé qui lui a été accordé.
- 10) Le 3 juin 2013, 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. 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) La recourante se plaint d'une motivation insuffisante de la décision entreprise.

Le droit à une motivation suffisante découle de l'art. 29 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101). Il suffit, sous cet aspect, que les parties puissent se rendre compte de la portée de la décision à leur égard et, le cas échéant, recourir contre elle en connaissance de cause (ATF 136 I 184 consid. 2.2.1 p. 188 ; Arrêts du Tribunal fédéral 2C_997/2011 du 3 avril 2012 consid. 3 ; 1C_311/2010 du 7 octobre 2010 consid. 3.1 ;

9C_831/2009 du 12 août 2010 et arrêts cités ; ATA/844/2012 du 18 décembre 2012).

En l'espèce, ces exigences ont été respectées par l'autorité. Les faits reprochés sont explicités et motivés par l'énoncé de la jurisprudence du Tribunal fédéral.

Ce grief sera écarté.

- 3) La LProst a notamment pour but de réglementer les lieux, les heures et les modalités de l'exercice de la prostitution, ainsi que de lutter contre les manifestations secondaires fâcheuses de celle-ci (art. 1 let. c LProst).
- 4)
 - a. La personne responsable d'un salon de massages doit y empêcher toute atteinte à l'ordre public, notamment à la tranquillité, à la santé, à la salubrité et à la sécurité publique (art. 12 let. c LProst). Dans le message accompagnant le projet de loi, le Conseil d'Etat indiquait que cet alinéa avait pour but de protéger la santé des clients et des personnes exerçant la prostitution (MGC [En ligne], séance 35 du 2 avril 2009 à 17h00, p. 23, disponible sur : <http://www.ge.ch/grandconseil/data/texte/PL10447.pdf> [consulté le 26 mars 2014]).
 - b. A l'occasion du contrôle abstrait de la légalité de la LProst, le Tribunal fédéral a précisé quelle était la portée des obligations d'un tenancier de salon de massages. Le législateur genevois ne voulait pas imposer des obligations inexécutables. Les obligations étaient principalement des obligations de moyen. Le responsable du salon de massages devait choisir les mesures adéquates visant à prévenir ou à faire cesser toute atteinte à l'ordre public, de même qu'à sensibiliser, à aider ou à obliger contractuellement une personne se prostituant et ses clients, à prendre des dispositions de sécurité idoines, notamment pour éviter la diffusion d'IST (ATF 137 I 167, 181, c. 6.2).
 - c. Le service du médecin cantonal a précisé, dans un courrier du 5 avril 2012 à l'attention du département, que les pratiques sexuelles suivantes présentaient un risque potentiel de transmission d'IST : rapport vaginal et anal sans préservatif ; fellation naturelle, royale et impériale ; éjaculation faciale, cunnilingus pendant les règles, lécher l'anus sans protections (anulingus), baiser profond. L'office fédéral de la santé publique met en avant les précautions à prendre pour un « safer sex » (des pratiques sexuelles plus sûres) : pas de pénétration sans préservatif ; pas de sperme dans la bouche, ne pas l'avalier (http://www.bag.admin.ch/hiv_aids/11667/12333/index.html?lang=fr consulté le 26 mars 2014). L'aide suisse contre le SIDA, association faîtière des organismes de lutte contre le SIDA, indique que l'anulingus permet la transmission d'autres maladies sexuellement transmissibles que celle liées au virus de l'immunodéficience

humaine (www.aids.ch/fr/questions/protection-risque/sexe-anal.php consulté le 26 mars 2014).

- 5) La liberté d'appréciation de l'autorité de décision se manifeste dans le sens qui peut être donné à la norme et dans l'évaluation et la qualification des faits auxquels la norme doit s'appliquer (Thierry TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2011, p. 168, n. 507).

On parle d'excès de pouvoir positif lorsque l'autorité considère à tort qu'elle bénéficie d'une certaine liberté d'appréciation. Il y a excès de pouvoir négatif lorsque l'autorité s'estime liée, alors que la compétence que lui donne la loi est discrétionnaire : lorsque la norme confère un certain pouvoir d'appréciation, pour que puisse être tenu compte de circonstances particulières, l'administré a aussi le droit qu'il soit effectivement exercé.

Alors même que l'autorité resterait dans le cadre de ses pouvoirs, quelques principes juridiques les restreignent, dont la violation constitue un abus de pouvoir : elle doit exercer sa liberté conformément au droit. Elle doit respecter le but dans lequel un tel pouvoir lui a été conféré, procéder à un examen complet de toutes les circonstances pertinentes, user de critères transparents et objectifs, ne pas commettre d'inégalité de traitement et appliquer le principe de proportionnalité (ATA/53/2005 du 1^{er} février 2005 ; Pierre MOOR, Droit administratif, vol. I : Les fondements généraux, Berne, 1994, p. 376 ss. et les références citées).

- 6) En l'espèce, Mme C_____ est la responsable du salon de massages érotiques E_____. En cette qualité, elle se doit de respecter les obligations de l'art. 12 let. c LProst.

La directive du département du 20 avril 2012, à laquelle se réfère la décision attaquée, précise la portée de l'art. 12 let. c LProst. Elle reprend en cela les écrits du Tribunal fédéral qui mentionnent explicitement la diffusion d'IST comme étant un risque pour la santé contre lequel une responsable de salon de massages doit prendre des mesures. Les professionnels de la santé et de la prévention des IST au niveau genevois et suisse considèrent que le contact entre sperme et muqueuse représente un risque de transmission d'IST. La fellation non protégée est donc un acte sexuel à risque, surtout pour les fellations royales et impériales, mais aussi pour la fellation naturelle car la prévention du risque repose alors principalement sur le client. Dès lors, l'inclusion de la pratique de fellation sans protection dans le champ d'application de l'art. 12 let. c LProst est justifiée. Il ne s'agit que d'une définition de ce qui est prévu dans la loi. Il en va de même, à tout le moins en appliquant le principe de précaution, pour l'anulingus.

Ainsi, le département n'a pas outrepassé son pouvoir d'appréciation, la directive du 20 avril 2012 se limitant à définir l'art. 12 let. c LProst et restant dans le cadre voulu par le législateur.

7) La recourante invoque une violation de l'égalité de traitement, plus particulièrement elle indique que d'autres salons de massages ne se font pas sanctionner pour des faits similaires.

a. Selon la jurisprudence, un justiciable ne saurait en principe se prétendre victime d'une inégalité de traitement au sens de l'art. 8 Cst lorsque la loi est correctement appliquée à son cas, alors même que dans d'autres cas, elle aurait reçu une fausse application ou n'aurait pas été appliquée du tout (ATF 136 I 65 consid. 5.6 p. 78 ; 127 II 113 consid. 9a p. 121 ; 122 II 446 consid. 4 p. 451 ; Arrêts du Tribunal fédéral 1C_423/2011 du 2 avril 2012 consid. 5.1; 2C_72/2008 du 21 mai 2008 consid. 6.2 ; ATA/352/2012 du 5 juin 2012 consid. 7 ; Andreas AUER/Giorgio MALINVERNI/Michel HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, Berne 2006, vol. 2, 2ème éd., p. 502/503 n. 1025-1027 ; Vincent MARTENET, Géométrie de l'égalité, Zürich-Bâle-Genève 2003, p. 260 ss ; Pierre MOOR, Droit administratif, Berne 1994, vol. 1, 2e éd., p. 314 ss, n. 4.1.1.4).

Cependant, cela présuppose de la part de l'autorité dont la décision est attaquée la volonté d'appliquer correctement, à l'avenir, les dispositions légales en question et de les faire appliquer par les services qui lui sont subordonnés. En revanche, si l'autorité persiste à maintenir une pratique reconnue illégale ou s'il y a de sérieuses raisons de penser qu'elle va persister dans celle-ci, le citoyen peut demander que la faveur accordée illégalement à des tiers le soit aussi à lui-même, cette faveur prenant fin lorsque l'autorité modifie sa pratique illégale (ATF 136 I 65 consid. 5.6 p. 78 ; 127 II 113 consid. 9a p. 121 ; 125 II 152 consid. 5 p. 166 et les références citées ; Arrêts du Tribunal fédéral 1C_423/2011 du 2 avril 2012 consid. 5.1; 1C_304/2011 du 9 janvier 2012 consid. 5.1; 1C_426/2007 du 8 mai 2008 consid. 3 et 4 ; ATA/649/2012 du 25 septembre 2012 consid. 4).

Encore faut-il qu'il n'existe pas un intérêt public prépondérant au respect de la légalité qui conduise à donner la préférence à celle-ci au détriment de l'égalité de traitement (ATF 123 II 448 consid. 3c p. 254; 115 Ia 81 consid. 2 p. 82/83 ; 99 Ib 377 consid. 5 p. 383), ni d'ailleurs qu'aucun intérêt privé de tiers prépondérant ne s'y oppose (ATF 108 Ia 212 consid. 4 p. 213).

b. Toutefois, si l'illégalité d'une pratique est constatée à l'occasion d'un recours contre le refus d'un traitement illégal, le juge n'admettra le recours que s'il peut être exclu que l'administration changera sa politique (ATF 115 Ia 81 consid. 2 p. 82/83 ; 112 Ib 381 consid. 6 p. 387 ; ATA/432/2008 du 27 août 2008 consid. 5). Il présupera, dans le silence de l'autorité, que celle-ci se conformera au jugement qu'il aura rendu quant à l'interprétation correcte de la règle en cause (Arrêt du Tribunal fédéral 1C_304/2011 du 9 janvier 2012 consid. 5.3).

- 8) En l'espèce, le département indique qu'il a déjà sanctionné une autre responsable de salon de massages pour des faits similaires au cas présent et que la grande majorité des salons de massages respectent la directive du 20 avril 2012. Malgré les affirmations de la recourante, qui ne donne pas d'exemple concret, il n'y a pas de raisons de douter de la bonne foi de l'autorité. Même si ces affirmations étaient correctes, le département a indiqué qu'il désirait sanctionner les contrevenants à la loi à l'avenir.

Le grief de violation du principe de l'égalité de traitement est dès lors infondé.

- 9) Selon l'art. 14 al. 1 let. d et al. 2 LProst, la personne responsable d'un salon de massages qui n'a pas respecté les obligations imposées par l'art. 12 LProst peut notamment faire l'objet d'un avertissement. Indépendamment du prononcé de cette mesure, l'autorité compétente peut infliger une amende administrative de CHF 100.- à CHF 50'000.- à toute personne ayant enfreint les prescriptions de la loi ou de ses dispositions d'exécution.

En infligeant à la recourante un avertissement et une amende de CHF 1'000.-, le département n'a outrepassé ni ses compétences ni son pouvoir d'appréciation accordé par la loi et a rendu une décision respectant le principe de la proportionnalité.

- 10) Au vu de ce qui précède, le recours sera rejeté.

Un émolument de CHF 1'000.- sera mis à la charge de la recourante. Vu l'issue du litige, aucune indemnité ne lui sera allouée (art. 87 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 14 janvier 2013 par Madame C_____ contre la décision du département de la sécurité et de l'économie du 29 novembre 2012 ;

au fond :

le rejette ;

met à la charge de Madame C_____ un émolument de CHF 1'000.- ;

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

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 Dimitri Tzortzis, avocat de la recourante ainsi qu'au département de la sécurité et de l'économie.

Siégeants : M. Thélin, président, MM. Verniory et Pagan, 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 :