

BGer 2C_793/2014 vom 24. April 2015

Bundesgericht, 2015-04-24, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2C_793_2014

FR: TF 2C_793/2014 du 24 avril 2015

IT: TF 2C_793/2014 del 24 aprile 2015

Erwägungen

E. 1

Le Tribunal fédéral examine d'office et librement la recevabilité des recours qui lui sont soumis (art. 29 al. 1 LTF ; cf. ATF 138 I 475 consid. 1 p. 476 et les arrêts cités).

E. 1.1

L'arrêt attaqué est une décision finale (art. 90 LTF), rendue en dernière instance cantonale par un tribunal supérieur (art. 86 al. 1 let . d et al. 2 LTF) dans une cause de droit public (art. 82 let. a LTF) ne tombant pas sous le coup des exceptions de l' art. 83 LTF . La voie du recours en matière de droit public est donc en principe ouverte. Le mémoire de recours a été déposé en temps utile compte tenu des fêtes (cf. art. 46 al. 1 let. b et 100 al. 1 LTF) et dans les formes prescrites (art. 42 LTF) par les destinataires de l'acte attaqué qui ont un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification, de sorte qu'il faut leur reconnaître la qualité pour recourir (art. 89 al. 1 LTF). Il convient de considérer, à l'instar de l'autorité précédente, que le fait que l'amende a été payée par le recourant 1 en date du 21 octobre 2013 n'empêche pas d'admettre que les recourants ont un intérêt actuel à recourir. En effet, il ressort de l'arrêt attaqué que le recourant 1 s'est acquitté de celle-ci en raison d'un commandement de payer qu'il s'est vu notifié le 4 octobre 2013 - soit pendant la procédure de recours devant la Cour de justice - alors que le recours déployait un effet suspensif conformément à l'art. 60 de la loi genevoise du 12 septembre 1985 sur la procédure administrative (LPA; RS/GE E 510). En outre, les recourants contestent la fermeture temporaire du salon. Il convient donc d'entrer en matière.

E. 1.2

Dans la mesure où les recourants s'en prennent aussi à la décision de l'autorité ayant précédé la Cour de justice, leur recours est irrecevable en raison de l'effet dévolutif du recours à la Cour de justice (ATF 136 II 101 consid. 1.2 p. 104). Seule la décision de la dernière instance cantonale peut être attaquée devant le Tribunal fédéral (art. 86 al. 1 let . d LTF).

E. 2.1

Saisi d'un recours en matière de droit public, le Tribunal fédéral examine d'office le droit fédéral (cf. art. 95 let. a et 106 al. 1 LTF). Sauf exceptions non pertinentes en l'espèce (cf. art. 95 let . c, d et e LTF), l'on ne peut invoquer la violation du droit cantonal en tant que tel devant le Tribunal fédéral (art. 95 LTF a contrario). Il est néanmoins possible de faire valoir que son application consacre une violation du droit fédéral, comme la protection contre l'arbitraire au sens de l' art. 9 Cst. ou la garantie d'autres droits constitutionnels. Le Tribunal fédéral n'examine cependant de tels moyens que s'ils sont formulés conformément aux exigences de motivation qualifiée prévues à l' art. 106 al. 2 LTF (ATF 136 II 304 consid. 2.5 p. 314; arrêts 2C_990/2012 et 2C_991/2012 du 7 mai 2013 consid. 3.1).

E. 2.2

Le Tribunal fédéral fonde son raisonnement juridique sur les faits retenus par l'autorité précédente (art. 105 al. 1 LTF), à moins que ces faits n'aient été établis de façon manifestement inexacte - c'est-à-dire arbitraire (ATF 135 III 397 consid. 1.5 p. 401) - ou en violation du droit au sens de l' art. 95 LTF (cf. art 105 al. 2 LTF). Si le recourant entend s'écarter des constatations de fait de l'autorité précédente (cf. art. 97 al. 1 LTF), il doit expliquer de manière circonstanciée en quoi les conditions d'une exception prévue par l' art. 105 al. 2 LTF seraient réalisées. Sinon, il n'est pas possible de tenir compte d'un état de fait divergent de celui qui est contenu dans l'acte attaqué (cf. ATF 136 II 101 consid. 3 p. 104; arrêt 2C_220/2014 du 4 juillet 2014, consid. 1.4).

E. 3

Les recourants invoquent une violation du droit d'être entendu tel qu'il est garanti par l' art. 29 al. 2 Cst. Ils reprochent à la Cour de justice d'avoir invoqué un nouvel argument juridique, sur lequel ils n'ont pas eu l'occasion de se déterminer ni de répliquer.

E. 3.1

Le droit d'être entendu garanti par l' art. 29 al. 2 Cst. comprend notamment le droit pour l'intéressé de s'exprimer sur les éléments pertinents avant qu'une décision ne soit prise touchant sa situation juridique, de produire des preuves pertinentes, d'obtenir qu'il soit donné suite à ses offres de preuve pertinentes, de participer à l'administration des preuves essentielles ou à tout le moins de s'exprimer sur son résultat, lorsque cela est de nature à influencer sur la décision à rendre (ATF 135 I 279 consid. 2.3 p. 282; arrêt 2C_5/2014 du 30 juin 2014 consid. 2.2). Le droit d'être entendu se rapporte en principe à la constatation des faits. A titre exceptionnel, il convient d'interpeller les parties lorsque le juge s'apprête à fonder sa décision sur une norme ou un principe juridique non évoqué dans la procédure antérieure et dont aucune des parties en présence ne s'est prévaluée et ne pouvait supputer la pertinence in casu (ATF 130 III 35 consid. 5 p. 39 s.; arrêt 2C_537/2013 du 22 août 2013 consid. 3.3.1).

E. 3.2

Les recourants font grief à la Cour de justice d'avoir déclaré dans leur jugement qu'il incombait également au recourant 1 de "communiquer immédiatement aux autorités compétentes tout changement des personnes exerçant la prostitution et toute modification des conditions personnelles intervenues depuis l'annonce initiale" au sens de l'art. 11 de la loi genevoise du 17 décembre 2009 sur la prostitution (LProst/ GE; RS/GE I 2 49), alors que cette argumentation n'avait jamais été utilisée dans la décision du Département cantonal, qui "mentionne l'art. 12 let. b LProst/GE en tant que base légale topique" (mémoire de recours, p. 6-7). Le grief des recourants tiré de la violation de leur droit d'être entendus tombe à faux. En effet, l'art. 12 let. b LProst/GE prévoit que la personne responsable d'un salon a l'obligation de s'assurer que les personnes exerçant la prostitution dans le salon "ne contreviennent pas à la législation notamment celle relative au séjour et au travail des étrangers." Or, l'art. 11 LProst/GE - auquel se réfère la Cour de justice - vise précisément à empêcher une contravention à cette législation en obligeant la personne responsable à annoncer auprès des autorités compétentes tout changement des personnes exerçant la prostitution dans son salon. La motivation juridique opérée par la Cour de justice ne revêt dès lors aucun caractère inattendu ni insolite. A cet égard, on relèvera également que toutes les précédentes contraventions dont a fait l'objet le recourant 1 pour

des faits similaires mentionnent comme infraction une contravention à l'obligation d'annonce en matière de droit des étrangers. En outre, il convient de relever que la fermeture temporaire du salon, ainsi que l'interdiction d'exploiter tout autre salon, pour une durée analogue, sont prévues tant en cas de violation de l'art. 12 LProst/GE qu'en cas de violation de l'art. 11 LProst/GE (cf. art. 14 al. 1 let. c et d et al. 2 let. b LProst/GE). Il en va de même du prononcé d'une amende (cf. art. 25 LProst/GE).

E. 3.6

p. 175 s.; arrêt 2C_990/2012 et 2C_991/2012 du 7 mai 2013 consid. 6.1).

E. 4

D'après les recourants, l'arrêt attaqué, qui confirme la décision du Département cantonal ordonnant la fermeture du salon pour une durée d'un mois, constitue une atteinte disproportionnée à la liberté économique de la recourante 2. En outre, ils invoquent l'interdiction de l'arbitraire consacrée à l'art. 9 Cst. en relation avec le principe de la proportionnalité consacré à l'art. 5 al. 2 Cst. et se prévalent du fait que B. _____ a finalement été annoncée auprès de l'office compétent avec effet au 1er mars 2013, de sorte que celle-ci "ne pouvait être considérée en situation illicite lorsque la brigade des mœurs a procédé au contrôle le 6 mars 2013" (mémoire de recours, p. 11). Ils considèrent qu'il est choquant de prononcer la fermeture du salon pendant un mois au vu de la faute légère du recourant 1.

La question qui se pose en l'espèce est celle de savoir si c'est à bon droit que la Cour de justice a confirmé la fermeture du salon de massage pour une durée d'un mois.

E. 4.1

Invocable tant par les personnes physiques que morales, la liberté économique (art. 27 Cst.) 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 p. 135). Les personnes exerçant la prostitution ou exploitant des établissements permettant son exercice peuvent se prévaloir de la liberté économique (cf. ATF 137 I 167 consid. 3.1 p. 172; arrêt 2C_990/2012 et 2C_991/2012 du 7 mai 2013 consid. 6.1). Une restriction à cette liberté est toutefois admissible aux conditions de l'art. 36 Cst. Conformément à l'art. 36 al. 1 Cst., toute restriction d'un droit fondamental doit être fondée sur une base légale, les restrictions graves devant être prévues par une loi. Toute restriction d'un droit fondamental doit en outre être justifiée par un intérêt public ou par la protection d'un droit fondamental d'autrui (art. 36 al. 2 Cst.) et proportionnée au but visé (art. 36 al. 3 Cst.). Sous l'angle de l'intérêt public, et en rapport avec l'exercice de la prostitution, sont autorisées les mesures de police ou de politique sociale, de même que les mesures dictées par la réalisation d'autres intérêts publics, à l'exclusion notamment des mesures de politique économique. Pour être conforme au principe de la proportionnalité (art. 36 al. 3 Cst.), 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.).

E. 4.2

En l'espèce, il n'est pas contesté que la fermeture du salon pour une durée d'un mois est prévue par une base légale conforme (cf. art. 14 LProst/GE) et poursuit un but d'intérêt

public (cf. mémoire de recours, p. 9). La question qui demeure litigieuse est celle de savoir si la fermeture temporaire du salon est conforme au principe de proportionnalité.

E. 4.3

Le Tribunal fédéral a déjà eu l'occasion de se pencher sur la question de savoir si la fermeture de salons de massages respectait le principe de la proportionnalité. Toutes les affaires dans lesquelles le Tribunal de céans a jugé que la fermeture temporaire du salon était conforme au principe de la proportionnalité concernaient des cas dans lesquels des prostituées ressortissantes d'Etats tiers exerçaient leur activité dans un salon de massages sans autorisation de séjour et de travail en Suisse (cf. arrêt 2C_357/2008 du 25 août 2008 consid. 3.2 dans lequel le Tribunal fédéral a confirmé une fermeture pour une durée de six mois d'un salon où de nombreuses prostituées ressortissantes de divers pays de l'Est et d'Afrique travaillaient sans autorisation de séjour ou de travail, certaines sous la contrainte; cf. aussi arrêt 2C_905/2008 du 10 février 2009 consid. 7 dans lequel le Tribunal fédéral a confirmé la fermeture pour une durée de deux mois d'un salon où plusieurs personnes séjournant clandestinement en Suisse s'étaient adonnées à la prostitution). Dans ces cas, de graves troubles à l'ordre public avaient également été constatés.

Le présent cas se distingue nettement des cas précités. En effet, s'il est vrai que le recourant 1 a déjà violé à plusieurs reprises son obligation d'annonce découlant de l'art. 9 al. 1 bis de l'ordonnance du Conseil fédéral du 22 mai 2002 sur l'introduction progressive de la libre circulation des personnes entre, d'une part, la Confédération suisse et, d'autre part, l'Union européenne et ses États membres, ainsi qu'entre les États membres de l'Association européenne de libre-échange (OLCP; RS 142.203), force est de constater que toutes les amendes prononcées à son encontre par le passé l'ont été uniquement parce que des ressortissantes européennes travaillant dans le salon n'avaient pas été en mesure de présenter leur autorisation de séjour au moment du contrôle. C'est également ce qui est reproché au recourant 1 dans le présent cas, s'agissant de B._____, ressortissante espagnole. Ainsi, contrairement aux cas susmentionnés dans lesquels les prostituées, ressortissantes d'États tiers, n'avaient pas le droit de séjourner ou de travailler en Suisse, les personnes qui ont fait l'objet de contrôles dans le salon de massages des recourants étaient des citoyennes européennes qui disposent en principe du droit de travailler en Suisse en vertu de l'Accord du 21 juin 1999, entré en vigueur le 1er juin 2002, entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses États membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes (ci-après: ALCP; RS 0.142.112.681).

Il est vrai que l'ALCP permet à une partie contractante d'imposer aux ressortissants de l'autre partie contractante une obligation d'annonce sur le territoire (cf. art. 2 al. 4 Annexe I ALCP). En Suisse, ceci est notamment le cas pour tous les séjours d'une durée supérieure à trois mois (cf. art. 9 OLCP), pour les travailleurs détachés (cf. art. 6 de la loi fédérale sur les mesures d'accompagnement applicables aux travailleurs détachés et aux contrôles des salaires minimaux prévus par les contrats types de travail [LDét; RS 823.20]) ainsi que pour les prestataires de services et les travailleurs salariés exerçant une activité économique pour moins de trois mois (art. 9 al. 1 bis OLCP; cf. EPINEY/BLASER, Code annoté du droit des migrations, vol. III no 7 ad art. 3). Contrairement aux ressortissants d'Etats tiers qui ont besoin d'une autorisation relevant du droit des étrangers, pour les catégories de personnes susmentionnées, une simple annonce (en général en ligne) de leur activité par leur employeur - ou par la personne elle-même, si celle-ci est indépendante - suffit (voir Directives et commentaires du Secrétariat aux migrations [SEM] concernant l'introduction

progressive de la libre circulation des personnes, janvier 2015, ch. 3, p. 32 ss.). Cela dit, si l'ALCP n'exclut en effet pas des règles de procédure nationales relatives au contrôle des étrangers telles que la procédure d'annonce (cf. art. 2 al. 4 Annexe I ALCP ; ATF 136 II 329 consid. 2 p. 331 ss.), il n'en demeure pas moins que l'autorisation CE/AELE n'a qu'une portée purement déclaratoire, c'est-à-dire qu'elle ne fait qu'attester du droit au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative d'un bénéficiaire de l'ALCP dans l'État d'accueil mais ne change rien au droit dont celui-ci dispose (cf. art. 2 al. 1 Annexe I ALCP ; ATF 136 II 405 consid. 4.4 p. 410 s.; ATF 136 II 329 consid. 2 et 3; cf. arrêt 2C_1008/2011 du 17 mars 2012 consid. 3.1; voir aussi arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE, devenue entre-temps la Cour de justice de l'Union européenne [CJUE]) du 25 juillet 2002

Mouvement contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie [MRAX] , point 74). Un séjour ou une activité lucrative exercé sans autorisation ne peut ainsi être illicite de ce seul fait (cf. EPINEY/BLASER, Code annoté du droit des migrations, vol. III no 7 ad art. 3 et arrêt de la CJCE du 25 juillet 2002,

MRAX , points 78 s.). Dans le présent cas, B._____ a d'ailleurs été mise au bénéfice d'une autorisation CE/AELE de manière rétroactive au 1er mars 2013, date du début de la reprise de son activité lucrative dans le salon.

E. 4.4

Il découle de ce qui précède que la contravention à l'obligation d'annonce concernant un bénéficiaire de l'ALCP peut être sanctionnée, mais uniquement par des sanctions non discriminatoires et proportionnées, telle qu'une amende (cf. ATF 136 II 329 consid. 2.3 p. 333; arrêt de la CJCE du 25 juillet 2002

MRAX , points 72 et 77 ss.). A titre d'exemple, une décision de refus de séjour en raison du non-accomplissement de formalités légales relatives au contrôle des étrangers serait manifestement disproportionnée car elle porterait atteinte à la substance même du droit de séjour directement conféré par le droit communautaire (cf. arrêt de la CJCE du 25 juillet 2002

MRAX , point 75). Ainsi, pour que des sanctions de nature administrative puissent être admissibles au regard de l'ALCP, il faut non seulement qu'elles soient proportionnées à la gravité de l'infraction, mais aussi et surtout que des sanctions comparables soient prévues à l'encontre des Suisses et des titulaires de permis d'établissement dans des cas similaires (cf. DFJP, Office fédéral de la justice, L'admissibilité de mesures d'intégration à l'égard des citoyens de l'Union européenne, Avis de droit du 6 juillet 2009, JAAC 1/2010 n° 2010.3 p. 16-38, 37).

E. 4.5

En droit fédéral, les sanctions en cas de violations constatées en matière d'annonce d'une prestation de services effectuée par un indépendant et en cas de prise d'emploi telle que prévue par l' art. 9 al. 1bis OLCP - disposition sur laquelle se fonde l'autorité précédente pour justifier la fermeture temporaire du salon de massages (cf. arrêt attaqué, p. 12 consid. 13 d.) -, sont énoncées à l' art. 32a OLCP (cf. Secrétariat d'Etat aux migrations, Directives et commentaires concernant l'introduction progressive de la libre circulation des personnes [Directives OLCP], avril 2015, ch. 3.4). Aux termes de cette disposition, quiconque contrevient aux obligations d'annonce prévues à l' art. 9 al. 1bis OLCP est punissable d'une

amende de 5'000 fr. au maximum.

Il en va de même en cas de violation de l' art. 6 al. 1 LDét , auquel renvoie l' art. 9 al. 1bis OLCP . L' art. 6 al. 1 LDét impose à l'employeur d'annoncer à l'autorité compétente, avant le début de la mission, les indications nécessaires à l'exécution du contrôle. Cette procédure d'annonce est obligatoire pour tous les travaux relevant de l'industrie du sexe (art. 6 al. 2 let . k Odét.; cf. arrêt 6B_392/2012 du 13 mai 2013 consid. 1). La sanction en cas de contravention à cette obligation d'annonce est prévue à l' art. 9 al. 2 let. a LDét ., qui - à l'instar de l' art. 32a OLCP - stipule qu'en cas d'infraction à l' art. 6 LDét ., l'autorité cantonale visée à l' art. 7 al. 1 let . d peut prononcer une sanction administrative prévoyant le paiement d'un montant de 5000 francs au plus. Aucun autre type de sanction n'est prévu par le droit fédéral en cas de contravention à l'obligation d'annonce de personnes bénéficiant de l'ALCP.

E. 4.6

En l'espèce, il convient de souligner que la seule infraction qui, selon les autorités cantonales, justifierait la fermeture de l'établissement dans le présent cas est la contravention par le recourant 1 à l'obligation d'annonce prévue à l' art. 9 al. 1bis OLCP (cf. arrêt attaqué, p. 12). Il ne ressort en effet pas du dossier cantonal que le recourant 1 n'aurait pas annoncé B._____ préalablement auprès de la brigade des moeurs conformément à l'art. 4 al. 1 LProst/GE en relation avec l'art. 12 let. b LProst/GE (cf. à ce sujet: arrêt 2C_926/2013 du 21 janvier 2014). Il sied d'ailleurs de relever que l'intéressée avait déjà travaillé dans le salon des recourants en février 2013 et avait alors été dûment annoncée par le recourant 1 à l'Office cantonal de la population du canton de Genève.

E. 4.7

Compte tenu de l'ensemble des circonstances et en particulier du fait que le présent cas concerne uniquement une contravention à l'obligation d'annonce de l'activité lucrative exercée par une citoyenne de l'Union européenne bénéficiaire de l'ALCP, le prononcé de la fermeture temporaire du salon, en plus d'une amende, apparaît comme disproportionnée par rapport à la nature de l'infraction commise.

E. 5

S'agissant du montant de l'amende - que les recourants ne contestent d'ailleurs pas expressément devant le Tribunal de céans - comme le relève à juste titre la Cour de justice, le recourant 1 a contrevenu de manière répétée à son obligation d'annonce prévue à l' art. 9 al. 1bis OLCP , s'étant déjà vu notifier trois avertissements accompagnés de trois amendes. Le troisième avertissement a d'ailleurs été prononcé quelques mois seulement avant les faits qui font l'objet de la présente procédure. Dans ces circonstances, la fixation d'une amende à 3'000 fr. ne viole pas le principe de la proportionnalité.

E. 6

Compte tenu de ce qui précède, le recours doit être partiellement admis dans la mesure où il est recevable et l'arrêt attaqué annulé en tant qu'il concerne la fermeture temporaire du salon de massages pour une durée d'un mois. Il doit être confirmé pour le surplus.

Le Tribunal fédéral renonce à faire usage de la faculté prévue aux art. 67 et 68 al. 5 LTF , de sorte que la cause doit être également renvoyée à la Cour de justice pour qu'elle fixe à nouveau les frais et dépens de la procédure qui s'est déroulée devant lui.

Les recourants n'obtenant que partiellement gain de cause, il y a lieu de mettre des frais de justice à leur charge dans la même proportion et solidairement entre eux (art. 66 al. 1 et 4 LTF). Il n'y a en revanche pas lieu de percevoir de frais de justice auprès du canton de Genève (art. 66 al. 4 LTF). Le canton de Genève versera des dépens réduits aux recourants, qui sont créanciers solidaires (cf. art. 68 al. 1, 2 et 4 LTF en lien avec l' art. 66 al. 5 LTF).

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