

# BGer 2C 990/2012 vom 7. Mai 2013

Bundesgericht, 2013-05-07, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_2C\\_990\\_2012](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2C_990_2012)

FR: TF 2C 990/2012 du 7 mai 2013

IT: TF 2C 990/2012 del 7 maggio 2013

## Regeste

Commerces et établissements publics | Droit fondamental

## Erwägungen

### E. 1

Les recours déposés dans les causes 2C\_990/2012 et 2C\_991/2012 sont dirigés contre deux arrêts rendus par le Tribunal cantonal en date du 29 août 2012, qui concernent des situations de fait similaires et reposent sur des argumentations quasi identiques. En outre, les griefs formulés par les recourantes, qui exercent la prostitution dans le même immeuble et sont défendues par le même avocat, se recoupent entièrement. Il se justifie dès lors de joindre ces causes par économie de procédure et de statuer sur les deux recours parallèles dans un seul arrêt (cf. art. 71 LTF et 24 PCF [RS 273]).

### E. 2

Les deux arrêts attaqués sont des décisions finales ( art. 90 LTF ), rendues, en matière de droit public, en dernière instance cantonale par un tribunal supérieur ( art. 86 al. 1 let . d et al. 2 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, ce qui entraîne l'irrecevabilité des recours constitutionnels subsidiaires également formés par les recourantes ( art. 113 LTF a contrario). Les mémoires de recours ont été déposés en temps utile ( art. 100 al. 1 LTF ) et dans les formes prescrites ( art. 42 LTF ) par les destinataires des deux actes attaqués, qui ont un intérêt digne de protection à leur annulation ou à leur modification, de sorte qu'il faut leur reconnaître la qualité pour recourir ( art. 89 al. 1 LTF ). Il convient donc d'entrer en matière.

### E. 3.1

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 e 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; arrêt 2C\_1022/2012 du 25 mars 2013 consid. 3).

### E. 3.2

Le Tribunal fédéral fonde son raisonnement juridique sur les faits constatés par l'autorité précédente ( art. 105 al. 1 LTF ), à moins que ces faits n'aient été établis de façon manifestement inexacte - notion qui correspond à celle d'arbitraire ( ATF 138 I 49 consid.

7.1 p. 51) - 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\_835/2012 du 1er avril 2013 consid. 3).

#### **E. 4**

Le présent litige porte sur la question de savoir si c'est à bon droit que le Tribunal cantonal a confirmé le refus par la Direction cantonale, compte tenu de l'absence de consentement préalable du propriétaire des locaux, d'accorder aux recourantes l'autorisation de mettre les deux appartements qu'elles louent et utilisent à A. \_\_\_\_\_ également à la disposition de tiers à des fins de prostitution. Dans le canton de Fribourg, l'activité de prostitution est réglementée par la loi du 17 mars 2010 sur l'exercice de la prostitution (LProst/FR; RS/FR 940.2) et par son ordonnance d'application du 23 novembre 2010 (OProst/FR; RS/FR 940.21). Selon l'art. 1 al. 1 LProst/FR, cette loi a pour but de renforcer les moyens de lutte contre la prostitution forcée et contre toute autre forme d'exploitation dans le milieu de la prostitution (let. a); d'assurer la mise en ?uvre des mesures de prévention et d'encadrement sanitaire et social dans ce milieu (let. b); de préciser les restrictions auxquelles est subordonné l'exercice de la prostitution de rue, en vue du maintien de l'ordre public (let. c). Toute personne exerçant la prostitution dans le canton est tenue d'en informer préalablement la police cantonale (art. 3 al. 2 LProst/FR). Cela étant, la mise à disposition de tiers de locaux affectés à l'exercice de la prostitution - locaux que l'art. 3 al. 1 OProst/FR qualifie de "salons de prostitution" - est soumise à autorisation (art. 6 al. 1 let. a LProst/FR), excepté lorsque le bailleur ne loue pas plus d'un local affecté à l'exercice de la prostitution et que cette activité est exercée exclusivement par le titulaire du bail (cf. art. 6 al. 2 LProst/FR). L'art. 9 al. 3 LProst/FR ajoute que si le titulaire de l'autorisation n'est pas propriétaire de l'immeuble dans lequel sont situés les locaux concernés, il doit avoir le consentement préalable du propriétaire (cf. aussi art. 3 al. 1 let. f OProst/FR). L'art. 26 al. 3 LProst/FR punit d'une amende pénale de 50'000 fr. au plus, notamment, toute personne exerçant une activité soumise à autorisation qui n'est pas au bénéfice d'une telle autorisation.

#### **E. 5.1**

Le Tribunal cantonal a, en substance, retenu que l'exigence du consentement préalable du propriétaire pour la mise à disposition de tiers de locaux affectés à l'exercice de la prostitution se justifiait par le fait que "l'exploitation de ces mêmes locaux dans un contexte commercial plus large impliqu[ait] une présence accrue de clientèle et, conséquemment, des démarches techniques appropriées relevant de la sécurité incendie ou encore d'une procédure de changement d'affectation", ce qui rendait souhaitable la participation du propriétaire d'immeuble dans le processus légal d'autorisation en cause. En outre, la mise à disposition de locaux à des fins commerciales s'apparentait à la sous-location et nécessitait en tout état le consentement du bailleur conformément aux art. 253 ss CO . Par ailleurs, la situation des recourantes avait ceci de particulier qu'elle ne se limitait pas à l'exercice de la prostitution dans les locaux loués de façon individuelle, auquel cas l'exigence d'autorisation ne s'appliquerait pas selon l'art. 6 al. 2 LProst/FR. Les recourantes souhaitaient, en sus, permettre à d'autres personnes d'y exercer la prostitution, projet que le législateur cantonal pouvait, en conformité avec la liberté économique (en tant qu'applicable), soumettre à

autorisation.

## **E. 5.2**

Les recourantes soutiennent que l'obligation d'obtenir l'accord du propriétaire de l'immeuble, au sens de l'art. 6 al. 1 let. a cum art. 9 al. 3 LProst/FR, constitue une entrave disproportionnée à leur liberté économique. D'après elles, les autorités cantonales disposeraient d'ores et déjà de moyens légaux suffisants pour sanctionner les réaffectations commerciales de locaux d'habitation, sans que la LProst/FR ne doive entrer en ligne de compte. En outre, les propriétaires hostiles à une réaffectation cachée pourraient utilement se défendre sur le terrain du droit du bail. Enfin, l'obligation de consentement préalable du propriétaire, voire même un simple devoir d'annonce préalable, aurait pour effet, contraire au but recherché par la loi cantonale, de précariser la situation des prostitué(e)s sur le territoire fribourgeois. Comme les appartements occupés par les recourantes sont des studios et ne pourraient donc être mis à la disposition que d'un(e) collègue à la fois, les recourantes ne voient pas en quoi cela nuirait à la sécurité incendie ou requerrait un réaménagement des locaux.

## **E. 6.1**

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; cf. aussi ATF 138 III 67 consid. 2.3.3 p. 73). Elle comprend notamment le libre choix de la profession, le libre accès à une activité économique lucrative privée et son libre exercice ( art. 27 al. 2 Cst. ). La garantie de la liberté contractuelle, consacrée explicitement aux art. 1 et 19 CO , fait partie intégrante de l'aspect constitutif de la liberté économique ( ATF 137 I 167 consid. 5.2 p. 179; 131 I 333 consid. 4 p. 339; arrêt 2C\_116/2011 du 29 août 2011 consid. 7.1, SJ 2011 I 405). Les personnes exerçant la prostitution ou exploitant des établissements permettant son exercice peuvent se prévaloir de la liberté économique ( ATF 137 I 167 consid. 3.1 p. 172; arrêt 2C\_166/2012 du 10 mai 2012 consid. 5.2). Une restriction à cette liberté est toutefois admissible aux conditions de l' art. 36 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. 3.6 p. 175 s.).

## **E. 6.2**

Dans un arrêt de principe, concernant la loi genevoise du 17 décembre 2009 sur la prostitution (LProst/GE; RS/GE I 2 49), la Cour de céans a retenu que l'obligation faite au responsable d'un salon ou d'une agence d'escorte d'obtenir l'accord écrit préalable du propriétaire de l'immeuble en vue d'y exploiter son activité commerciale portait non seulement atteinte à la liberté économique des tenanciers ( ATF 137 I 167 consid. 4.1 p. 176 s.), mais s'avérait de plus disproportionnée en regard des intérêts poursuivis. D'une part en effet, les autorités cantonales disposaient d'une réglementation suffisante pour sanctionner les réaffectations commerciales de logements d'habitation, sans qu'il ne leur soit nécessaire

de déléguer une telle tâche de contrôle aux propriétaires des locaux concernés, lesquels pouvaient pour leur part résilier le contrat de bail d'un locataire qui userait de la chose en violation des stipulations du contrat, notamment pour la transformer en un salon de prostitution. D'autre part, l'exigence de l'accord préalable du propriétaire des locaux pouvait générer des effets inverses à ceux recherchés par la loi consistant à lutter contre l'exploitation des prostitué(e)s ( ATF 137 I 167 consid. 4.2 s. p. 177 s., approuvé sur ce point par DIEYLA SOW in RDAF 2012 I 395, en particulier p. 402 s.; cf. aussi ANDREAS LIENHARD in RBJ 2011 796 s.).

### **E. 6.3**

Les demandes d'autorisation litigieuses ne visent pas l'exercice de la prostitution par les recourantes elles-mêmes, mais la possibilité pour ces dernières de mettre à disposition leurs studios à des tiers afin que ceux-ci puissent aussi y accomplir cette activité. A ce titre, le Tribunal cantonal a laissé entendre que, contrairement à la prostitution que les recourantes exercent à titre individuel et que l'art. 6 al. 2 LProst/FR exempte du régime d'autorisation, l'activité consistant à mettre à disposition de tiers leurs locaux, qui s'apparente à de la sous-location en matière de contrat de bail, n'entrerait pas dans le champ de protection de l'art. 27 Cst. La position des précédents juges ne peut être suivie. En effet, l'activité de sous-location envisagée par les recourantes est étroitement liée à leur propre activité en tant que prostituées; comme l'ont constaté les précédents juges, la sous-location des studios à d'autres prostituées aspire à une meilleure rentabilité des locaux occupés à des fins de prostitution, en vue de "diminuer la charge que représente le loyer mensuel" et, corrélativement, d'augmenter les profits retirés par les recourantes de leur activité de prostitution. En outre, il résulte des travaux préparatoires relatifs à l'art. 6 al. 1 let. a LProst/FR que le législateur cantonal assimile lui-même l'activité de mise à disposition de tiers de locaux affectés à l'exercice de la prostitution à l'exploitation d'un salon de prostitution, "non seulement lorsque le contrat est passé entre la personne qui exerce la prostitution et un propriétaire ou un locataire principal qui n'exerce lui-même pas cette activité, mais également lorsque le contrat est passé avec un ou une 'collègue' qui pratique aussi la prostitution dans le local" (Message n° 158 du Conseil d'Etat fribourgeois du 29 septembre 2009 accompagnant le projet de loi sur l'exercice de la prostitution [ci-après: le Message], ad art. 6 LProst/FR, p. 6). Enfin, il est constant que l'exploitation d'un salon entre dans le champ d'application de la liberté économique ( ATF 137 I 167 consid. 3.1 p. 172; arrêt 2C\_166/2012 du 10 mai 2012 consid. 5.2). Il s'ensuit que l'activité consistant à mettre à disposition de tiers des locaux pour y exercer la prostitution est également protégée par l'art. 27 Cst.

### **E. 6.4**

Faire dépendre de l'accord préalable du propriétaire de l'immeuble la délivrance de l'autorisation pour mettre à la disposition de tiers des locaux à des fins de prostitution constitue donc une ingérence dans la liberté économique des recourantes (cf. ATF 137 I 167 consid. 4.1 p. 176 s.). Telle qu'elle est interprétée tant par le Tribunal cantonal que par le Message, la LProst/FR, qui est au demeurant une loi cantonale au sens formel, constitue, à ses art. 9 al. 3 cum 6 al. 1 et 2, une base légale suffisante en vue d'introduire une telle exigence du consentement préalable.

### **E. 6.5**

Encore faut-il que l'exigence de l'accord préalable du propriétaire prévue à l'art. 9 al. 3 LProst/FR repose sur un intérêt public et soit proportionnée au but poursuivi ( art. 36 al. 2 et 3 Cst. ).

#### **E. 6.5.1**

A cet égard, les précédents juges ont estimé que l'exigence de consentement du propriétaire d'immeuble s'inscrivait dans le train de mesures, prévu par la LProst/FR, visant à lutter contre toute forme d'exploitation dans le milieu de la prostitution. Cet argument ne convainc point. Pour s'assurer de ce que les personnes concernées offrent leurs services en toute liberté, les autorités cantonales peuvent certes soumettre certains aspects de l'exercice de la prostitution (notamment la mise à disposition de locaux à des tiers) à un régime d'autorisation préalable, dans le cadre duquel il leur sera (plus aisément) possible d'imposer des obligations et des charges aux exploitants de salons et/ou aux prostitué(e)s, ainsi que de procéder à des contrôles réguliers; la LProst/FR instaure du reste un tel mécanisme (cf. notamment art. 6 al.1, 8, 9 al. 1, 11, 12 LProst/FR). En revanche, on ne voit pas, et le Tribunal cantonal ne l'expose pas, en quoi, en sus de ce régime d'autorisation, le consentement préalable du propriétaire des locaux serait utile ou nécessaire aux fins de garantir l'efficacité d'un tel contrôle. Il résulte au contraire de la jurisprudence de la Cour de céans ( ATF 137 I 167 consid. 4.2 p. 177 s.), ainsi que des travaux préparatoires cantonaux (cf. Message, ad art. 6 al. 2 LProst/FR, p. 6), que l'obligation d'accord, en ce qu'elle rend plus difficile l'obtention de locaux par des prostitué(e)s - qu'elles fournissent leurs prestations seules ou dans le cadre d'un établissement -, est susceptible de précariser leur situation, en les renvoyant dans la rue ou vers des proxénètes ou bailleurs usuriers.

#### **E. 6.5.2**

En outre, il résulte des arrêts litigieux que l'obligation de rechercher l'accord préalable du propriétaire en vue de mettre à disposition de tiers des locaux à des fins de prostitution serait, en cas de sous-location, en tout état exigée par le droit du bail et partant légitime. Cet argument tombe à faux. Dans la mesure où le propriétaire-bailleur des locaux d'habitation occupés par les recourantes dispose d'ores et déjà de moyens efficaces, tirés du droit de bail, pour s'opposer à un usage non conforme de la chose louée (cf. art. 257f et 271 al. 1 CO ; ATF 137 I 167 consid. 4.2 p. 177 s.; 132 III 109 consid. 5 p. 113 s.; arrêt 4A\_429/2010 du 6 octobre 2010 consid. 2.2), y compris pour résilier, dans les limites de la bonne foi, le contrat de bail lorsque la chose aurait été sous-louée sans son consentement préalable (cf. art. 262 al. 1 CO ; ATF 138 III 59 consid. 2.2.2 p. 64), il apparaît inutile et donc disproportionné de vouloir, en sus, protéger le propriétaire au travers d'une norme de droit public cantonale soumettant l'exercice d'une activité commerciale à l'accord préalable de ce dernier. Par ailleurs, l'obligation ancrée à l'art. 9 al. 3 LProst/FR est problématique puisqu'elle peut entrer en conflit avec le droit privé du bail (cf. plus haut) et ainsi violer le principe de la primauté du droit fédéral ( art. 49 al. 1 Cst. ; cf. ATF 138 I 435 consid. 3 p. 446 ss); un tel grief d'ordre constitutionnel n'ayant pas été invoqué par les recourantes, il n'y a toutefois pas lieu d'examiner la question sous cet angle ( art. 106 al. 2 LTF ).

#### **E. 6.5.3**

Par ailleurs, l'exigence de l'accord préalable dans le domaine de la prostitution ne saurait être justifiée par l'analogie que le législateur fribourgeois a établie avec les dispositions en matière de patentes pour les établissements publics, qui requièrent un tel consentement du propriétaire d'immeuble (Message, ad art. 9 LProst/FR, p. 7; cf. art. 25 al. 3 de la loi

cantonale fribourgeoise du 24 septembre 1991 sur les établissements publics [LEPu/FR; RS/FR 952.1]). Laissant ouverte la question de savoir si une obligation similaire prévue par le droit genevois était elle-même conforme à la liberté économique, le Tribunal fédéral a en effet jugé vaine toute comparaison entre l'activité de prostitution et celle liée à l'exploitation d'un établissement public, en raison de la différence notable de nature entre celles-ci (cf. ATF 137 I 167 consid. 4.2 p. 178).

#### **E. 6.5.4**

Enfin, tant les précédents juges que la Direction cantonale ont considéré que l'exigence du consentement pour la mise à disposition de tiers de locaux affectés à l'exercice de la prostitution était indispensable en vue d'impliquer le propriétaire dans les démarches relevant de la sécurité incendie ou du changement d'affectation des locaux. En effet, l'exercice de cette activité commerciale plus intense que la prostitution exercée à titre purement individuel rendrait nécessaires de telles adaptations techniques ou légales. Cet argument doit aussi être écarté. Les autorités fribourgeoises compétentes disposent en effet d'un arsenal législatif suffisant s'agissant tant des réaffectations des locaux d'habitation (cf., entre autres textes, la loi cantonale du 2 décembre 2008 sur l'aménagement du territoire et les constructions [LATEC/FR; RS/FR 710.1] et son règlement d'exécution du 1er décembre 2009 [ReLATEC/FR; RS/FR 710.11]) que de la protection contre les incendies (cf. notamment la loi cantonale du 12 novembre 1964 sur la police du feu et la protection contre les éléments naturels [RS/FR 731.0.1] et son règlement d'exécution du 28 décembre 1965 [RS/FR 731.0.11]). Ayant leurs propres règles matérielles et procédurales, ces normes désignent les autorités et personnes (en impliquant très souvent le propriétaire d'immeuble) chargées du respect, de la mise en œuvre et du contrôle des critères posés, de manière à rendre superflue la condition supplémentaire du consentement du propriétaire d'immeuble. Au demeurant, l'art. 9 al. 1 LProst/FR renvoie explicitement aux exigences de sécurité, de salubrité et d'hygiène prévues par la législation spéciale en matière de police des constructions et de police du feu, dont l'observation forme partant une condition distincte à la délivrance de l'autorisation visée par l'art. 6 al. 1 LProst/FR (cf. aussi Message, ad art. 9, p. 7), sans que l'exigence du consentement du propriétaire ne s'avère nécessaire.

#### **E. 6.6**

Au vu de ce qui précède, imposer aux recourantes l'accord préalable du propriétaire pour mettre à disposition de tiers des locaux destinés à la prostitution, en application de l'art. 6 al. 1 let. a cum art. 9 al. 3 LProst/FR, constitue une atteinte à la liberté économique qui ne repose pas sur un intérêt public suffisant et est disproportionnée, compte tenu de l'arsenal législatif existant. Partant, les arrêts attaqués, qui se fondent sur ce seul motif, doivent être annulés.

#### **E. 6.7**

Cela n'implique pas automatiquement la délivrance des autorisations sollicitées par les recourantes. A part l'exigence du consentement précitée et des conditions personnelles (art. 8 LProst/FR), que la Direction cantonale a considérées comme étant remplies par les recourantes dans ses deux décisions du 13 mars 2012 ( art. 105 al. 2 LTF ), la LProst/FR énonce en effet une série d'autres conditions auxquelles est soumise l'autorisation. En fait partie la conformité des locaux concernés aux dispositions en matière de sécurité, de salubrité et d'hygiène, au sens de l'art. 9 al. 1 LProst/FR. Or, si la Direction cantonale et le Tribunal cantonal ont, en vain, évoqué ces obligations dans le but de justifier l'exigence du

consentement préalable, ils n'en ont pas contrôlé le respect effectif en raison du constat de l'absence de la condition cumulative (inopérante) précitée. Il convient donc de renvoyer la cause à la Direction cantonale pour que cette dernière vérifie si les autres conditions que la LProst/FR pose, y compris par renvoi à la législation relative à la police du feu, à la délivrance des autorisations requises sont réunies et, le cas échéant, pour qu'elle délivre celles-ci.

#### **E. 7**

Les considérants qui précèdent conduisent à l'admission des recours en matière de droit public, ainsi qu'à l'annulation des deux arrêts que le Tribunal cantonal a rendus en date du 29 août 2012. Les causes seront renvoyées à la Direction cantonale pour nouvelle décision dans le sens des considérants (art. 107 al. 2 in fine LTF). Les recours constitutionnels subsidiaires déposés parallèlement doivent être déclarés irrecevables. L'Etat de Fribourg versera des dépens respectivement à chacune des recourantes ( art. 68 al. 1 et 2 LTF ). Il ne sera pas perçu de frais judiciaires ( art. 65 et 66 al. 4 LTF ).

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