

GE_GERICHTE ATA/205/2014 vom 1. April 2014

GE Cour de justice, 2014-04-01, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATA_205_2014

FR: GE_GERICHTE ATA/205/2014 du 1 avril 2014

IT: GE_GERICHTE ATA/205/2014 del 1 aprile 2014

Regeste

Résumé: Sanction prononcée à l'encontre d'un salon érotique qui propose des actes sexuels non protégés. La règle générale d'obligation de protection de la santé publique par le responsable d'un salon érotique est suffisamment précise pour s'appliquer à la protection des infections sexuellement transmissibles. La directive cantonale ne fait que préciser le contenu de la loi. Pas de violation de l'égalité de traitement, tous les salons doivent prendre les mesures de protection de la santé en interdisant les actes sexuels non protégés. Rejet du recours, sanction confirmée.

Erwägungen

E. 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 ;

- 5/9 - A/86/2013 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'avaler (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

- 6/9 - A/86/2013 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 1er 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.

- 7/9 - A/86/2013

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).

- 8/9 - A/86/2013 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).

* * * * *

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