

## **GE\_GERICHTE ATA/240/2017 vom 28. Februar 2017**

GE Cour de justice, 2017-02-28, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATA\\_240\\_2017](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATA_240_2017)

FR: GE\_GERICHTE ATA/240/2017 du 28 février 2017

IT: GE\_GERICHTE ATA/240/2017 del 28 febbraio 2017

### **Regeste**

Résumé: Recours de la responsable d'un salon de massages contre une décision du département de la sécurité et de l'économie lui ordonnant la fermeture définitive de son salon et lui infligeant une amende de CHF 1'000.-. Compte tenu des buts d'intérêts privés et publics poursuivis par la loi sur la prostitution, la pesée des intérêts conduit à admettre la possibilité de contrôler les situations dénoncées anonymement par des citoyens. Les policiers étaient ainsi en droit de procéder à un contrôle du salon de massages et de l'identité des personnes s'y trouvant. Toutefois, s'étant fait passer pour des clients pour pouvoir y entrer, ils ont violé le principe de la bonne foi et la protection de la sphère privée et familiale de la recourante. Il en découle que toutes les preuves acquises suite au contrôle ont été obtenues illégalement, de sorte qu'elles ne sont pas exploitables. Recours admis.

### **Erwägungen**

#### **E. 26**

septembre 2010 - LOJ - E 2 05).

Le recours adressé à une autorité incompétente est transmis d'office à la juridiction administrative compétente et le recourant en est averti. L'acte est réputé déposé à la date à laquelle il a été adressé à la première autorité (art. 64 al. 2 LPA).

b. Le délai de recours est de trente jours s'il s'agit d'une décision finale (art. 62 al. 1er let. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).

c. En l'espèce et s'agissant du recours du 18 février 2016 contre la décision du département du 27 janvier 2016, l'acte a été interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, de sorte qu'il est recevable.

Quant au recours du 7 mars 2016 contre la décision de l'intimé du 3 mars 2016, il a été interjeté en temps utile et transmis à la chambre de céans en application de l'art. 64 al. 2 LPA. Il est également recevable.

- 12/19 - A/562/2016 2)

L'objet du litige est principalement défini par l'objet du recours (ou objet de la contestation), les conclusions du recourant et, accessoirement, par les griefs ou motifs qu'il invoque. L'objet du litige correspond objectivement à l'objet de la décision attaquée, qui délimite son cadre matériel admissible (ATF 136 V 362 consid. 3.4 et 4.2 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C\_581/2010 du 28 mars 2011 consid. 1.5 ; ATA/1019/2016 du 6 décembre 2016 consid. 15a).

En l'espèce, par décision du 27 mai 2016 le département a annulé sa décision du 3 mars 2016 et a annulé partiellement celle du 27 janvier 2016, en ce sens qu'il renonçait à

ordonner la fermeture définitive du salon de massages mais en maintenant l'amende administrative de CHF 1'000.-.

Il en découle que le recours de la recourante du 7 mars 2016 contre la décision du 3 mars 2016 est devenu sans objet et que l'objet du litige consiste uniquement à déterminer si l'amende de CHF 1'000.- infligée dans la décision du

#### **E. 27**

janvier 2016 est conforme au droit. 3)

Dans son mémoire de recours du 18 février 2016, la recourante propose l'audition des parties afin de prouver certains faits.

Tel qu'il est garanti par l'art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101), le droit d'être entendu comprend notamment le droit pour l'intéressé d'offrir des preuves pertinentes, de prendre connaissance du dossier, d'obtenir qu'il soit donné suite à ses offres de preuves pertinentes (arrêts du Tribunal fédéral 2C\_545/2014 du 9 janvier 2015 consid. 3.1 ; 2D\_5/2012 du 19 avril 2012 consid. 2.3), 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 138 I 154 consid. 2.3.3 p. 157 ; 138 V 125 consid. 2.1 p. 127 ; 137 II 266 consid. 3.2 p. 270). Le droit de faire administrer des preuves n'empêche cependant pas le juge de renoncer à l'administration de certaines preuves offertes et de procéder à une appréciation anticipée de ces dernières, en particulier s'il acquiert la certitude que celles-ci ne l'amèneront pas à modifier son opinion ou si le fait à établir résulte déjà des constatations ressortant du dossier (ATF 136 I 229 consid. 5.2 p. 236 ; 134 I 140 consid. 5.3 ; 131 I 153 consid. 3 p. 158 ; ATA/73/2017 du

#### **E. 31**

janvier 2017 consid. 4a).

En l'espèce, la chambre administrative dispose d'un dossier complet lui permettant de se prononcer sur les griefs soulevés par la recourante en toute connaissance de cause. De plus, les éléments à propos desquels les auditions sont requises portent soit sur des faits non contestés, soit sur des faits non pertinents pour l'issue du litige.

Il ne sera dès lors pas donné suite à sa requête d'instruction.

- 13/19 - A/562/2016 4)

La recourante soutient que les faits retenus dans la décision attaquée ont été établis de manière inexacte.

a. La procédure administrative est régie par la maxime inquisitoire, selon laquelle le juge établit les faits d'office (art. 19 LPA). Ce principe n'est pas absolu, sa portée étant restreinte par le devoir des parties de collaborer à la constatation des faits (art. 22 LPA). Celui-ci comprend en particulier l'obligation des parties d'apporter, dans la mesure où cela peut être raisonnablement exigé d'elles, les preuves commandées par la nature du litige et des faits invoqués, faute de quoi elles risquent de devoir supporter les conséquences de l'absence de preuves (arrêts du Tribunal fédéral 8C\_1034/2009 du 28 juillet 2010 consid. 4.2 ; 9C\_926/2009 du 27 avril 2010 consid. 3.3.2 ; ATA/991/2016 du 22 novembre 2016 consid. 3a et les arrêts cités)

b. En procédure administrative, tant fédérale que cantonale, la constatation des faits est gouvernée par le principe de la libre appréciation des preuves (art. 20 al. 1, 2ème phr., LPA ; ATF 139 II 185 consid. 9.2 ; 130 II 482 consid. 3.2 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C\_668/2011 du 12 avril 2011 consid. 3.3 ; ATA/991/2016 précité consid. 3b). Le juge forme ainsi librement sa conviction en analysant la force probante des preuves administrées et ce n'est ni le genre, ni le nombre des preuves qui est déterminant, mais leur force de persuasion (ATA/991/2016 précité consid. 3b et les arrêts cités).

c. De jurisprudence constante, la chambre de céans accorde généralement une pleine valeur probante aux constatations figurant dans un rapport de police, établi par des agents assermentés (ATA/991/2016 consid. 3c et les arrêts cités), sauf si des éléments permettent de s'en écarter.

d. En l'espèce, la décision attaquée retient que c'est Mme D \_\_\_\_\_, née le \_\_\_\_\_ 1969, de nationalité française, qui se trouvait sur place dans l'intention de se prostituer alors qu'elle n'était pas recensée auprès de la BTPI et qu'elle ne disposait pas d'autorisation de travail.

Or et selon le rapport de renseignements de la BTPI du 3 décembre 2015, c'est sa sœur Mme C \_\_\_\_\_, née le \_\_\_\_\_ 1973, de nationalité française, qui se trouvait dans l'appartement dans l'intention de se prostituer alors qu'elle n'était pas recensée auprès de la BTPI et qu'elle ne disposait pas d'autorisation de travail.

Force est donc de constater que le département a commis une erreur de personne dans sa décision du 27 janvier 2016.

Toutefois et dans le cadre de l'établissement des faits, seule est pertinente la question de savoir si une personne se trouvait sur place dans l'intention de se prostituer tout en n'étant pas recensée auprès de la BTPI et en ne disposant pas d'autorisation de travail ; ce qui est le cas en l'occurrence, comme cela ressort du

- 14/19 - A/562/2016 dossier et notamment du rapport de renseignement de la BTPI du 3 décembre 2015 et de l'audition du même jour de Mme C \_\_\_\_\_ par la BTPI. L'erreur de personne contenue dans la décision attaquée n'a dès lors aucune influence sur l'infraction retenue à l'encontre de la recourante et sur l'examen de la légalité de la décision attaquée.

Le grief de constatation inexacte des faits sera dès lors écarté. 5)

La recourante estime que le département a violé l'art. 10A LPA en rendant une décision fondée sur une procédure ouverte suite à une dénonciation anonyme.

a. Selon l'art. 10A LPA, toute personne peut porter à la connaissance des autorités des faits susceptibles d'entraîner l'ouverture d'une procédure administrative. Toutefois, l'autorité ne donne aucune suite aux dénonciations anonymes.

b. Conformément à l'art. 1 LProst, cette loi a pour buts de garantir, dans le milieu de la prostitution, que les conditions d'exercice de cette activité sont conformes à la législation, soit notamment qu'il n'est pas porté atteinte à la liberté d'action des personnes qui se prostituent, que celles-ci ne sont pas victimes de la traite d'êtres humains, de menaces, de violences, de pressions ou d'usure ou que l'on ne profite pas de leur détresse ou de leur dépendance pour les déterminer à se livrer à un acte sexuel ou d'ordre sexuel (let. a), d'assurer la mise en œuvre des mesures de prévention et promotion de la santé et de favoriser la réorientation professionnelle des personnes qui se prostituent, désireuses de changer d'activité (let. b) et de régler les lieux, heures et modalités de l'exercice de la

prostitution, ainsi que de lutter contre les manifestations secondaires fâcheuses de celle-ci (let. c).

c. En l'espèce, compte tenu des buts d'intérêts privés et publics de la LProst rappelés ci-dessus, la pesée des intérêts préconisée par la jurisprudence (ATF 129 I 249 ; ATA/235/2014 du 8 avril 2014 consid. 13a) doit pencher en faveur de la possibilité de contrôler les situations mises en avant par des citoyens, fût-ce sous le couvert de l'anonymat, et il ne peut être reproché au département de veiller au respect de la loi.

Le grief est mal fondé. 6)

La recourante considère que toutes les preuves récoltées par la BTPI et toutes les preuves qui en découlent sont inexploitable, car elles ont été obtenues illégalement.

a. Aux termes de l'art. 29 al. 1 Cst., toute personne a droit, dans une procédure judiciaire ou administrative, à ce que sa cause soit traitée équitablement et jugée dans un délai raisonnable.

- 15/19 - A/562/2016

b. Toute personne a le droit d'être traitée par les organes de l'État sans arbitraire et conformément aux règles de la bonne foi (art. 9 Cst.).

Selon l'art. 3 CPP relatif au respect de la dignité et procès équitable, les autorités pénales respectent la dignité des personnes impliquées dans la procédure, à tous les stades de celle-ci (al. 1). Elles se conforment notamment au principe de la bonne foi (al. 2 let. a), lequel est concrétisé notamment par l'art. 140 CPP.

Selon la doctrine, le principe de la bonne foi suppose, au nom du respect de la confiance, que les rapports juridiques s'articulent sur une base de loyauté. Il s'agit d'un principe de rang constitutionnel qui commande l'ensemble des activités de l'État et domine l'ensemble des règles de procédure (art. 5 al. 3 et 9 Cst.). Le respect de la confiance légitime comprend l'interdiction des comportements contradictoires et celle de l'abus de droit (Michel HOTTELIER, in Commentaire romand, Code de procédure pénale, 2011, n. 19 ad art. 3 CPP).

c. Les autorités compétentes peuvent en tout temps, dans le cadre de leurs attributions respectives et au besoin par la contrainte, procéder au contrôle des salons et de l'identité des personnes qui s'y trouvent (art. 13 al. 1 LProst).

Selon l'art. 2 du règlement d'exécution de la loi sur la prostitution du 14 avril 2010 (RProst - I 2 49.01), la police cantonale est compétente pour procéder au contrôle de la prostitution sur le domaine public et des salons et agences d'escorte (let. a). Elle est également compétente pour dénoncer au département toutes les infractions à la loi susceptibles de faire l'objet de mesures et sanctions administratives ainsi que d'amendes administratives (let. b).

d. Une visite domiciliaire par la police constitue une atteinte à la protection de la sphère privée et familiale de la personne (art. 13 Cst. ; Andreas AUER/Giorgio MALINVERNI/Michel HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, vol. 2, 3ème éd., 2013, p. 198 n. 408).

e. Une telle atteinte n'est conforme à la Cst. que si elle repose sur une base légale (art. 36 al. 1 Cst.). Elle doit en outre répondre à un intérêt public ou à la protection d'un droit fondamental d'autrui (art. 36 al. 2 Cst.) et respecter le principe de la proportionnalité (art.

36 al. 3 Cst.).

f. La LPA ne règle pas le sort des preuves obtenues illégalement. Pour la doctrine, la problématique doit être traitée en relation avec le principe du procès équitable inscrit à l'art. 29 al. 1 Cst. et 6 § 1 la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (CEDH - RS 0.101). Selon certains auteurs, les preuves obtenues par des moyens illégaux ne peuvent être utilisées que si elles auraient pu être recueillies d'une façon légale ou si un intérêt public important le justifie (Benoît BOVAY, Procédure administrative, 2ème éd., 2015, p. 239 ; Pierre MOOR/Etienne POLTIER, Droit - 16/19 - A/562/2016 administratif, vol. 2, 3ème éd., 2011, p. 297 ; ATA/576/2014 du 29 juillet 2014 consid. 6a). D'autres précisent que les moyens de preuve obtenus sans respecter des prescriptions d'ordre doivent faire l'objet d'une pesée d'intérêts pour être exploités : il s'agit de mettre en balance, d'une part, l'intérêt public à la manifestation de la vérité et, d'autre part, l'intérêt de la personne concernée à ce que le moyen de preuve ne soit pas exploité (Christoph AUER, Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, 2008, ad art. 12 PA). D'autres, enfin, plaident pour une application analogique des règles très détaillées contenues à l'art. 141 CPP, lesquelles seraient l'expression du procès équitable selon l'art. 29 al. 1 Cst. (voir les références doctrinales citées au consid. 3.1 de l'ATF 139 II 95). En procédure civile, le législateur n'a pas renvoyé au système prévu pour la procédure pénale, mais a opté pour une formulation laissant au juge un large pouvoir d'appréciation. À teneur de l'art. 152 al. 2 du code de procédure civile du 19 décembre 2008 (CPC - RS 272), le tribunal ne prend en considération les moyens de preuve obtenus de manière illicite que si l'intérêt à la manifestation de la vérité est prépondérant.

S'agissant du Tribunal fédéral, il déduit du droit à un procès équitable l'interdiction de principe d'utiliser des preuves acquises illicitement (ATF 139 II 7 résumé in SJ 2013 I 179 ; ATF 136 V 117 consid. 4.2.2). L'exclusion de tels moyens n'est toutefois pas absolue, le juge devant opérer une pesée des intérêts en présence (ATF 131 I 272 consid. 4). Ces règles sont également applicables aux procédures régies par la maxime inquisitoire, telle la présente procédure (art. 19 LPA, qui parle à tort de maxime d'office). L'utilisation de moyens de preuves acquis en violation de la sphère privée ne doit en outre être admise qu'avec une grande réserve (ATF 139 II 7, résumé in SJ 2013 I 179 ; ATF 120 V 435 consid. 3b ; ATA/576/2014 précité consid. 6b).

g. En l'espèce, les art. 13 al. 1 LProst et 2 al. 1 let. a RProst constituent une base légale suffisante permettant à la police de procéder au contrôle des salons et de l'identité des personnes qui s'y trouvent.

Toutefois, ces articles ne dispensent pas les policiers de respecter le principe de la bonne foi consacré aux art. 9 Cst. et 3 al. 2 let. a CPP.

Or et alors même qu'ils étaient en droit de procéder audit contrôle du salon de massages et de l'identité des personnes qui s'y trouvaient, les policiers se sont fait « passer pour des clients » pour pouvoir y entrer, selon le rapport de renseignement du 3 décembre 2015, qui a valeur probante. De plus, les policiers ne pouvaient pas être reconnus comme tels par leur interlocutrice, dans la mesure où ils ne portaient pas l'uniforme. Le rapport de renseignements est d'ailleurs muet sur le moment exact où ils se sont présentés comme étant des policiers souhaitant procéder à un contrôle.

- 17/19 - A/562/2016

Il en découle qu'en se faisant passer pour des clients pour pouvoir entrer dans l'appartement qui abritait un salon de massages, les policiers ont violé le principe de la bonne foi tel qu'exposé ci-dessus, lequel domine l'ensemble des règles de procédure. Ils ont par la même occasion violé la protection de la sphère privée et familiale de la recourante, détentrice de l'appartement en question et absente au moment des faits, ce qui exclut son éventuel consentement à ce que les policiers entrent chez elle.

Conformément à la jurisprudence fédérale précitée, l'utilisation de moyens de preuves acquis en violation de la sphère privée ne doit être admise qu'avec une grande réserve.

Or, force est de constater que les policiers auraient pu procéder au contrôle du salon de massages en se présentant comme tels, ce qu'ils n'ont pas fait.

Dès lors et au vu de la grande réserve qui entoure l'utilisation de moyens de preuves acquis en violation de la sphère privée, la chambre de céans considère que toutes les preuves acquises suite au contrôle dudit salon de massages ont été obtenues illégalement, de sorte qu'elles ne sont pas exploitables conformément à l'art. 141 CPP applicable par analogie.

Le grief est admis. 7)

Au vu de ce qui précède, le recours sera ainsi admis.

La décision du département du 27 janvier 2016 sera annulée sur le seul point qui faisait encore l'objet de la présente procédure, à savoir l'amende de CHF 1'000.-.

Malgré cette issue, aucun émolument ne sera mis à la charge du département (art. 87 al. 1, 2ème phrase, LPA). Une indemnité de procédure de CHF 1'500.- à la charge de l'État de Genève sera allouée à la recourante qui obtient gain de cause et qui y a conclu (art. 87 al. 2 LPA). \* \* \* \* \*

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