

GE_GERICHTE ATA/545/2013 vom 27. August 2013

GE Cour de justice, 2013-08-27, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATA_545_2013

FR: GE_GERICHTE ATA/545/2013 du 27 août 2013

IT: GE_GERICHTE ATA/545/2013 del 27 agosto 2013

Regeste

Résumé: Qualification, en droit des étrangers, de l'activité d'une prostituée dans un salon érotique. Le fait que les prostituées soient dépendantes de l'organisation mise en place par l'exploitant du salon, qui fixe notamment les modalités de paiement, les horaires, la publicité, les tarifs des activités etc., indique que les prostituées sont des travailleuses salariées au sens du droit des étrangers. Leur activité est ainsi soumise à l'obtention d'une autorisation de travail.

Erwägungen

E. 26

mars 1931(LSEE – RS 142.20, abrogée par l'entrée en vigueur de la loi fédérale sur les étrangers du 16 décembre 2005 - LEtr - RS 142.20) qui punissait celui qui avait occupé des étrangers dépourvus d'autorisation de séjour, que la notion d'employeur s'appliquait aux tenanciers de salons dans lesquels des prostituées exerçaient leur activité.

Il a ainsi retenu que le responsable de l'infrastructure, qui décide quelles étrangères pouvaient travailler dans son établissement, même s'il ne donne aucune directive aux prostituées concernant l'horaire de travail, le nombre de clients à satisfaire et le genre de prestations à fournir, a un intérêt pécuniaire intense au travail des prostituées dont les redevances sont calculées sur la base du chiffre d'affaires réalisé. Le Tribunal fédéral souligne que le pouvoir de donner des instructions, qui caractérise en principe le contrat de travail au sens du droit civil, ferait courir le risque au tenancier d'être poursuivi pour encouragement de la prostitution au sens de l'art. 195 al. 3 du Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP - RS 311.0). Ce pouvoir ne peut dès lors être une condition pour reconnaître un rapport d'occupation. Le tenancier ne pouvait être comparé à un bailleur qui louait des locaux à un travailleur ou à un concierge qui veillait à l'ordre et à la propreté. En sa qualité de directeur du salon, il décidait, entre autre, qui pouvait travailler dans le salon comme prostituée. Il existait dès lors une relation étroite entre cette fonction et l'activité lucrative des prostituées étrangères ; il engageait les intéressées qu'il choisissait dans l'unique but que ces dernières travaillent dans son salon. Ce rapport devait être qualifié de rapport d'emploi au sens de l'art. 23 al. 4 LSEE (ATF 128 IV 170 publié in JdT 2004 IV p. 89)

Dans un arrêt ultérieur, concernant l'exigence d'une autorisation de séjour pour des prostituées hongroises voulant travailler pour une courte durée dans un salon lucernois, le Tribunal fédéral a réitéré sa définition extensive de la notion de rapport d'emploi entre un tenancier de salon et les prostituées qui y exercent leur activité. Il a considéré que l'activité des prostituées était soumise à une demande d'autorisation et qu'elles ne pouvaient être considérées comme prestataires de services détachées d'une société hongroise, au sens de

l'art. 5 al. 1 ALCP (Arrêt du Tribunal fédéral 2C_334/2007 du 14 janvier 2008 consid. 3.1).

Dans un arrêt récent, le Tribunal fédéral a confirmé que la jurisprudence rendue sous l'ancien droit des étrangers (LSEE) continuait de s'appliquer et que la définition de l'employeur était extensive. Un tenancier de salon qui mettait une infrastructure à disposition des femmes dans le but d'exercer la prostitution et qui pouvait décider quelles femmes étaient admises dans son salon, se trouvait en position d'employeur dans le cadre de l'application de l'art. 177 al. 1 LEtr, punissant quiconque qui, intentionnellement, emploie un étranger qui n'est pas autorisé à exercer une activité lucrative en Suisse. Il a précisé que le fait que

- 13/17 - A/1274/2010 l'exploitant ne donne aucune directive aux femmes au sujet du temps de travail, du nombre de clients, du type de prestation, etc. n'était pas pertinent. Un tel pouvoir de donner des directives, dont l'exercice exposerait l'exploitant à des poursuites pour encouragement à la prostitution, n'était pas nécessaire pour fonder un rapport de collaboration, respectivement une position d'employeur au sens de la législation sur les étrangers (ATF 137 IV 159 publié in JdT 2012 IV p. 107).

Dans le domaine des assurances sociales, la qualification d'une activité comme indépendante a également été examinée à plusieurs reprises par le Tribunal fédéral. Ainsi, en matière d'assurance vieillesse et survivants, sont déterminantes non pas la nature juridique du rapport contractuel entre les partenaires mais les circonstances économiques. Est réputé salarié, d'une manière générale, celui qui dépend d'un employeur quant à l'organisation du travail et du point de vue de l'économie de l'entreprise, et ne supporte pas le risque économique couru par l'entrepreneur. A l'opposé, les indices caractéristiques d'une activité indépendante résident dans la mise en œuvre d'investissements d'une certaine importance, l'usage de ses propres locaux de travail et l'engagement de son personnel. Le risque particulier de l'entrepreneur découle du fait que, quel que soit le résultat de son activité, il devait supporter les coûts de son entreprise, en particulier les frais généraux (Arrêt du Tribunal fédéral H 61/02 du 22 mai 2003).

Dans le domaine de la taxe sur la valeur ajoutée (TVA), le Tribunal fédéral a examiné le statut d'indépendantes des « escort girls » d'une agence genevoise. Le fait que le gérant de l'agence choisissait les jeunes femmes travaillant comme escort girl, que les tarifs étaient fixés par l'agence ou même qu'il ne s'agissait que de prix indicatifs et que les modalités de paiement étaient fixées par l'agence, permettaient de retenir que les escort girls avaient un statut dépendant. De manière générale, c'était l'agence qui figurait sur les supports publicitaires et le site internet présentait les escort girls sous leurs pseudonymes. Il était souligné que la liberté laissée aux escort girls de ne pas donner suite à un rendez-vous et de leur laisser toute liberté dans l'exercice de leur activité s'expliquait par la volonté du gérant d'organiser l'agence de manière à ne pas tomber sous le coup des dispositions pénales réprimant l'encouragement de la prostitution (art. 195 CP). Le risque économique supporté par les escort girls était réduit par la publicité effectuée par l'agence, même si le fait qu'elles n'avaient pas de revenu garanti constituait certes un indice d'activité indépendante mais n'était pas décisif. Les circonstances indiquaient que la condition dépendante apparaissait comme prépondérante (Arrêt du Tribunal fédéral 2C_262/2012 du 23 juillet 2012 et les références citées). 4)

La décision querellée est fondée sur les directives de l'ODM et de l'OCIRT, qui prévoient que, dès le 1er mars 2010, les ressortissantes de l'UE/AELE se prostituant dans les salons

de massage genevois ne pourraient plus bénéficier de la

- 14/17 - A/1274/2010 procédure d'annonce pour prestataires de services indépendantes. Ils étaient considérés comme des travailleurs salariés et, s'ils étaient ressortissants des pays de l'UE-2, devaient déposer, dans le canton de Genève, une demande d'autorisation de travail auprès du service étrangers et confédérés de l'office cantonal de la population, qui transmettait la demande à l'OCIRT, service de la main-d'œuvre étrangère. L'obtention de l'autorisation étant nécessaire avant toute prise d'activité.

Ces directives, qui n'ont pas force de loi, concrétisent toutefois la jurisprudence citée ci-dessus. 5)

En l'espèce, le fait que le contrat qui lie la prostituée à l'exploitante du salon ne soit pas un contrat de travail au sens du droit civil, n'est pas déterminant, la notion de travailleur dépendant étant autonome. Il convient de qualifier les relations entre la prestataire et l'exploitante du salon, au regard des principes énoncés ci-dessus.

Le salon fait de la publicité pour les hôtesse. Les tarifs sont indiqués sur le site internet du salon, même si, aux dires de l'exploitante, les prostituées peuvent modifier ces tarifs, ce qui paraît toutefois peu crédible. Les clients peuvent prendre rendez-vous avec une hôtesse en particulier, en appelant le numéro de téléphone général du salon. Le salon est ouvert 24h/24h et les clients sont aussi reçus sans rendez-vous. L'exploitante choisit les prostituées qui peuvent exercer leur activité dans le salon puisqu'elle signe un contrat avec elles et qu'une page est mise à leur disposition sur le site internet du salon. Une partie du revenu des passes est rétrocédé au salon, en fonction de la durée d'occupation des chambres. L'exploitante fixe les modalités de paiement et l'organisation générale des activités.

Il apparaît dès lors que les prostituées sont dépendantes de l'organisation mise en place par l'exploitante du salon pour pouvoir y exercer leur activité. Le contrat signé ne prévoit pas d'obligation de se prostituer, ce qui constituerait une infraction à l'art. 195 CP. Aucun horaire minimal n'est prévu dans le contrat pour la présence des prostituées dans les locaux. Ce fait qui semble de prime abord qualifier l'activité plutôt comme indépendante, n'est toutefois pas si important en l'espèce puisque, si la prostituée veut obtenir un revenu, elle doit adhérer à l'organisation qui est proposée par le salon, même si elle reste indépendante dans le choix qui lui est laissé de se prostituer ou non ainsi que de déterminer, dans une certaine mesure, son taux d'activité et ses horaires. Ce qui est déterminant, c'est que lorsque la prostituée exerce son activité, elle se trouve dans une situation dépendante vis-à-vis de l'établissement qui l'emploie.

Il apparaît dès lors, au vu des caractéristiques de la relation entre l'exploitante du salon et les prostituées qui y travaillent, que ces dernières doivent être qualifiées de travailleuses salariées, au sens de l'art. 6 § 2 annexe I ALCP, et

- 15/17 - A/1274/2010 c'est à juste titre que l'OCIRT a décidé de soumettre l'activité de la recourante à une autorisation de travail. 6)

Infondé, le recours sera rejeté.

Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 1'000.- sera mis à la charge conjointe et solidaire des deux recourantes. Aucune indemnité de procédure ne leur sera allouée (art. 87 LPA). * * * * *

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