



JAAC 2/2014 du 22 octobre 2014

2014.4 (p. 121–135)

Réglementation du marché de la prostitution

DFJP, Office fédéral de la justice

Avis de droit du 11 janvier 2013

Mots clés: Prostitution. Limites de droit civil et de droit pénal. Examen de l'admissibilité d'un contrat de travail. Compétence de la Confédération de légiférer sur les activités économique privées.

Stichwörter: Prostitution. Zivilrechtliche und strafrechtliche Schranken. Prüfung der Zulässigkeit eines Arbeitsvertrags. Zuständigkeit des Bundes zur Regelung privater wirtschaftlicher Tätigkeiten.

Termini chiave: Prostituzione. Limiti del diritto civile e del diritto penale. Esame dell'ammissibilità di un contratto di lavoro. Competenza della Confederazione di disciplinare le attività economiche private.

Regeste:

A certaines conditions, l'exercice de la prostitution à titre dépendant est admis, tant au regard du droit pénal que du droit civil (sous réserve de l'art. 20 CO, cf 4.3.1). L'exercice de la prostitution dans le cadre d'un contrat de travail au sens des art. 319ss du Code des obligations (CO) n'est admissible que dans des limites très étroites (travail sur appel improprement dit).

La Confédération est compétente, sur la base de l'art. 95 al. 1 de la Constitution fédérale (Cst.), pour légiférer sur la prostitution en tant qu'activité économique privée. Ce faisant, elle peut, dans la mesure de ses compétences, uniformiser les règles d'exercice de la prostitution, par exemple en imposant une procédure d'autorisation ou d'annonce.

Regeste:

Unter bestimmten Voraussetzungen ist die Ausübung der Prostitution als unselbstständige Tätigkeit zulässig, sowohl aus strafrechtlicher als auch zivilrechtlicher Sicht (unter Vorbehalt von Art. 20 OR, Ziff.4.3.1). Die Tätigkeit der Prostitution im Rahmen eines Arbeitsvertrags im Sinne von Art. 319ff OR ist nur innerhalb eines engen Rahmens zulässig (unechte Arbeit auf Abruf genannt).

Gestützt auf Artikel 95 der Bundesverfassung (BV) hat der Bund die Kompetenz, Regelungen über die Prostitution als wirtschaftliche Tätigkeit zu erlassen. Im Rahmen dieser Kompetenz kann der Bund die Regelungen über die Ausübung der Prostitution harmonisieren, indem er beispielsweise ein Bewilligungs- oder Meldeverfahren vorschreibt.

Regesto:

A determinate condizioni, l'esercizio della prostituzione a titolo dipendente è ammesso sia sotto il profilo del diritto penale sia sotto quello del diritto civile (fatto salvo l'art. 20 CO n. 4.3.1). L'esercizio della prostituzione nell'ambito di un contratto di lavoro ai sensi degli articoli 319 segg. del Codice delle obbligazioni (CO) è ammissibile soltanto entro stretti limiti (lavoro su chiamata improprio).

In virtù dell'articolo 95 capoverso 1 della Costituzione federale (Cost.) la Confederazione può emanare prescrizioni sull'esercizio della prostituzione quale attività economica privata. Nell'ambito delle sue competenze può armonizzare le regole dell'esercizio della prostituzione, ad esempio prescrivendo una procedura di autorizzazione o di notifica.

Base légales:

Art. 95 Cst, art. 27 CC, art. 20 CO, art. 195 CP

Rechtliche Grundlagen:

Art. 95 BV, Art. 27 ZGB, Art. 20 OR, art. 195 StGB

Base giuridica:

Art. 95 Cost., art. 27 CC, art. 20 CO, art. 195 CP

1 Cadre du mandat

La Suisse doit actuellement faire face à une forte recrudescence du nombre de personnes qui se prostituent. On compte en particulier un grand nombre de personnes exerçant cette activité qui proviennent de Bulgarie et de Roumanie. En vertu de l'art. 10 § 2b ALCP, il est encore possible de prévoir certains contingents pour les travailleurs salariés de ces deux pays. Pour contourner cette règle, les personnes exerçant la prostitution en provenance de ces deux pays déclarent exercer de manière indépendante. Or, il est probable que ces personnes fassent partie d'un réseau et ne se prostituent pas de manière volontaire. C'est précisément pour lutter contre ce phénomène que des mesures doivent être envisagées.

2 Questions à résoudre

- a. L'exercice de la prostitution dans le cadre d'un rapport de travail dépendant est-il admissible (tant au regard du droit civil que du droit pénal) et, dans l'affirmative, à quelles conditions? En particulier, la prostitution peut-elle être exercée dans le cadre d'un contrat de travail au sens des art. 319ss CO? Un tel contrat, dont la prestation caractéristique de la part du travailleur consisterait à offrir des services sexuels à des tiers, est-il compatible avec l'art. 20 CO et avec l'art. 195 al. 3 CP, et si oui dans quelle mesure?
- b. La Confédération peut-elle imposer aux cantons de mettre en place une procédure permettant de vérifier que les personnes se livrant à la prostitution le font sur une base volontaire? Le cas échéant, la Confédération peut-elle uniformiser les conditions d'exercice de la prostitution en prescrivant aux cantons de mettre sur pied une procédure d'autorisation ou d'annonce? La Confédération peut-elle fixer des critères d'autorisation, en particulier prescrire aux cantons de n'admettre l'exercice de la prostitution qu'à titre indépendant ou selon certaines exigences d'organisation?

Pour répondre à ces questions, notre exposé sera structuré comme suit: Tout d'abord, nous reprendrons quelques considérations générales s'agissant de l'exercice de la prostitution (3). Nous examinerons ensuite à quelles conditions l'exercice de la prostitution à titre dépendant est admissible du point de vue du droit pénal et du droit civil (4). Enfin, nous traiterons de la compétence de la Confédération de légiférer en matière de prostitution (5) avant d'en venir aux conclusions (6).

3 Considérations générales s'agissant de l'exercice de la prostitution

- a. Le Tribunal fédéral définit la prostitution de la manière suivante: «*Dès lors qu'une personne accepte de façon répétée, moyennant de l'argent ou d'autres avantages matériels, d'accomplir ou de subir des actes impliquant les organes génitaux et tendant à une forme d'assouvissement sexuel, il faut admettre qu'il y a prostitution au sens de l'art. 195 CP*»¹.
- b. La prostitution est une activité économique légale en Suisse, protégée par la liberté économique². Seul l'exercice illicite de la prostitution est réprimé (art. 199 CP). Selon cette disposition, sera puni de l'amende celui qui aura enfreint les dispositions cantonales réglementant les lieux, heures et modes de l'exercice de la prostitution et celles destinées à lutter contre ses manifestations secondaires fâcheuses. La compétence d'édicter de telles prescriptions relève des cantons et des communes³, selon l'autonomie laissée à ces dernières par le droit cantonal.
- c. Plusieurs cantons ont déjà légiféré en matière de prostitution. On peut en particulier citer la réglementation adoptée par le canton de Genève et au sujet de laquelle le Tribunal fédéral a eu à se prononcer⁴. Nous y reviendrons dans le cadre du ch. 5.

¹ ATF 121 IV 89

² ATF 137 I 167s (172) et les références citées.

³ En tant que tel, ce n'est pas l'art. 199 CP qui autorise les cantons à édicter de telles prescriptions; ils sont compétents dans ce domaine indépendamment de l'art. 199 CP qui ne fait que prévoir la sanction attachée à la violation de cette réglementation (ATF 124 IV 67s).

⁴ ATF 137 I 167

- d. En janvier 2010, l'ODM a organisé, à l'initiative des services de la migration des cantons de Berne et de Thurgovie ainsi que de la ville de Berne, un échange d'expériences entre la Confédération et les cantons sur les problèmes du «milieu de la prostitution». Il s'agissait de passer en revue les mesures légales envisageables dans le cadre de la libre circulation des personnes et d'examiner les harmonisations possibles des différentes pratiques cantonales. Les travaux menés ont mis en évidence une nécessité d'agir et ont débouché sur l'élaboration d'un rapport (Rapport de l'ODM sur la problématique du milieu érotique, janvier 2012) ainsi que sur une circulaire, également de janvier 2012, à l'attention des autorités compétentes en matière de marché du travail et des étrangers des villes et cantons ayant participé à l'échange d'expériences. Le rapport définit les priorités en matière de mesures à prendre. Au nombre des priorités, on peut citer les règles cantonales. La circulaire comporte plusieurs recommandations et mentionne en particulier que *les problèmes liés au milieu érotique ne peuvent être combattus uniquement par des mesures relevant du droit des étrangers. Des mesures législatives supplémentaires, en dehors du droit des étrangers, sont à examiner comme des lois ou ordonnances, cantonales ou communales, en matière de prostitution, des réglementations spéciales en matière de police du commerce ou encore des dispositions particulières en matière d'aménagement du territoire (plans de zone). De telles mesures permettraient de lutter plus efficacement contre les effets indésirables de la prostitution illégale. Elles s'appliqueraient indépendamment de la nationalité, sans porter atteinte au principe de l'interdiction de la discrimination en raison de la nationalité, prévue par l'Accord sur la libre circulation des personnes (art. 2 ALCP).*

Lors de l'étude de mesures dans ce domaine, il importe de garder à l'esprit le principe de l'interdiction de la discrimination en raison de la nationalité.

4 Die Ausübung der Prostitution im Rahmen eines unselbständigen Arbeitsvertrages. Zulässigkeit aus Sicht des Strafrechts und des Zivilrechts.

4.1 Einleitende Bemerkungen

4.1.1 Auftrag

Wir haben den Auftrag abzuklären, ob die Ausübung der Prostitution im Rahmen eines unselbständigen Arbeitsvertrages gemäss Artikel 319 ff. OR aus strafrechtlicher und zivilrechtlicher Sicht zulässig ist. Dabei soll ebenfalls abgehandelt werden, ob – und wenn ja in welcher Form – ein Vertrag, bei dem die charakteristische Leistung einer Partei eine sexuelle Dienstleistung einem Dritten gegenüber beinhaltet, im Rahmen von Artikel 20 OR⁵ und Artikel 195 Absatz 3 StGB⁶ zulässig ist.

4.1.2 Selbstständige oder unselbstständige Tätigkeit

Die Unterscheidung zwischen einer selbstständigen und unselbstständigen Tätigkeit hängt nicht von der zivilrechtlichen Qualifikation eines Vertragsverhältnisses ab. Die Frage beurteilt sich also nicht alleine danach, ob ein Arbeitsvertrag im Sinne von Artikel 319 ff. OR abgeschlossen wurde oder nicht, sondern ist gesondert für jedes Rechtsgebiet zu beantworten. Sowohl das Ausländerrecht, als auch das Sozialversicherungsrecht und das Steuerrecht stellen zur Qualifikation besondere Kriterien auf. Im Bereich des Sozialversicherungsrechts beispielsweise ist zwar jede Person, die einen Arbeitsvertrag abgeschlossen hat, auch im Sinne des Sozialversicherungsrechts unselbstständig erwerbstätig, der sozialversicherungsrechtliche Begriff geht jedoch weit über den zivilrechtlichen Begriff des Arbeitsvertrages hinaus. Auch Personen in einem Agentur- oder Auftragsverhältnis können unselbstständig Erwerbstätige sein. Es kommt auf die betriebswirtschaftliche und arbeitsorganisatorische Abhängigkeit sowie auf das fehlende Unternehmerrisiko an. Entscheidend sind die wirtschaftlichen Verhältnisse.⁷ Auch das Ausländerrecht (bspw. Art. 117 AuG) beschränkt sich nicht auf Arbeitgeber im Sinne von Artikel 319 ff. OR. Der Anwendungsbereich ist gemäss Bundesgericht weit zu fassen. «Beschäftigten»

⁵ SR 220

⁶ SR 311.0

⁷ Locher, Grundriss des Sozialversicherungsrechts, 3. Auflage, 2003, S. 170 ff.

heisst, jemanden eine Erwerbstätigkeit ausüben zu lassen. Auf die Natur des Rechtsverhältnisses kommt es dabei nicht an.⁸

Eine unselbständige Tätigkeit kann damit auch vorliegen, wenn kein eigentlicher Arbeitsvertrag gemäss Artikel 319 ff. OR abgeschlossen wurde.

4.2 Zulässigkeit aus strafrechtlicher Sicht

Gemäss Artikel 195 Absatz 3 StGB macht sich strafbar, wer die Handlungsfreiheit einer Person, die Prostitution betreibt, dadurch beeinträchtigt, dass er sie bei dieser Tätigkeit überwacht oder Ort, Zeit, Ausmass oder andere Umstände der Prostitution bestimmt. Beide Tatbestandsvarianten setzen ein gewisses faktisches Abhängigkeitsverhältnis voraus. Konkret geht es darum, ob der Täter regelmässig Rechenschaft über die Tätigkeit abfordert oder überprüft, ob die Prostituierte genügend «anschafft», etwa ob ein ausreichender Tagesumsatz erwirtschaftet wird. Oder es kann sich um Anweisungen an die Prostituierte hinsichtlich Arbeitsort, Arbeitszeit und Dauer, zu bedienende Kunden, vorzunehmende Handlungen oder Sexualpraktiken, den Gebrauch von Hilfs- oder Schutzmitteln, die Einhaltung von Tarifen oder das Ausmass abzuliefernder Anteile handeln.⁹ Nach übereinstimmender Auffassung in der Lehre und Praxis ist das blosses Führen eines Bordells für sich allein genommen kein Ausnützen der Abhängigkeit der darin tätigen Prostituierten. Entscheidend ist einzig die Intensität oder das Mass der Einschränkung der Handlungsfreiheit der Betroffenen «(...) Die Vorgabe von Arbeitszeiten und einer festen Organisationsstruktur sind allein noch nicht unzulässig. Hingegen sind strikte Rahmenbedingungen verbunden mit einer Einschränkung der Handlungsfreiheit der Frauen etwa durch Bestimmung der Verhaltensweise in der Auswahl der Freier unzulässig».¹⁰

In BGE 126 IV 76 stützte das Bundesgericht einen Freispruch von der Anklage einer Straftat nach Artikel 195 Absatz 3 StGB: «Der Freispruch der Angeklagten von der Anklage der Förderung der Prostitution im Sinne von Artikel 195 Absatz 3 StGB verletzt kein Bundesrecht. Nach den Feststellungen der Vorinstanz war die Bewegungsfreiheit der Frauen im Sauna-Club nicht eingeschränkt. So konnten sie offenbar jederzeit weggehen oder das Etablissement wechseln. Sie mussten auch nicht einen bestimmten Tagesumsatz erwirtschaften und konnten sich ohne weiteres längere Zeit im Club aufhalten, ohne sich Freiern zur Verfügung zu halten. Schliesslich waren sie frei in der Wahl ihrer Kunden und war ihnen nicht vorgeschrieben, welche Handlungen und Praktiken sie ausüben mussten. Wohl trifft zu, wie die Beschwerdeführerin einwendet, dass sich die Anklageschrift nicht ausdrücklich auf diese Umstände stützt. Doch sind diese Gesichtspunkte für die Frage, ob die Frauen durch die Betriebsordnung des Sauna-Club L. in ihrer sexuellen Bestimmungsfreiheit eingeschränkt waren, nicht ohne Bedeutung. Die Funktion eines Betriebsreglements, insbesondere über die Art und Weise der Abrechnung, und einer von der Geschäftsführung festgelegten Tarifliste erscheint durchaus in einem anderen Licht, je nach dem wie sich das Umfeld, in welchem die Frauen ihre Dienste anbieten, im Einzelnen darstellt. Eine blosses «betriebswirtschaftliche Kontrolle», die mit der Prostituierten frei vereinbart worden ist und keine grössere Abhängigkeit als die eines normalen Arbeitnehmers begründet, erfüllt den Tatbestand des Überwachens nicht (HORN, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 6. Aufl., § 181a N. 11 f.). Das ergibt sich daraus, dass ein blosses Beobachten für ein Überwachen im Sinne des Gesetzes nicht ausreicht, sondern zusätzlich die Absicht erforderlich ist, im Falle einer Störung einzugreifen, d.h. gegebenenfalls das fragliche Verhalten durchzusetzen (vgl. NITZE, Anm. zu BGH, Ur. v. 17.9.1985 1 StR 279/85, NStZ 1986, 359, 361; SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER, Strafgesetzbuch, Kommentar, 25. Aufl. 1997, § 181a N. 8). Ob dies der Fall ist, ergibt sich daraus, wie die Organisation des Etablissements im Einzelnen ausgestaltet ist. Wohl trifft zu, dass die Frauen im Sauna-Club ihrerseits einen Eintrittspreis von Fr. 60.- bezahlen mussten, die Preise für ihre Dienstleistungen nicht frei bestimmen konnten und zunächst den ganzen Erlös der Geschäftsleitung, die täglich abrechnete, abzuliefern hatten. Auf der anderen Seite konnten die Prostituierten ihre Anwesenheitszeiten, Art und Umfang ihrer Tätigkeit und die Wahl der Kunden aber jederzeit selbst bestimmen. Bei dieser Sachlage lässt sich nicht sagen, durch die Tarifliste und die Regelung der Gewinnbeteiligung sei ein derart bestimmender Einfluss auf die Frauen ausgeübt worden, dass ihr sexuelles Selbstbestimmungsrecht beeinträchtigt gewesen wäre. Wie die Vorinstanz ausführt, kam der Preisliste denn auch in erster Linie die Funktion einer Richt- und Leitlinie zu, die den Frauen erlaubte, die Preise gleich zu gestalten und so einem «unerwünschten Preis-Dumping» entgegenzu-

⁸ BGE 128 IV 170; BGE 6S.102/2007; BGE 137 IV 159.

⁹ Meng/Schwaibold, Basler Kommentar, Strafrecht II, 2. Auflage, Basel 2007, N 24 zu Art. 195.

¹⁰ Meng/Schwaibold, a.a.O., N 26 zu Art. 195.

wirken. Zu einem anderen Ergebnis führt auch nicht, dass die Beteiligung der Geschäftsleitung sich anteilmässig nach Art und Umfang der erbrachten Dienstleistung richtete und nicht in einer fixen Abgabe bestand, zumal die Frauen bei dieser Regelung – abgesehen freilich von der Eintrittsgebühr – nicht gezwungen waren, die fixe Gebühr abzuverdienen. Die tatsächlichen Verhältnisse im Sauna-Club L. unterscheiden sich somit erheblich von denjenigen, die den bisher vom Bundesgericht beurteilten Fällen zugrunde lagen. So war im BGE 125 IV 269 zugrunde liegenden Fall durch einen Begleitservice von vorneherein in allen Einzelheiten festgelegt, wo, mit wem und zu welchen Konditionen die Prostituierten welche Liebesdienste ausführen mussten. Darüber hinaus konnten sich die betroffenen Frauen, die sich praktisch rund um die Uhr zur Verfügung halten mussten, allfälligen, ihnen widerstrebenden sexuellen Wünschen der Kunden nicht widersetzen und wurden sie bei der Ausübung der Prostitution durch Chauffeure, die sie zum jeweiligen Einsatzort begleiteten, per Natel überwacht. Auch dem im unveröffentlichten Entscheid des Kassationshofs vom 9.10.1997 i.S. M. (vgl. WIPRÄCHTIGER, a.a.O., S. 146 f.) zugrunde liegenden Fall war die Freiheit der betroffenen Anmiedamen dadurch erheblich eingeschränkt, dass sie schon aufgrund der ihnen auferlegten finanziellen Bedingungen gezwungen waren, sich der Prostitution hinzugeben, um ihren Lebensunterhalt bestreiten zu können, und sie ebenfalls strikten Weisungen hinsichtlich Arbeitszeit, Kundschaft etc. unterworfen waren. In diesen Fällen konnte eine Überwachung im Sinne von Artikel 195 Absatz 3 StGB nicht ernsthaft in Zweifel stehen. Demgegenüber erscheint die blosser Möglichkeit, den Umfang der gegen Entgelt erbrachten sexuellen Dienstleistungen aufgrund des abzuliefernden Erlöses festzustellen, wie sie im zu beurteilenden Fall vorliegt, keine Überwachung im Sinne des Gesetzes, solange jedenfalls die Frauen in ihrem Entscheid, ob, wann, in welchem Umfang und mit wem sie sexuelle Handlungen vornehmen wollen, frei sind. Der Freispruch von der Anklage der Förderung der Prostitution im Sinne von Artikel 195 Absatz 3 StGB verletzt daher kein Bundesrecht und die Beschwerde erweist sich somit als unbegründet.»

Aus diesem Urteil ergibt sich, dass es unter bestimmten Voraussetzungen durchaus möglich ist, ein Vertragsverhältnis zwischen einem Bordellbetreiber und einer Prostituierten derart zu gestalten, dass kein Verstoss gegen Artikel 195 Absatz 3 StGB vorliegt und keine Strafbarkeit eines Bordellbetreibers gegeben ist. Zu beurteilen ist allerdings immer der Einzelfall.

Es ist zu beachten, dass das Bundesgericht in einem Urteil vom Jahre 2011¹¹ mit Bezug auf zwei weitere Urteile¹² daran erinnert hat, dass eine Vertragsklausel, welche als Arbeitsvertrag zwischen einer Prostituierten und einem Betreiber eines Prostitutionsunternehmens oder einer Begleitagentur qualifiziert werden könnte, die Strafbarkeit von Artikel 195 Absatz 3 StGB nach sich ziehen sollte. Das Bundesgericht äussert sich zu dieser Frage nur auf sehr allgemeine Art und Weise.

4.3 Zulässigkeit aus zivilrechtlicher Sicht

4.3.1 Prostitution und Sittenwidrigkeit

Ein Vertrag, der einen unmöglichen oder widerrechtlichen Inhalt hat oder gegen die guten Sitten verstösst, ist nichtig (Art. 20 OR). Das Bundesgericht hat zivilrechtlich letztmals in einem Entscheid aus dem Jahr 1985 entschieden, bei der Prostitution handle es sich um eine sittenwidrige Tätigkeit. Der Dirnenvertrag sei sittenwidrig und damit nichtig.¹³

Als sittenwidrig gilt, was gegen die herrschende Moral, d.h. gegen das allgemeine Anstandsgefühl oder gegen die der Gesamtrechtsordnung immanenten ethischen Prinzipien und Wertmassstäbe verstösst.¹⁴ Danach ist ein Vertrag als sittenwidrig zu klassieren, wenn er Werte verletzt oder gefährdet, die nach allgemeiner gesellschaftlicher Auffassung den Prinzipien von Vertragsfreiheit und Vertragstreue überzuordnen sind. Die gesellschaftliche Wertehierarchie aber unterliegt einem Wandel. Da dieser sich weder überall gleichzeitig noch unmittelbar vollzieht, muss der Richter den konsensfähigen Gehalt der wertausfüllungsbedürftigen Generalklausel mittels Rechtsprechung definieren.¹⁵

¹¹ BGE 137 I 167.

¹² BGE 129 IV 71 E.1.4 S. 77; Entscheid 6S.17/2004 vom 22. Juni 2004 E. 3.3.1, in RtiD 2005 I 147.

¹³ BGE 111 II 295.

¹⁴ BGE 132 III 458.

¹⁵ Huguenin, BSK-OR, 5. Auflage, 2011, N 33 ff. zu Art. 19/20 OR.

Das Bundesgericht stellt die Ausübung der Prostitution unter den Schutz der Wirtschaftsfreiheit.¹⁶ Auch steuerrechtlich und sozialversicherungsrechtlich wird das Einkommen einer Prostituierten erfasst und es wurde für pfändbar erklärt.¹⁷ In einem Entscheid aus dem Jahre 2003 hat das Bundesgericht zudem die Erbringung von erotischen oder pornografischen Leistungen über das Telefon für nicht sittenwidrig erklärt, da dies nicht einem entgeltlichen Anbieten des Körpers gleichkomme.¹⁸ Weiter wurden in vielen Kantonen Normen zur Regelung der Prostitution im Gewerbebereich erlassen oder sind geplant (bspw. in Genf, Tessin, Bern, Zürich etc.), womit eine rechtliche Erfassung auf Kantons-ebene erfolgt. Im internationalen Verhältnis hat insbesondere Deutschland eine ausdrückliche Regelung der Prostitution in einem Prostitutionsgesetz vorgenommen.¹⁹ In Österreich hat der Oberste Gerichtshof (OGH) in diesem Jahr entschieden, dass die Vereinbarung zwischen einer Prostituierten und ihrem Kunden nicht generell sittenwidrig sei.²⁰

Am 16. Mai 2012 hat auch der Bundesrat in seiner Antwort zur Interpellation Caroni vom 15. März 2012²¹ festgehalten, mit Blick auf die kantonale Gesetzgebung im Bereich der Prostitution sei davon auszugehen, dass in unserer Gesellschaft ein grundlegender Wertewandel im Denken und im Umgang mit Prostitution stattgefunden habe. Heute könne daher ein Vertrag über die entgeltliche Erbringung von sexuellen Leistungen nicht mehr per se als sittenwidrig angesehen werden. Es sei daher zu erwarten, dass auch die Gerichte bei Gelegenheit diesen Schritt nachvollziehen würden. Diese Ansicht wird heute zudem auch von verschiedenen Lehrmeinungen gestützt.²² Aktuell hat der Kanton Bern am 12. September 2012 eine Standesinitiative mit dem Titel «Prostitution ist nicht sittenwidrig» eingereicht.²³

Der Entscheid des Bundesgerichts hinsichtlich der Sittenwidrigkeit des Dirnenvertrages ist mehr als 25 Jahre her.²⁴ Seither hat sich das Bundesgericht in einem zivilrechtlichen Entscheid nicht mehr mit dieser Frage befasst. Auch betrifft der Entscheid BGE 111 II 295 einzig das Verhältnis zwischen einer Prostituierten und einem Freier, nicht die Situation eines Bordells oder Salons. Es erging in der Zwischenzeit zwar ein unveröffentlichter strafrechtlicher Entscheid, der aber nur in einer Randbemerkung auf die weiterhin bestehende Sittenwidrigkeit der Prostitution verwies.²⁵ Wie eine zivilrechtliche Beurteilung durch das Bundesgericht heute ausfallen würde ist offen, und die Frage der Sittenwidrigkeit von Verträgen im Bereich der Prostitution kann hier nicht abschliessend beantwortet werden. Mit Blick auf die vorstehenden Ausführungen ist jedoch nicht mehr davon auszugehen, dass sämtliche zivilrechtlichen Verträge im Bereich der Prostitution als sittenwidrig einzustufen sind. Sollte das Bundesgericht jedoch an seiner Rechtsprechung festhalten, bleiben die nachfolgend zu untersuchenden Vertragsverhältnisse zufolge Verstosses gegen die guten Sitten zum vornherein nichtig.

4.3.2 Ausübung der Prostitution im Rahmen eines Arbeitsvertrages?

4.3.2.1 Arbeitsvertrag nach Artikel 319 ff. OR

Auch wenn eine vertragliche Abmachung über die entgeltliche Erbringung von sexuellen Dienstleistungen gesellschaftlich nicht mehr als sittenwidrig beurteilt wird, so tangiert eine solche trotzdem stets die sexuelle Selbstbestimmung der sich prostituierenden Person. Die sexuelle Selbstbestimmung gehört zum physischen und psychischen Schutzbereich der Persönlichkeit.²⁶ Zu beachten ist in diesem Zusammenhang Artikel 27 Absatz 2 ZGB,²⁷ wonach sich niemand seiner Freiheit entäussern oder sich in ihrem Gebrauch in einem das Recht oder die Sittlichkeit verletzenden Grade beschränken kann. Zwar ist bei Wegfall der Sittenwidrigkeit (verstanden als Verstoss gegen die herrschende Moral) konsequenterweise eine vertragliche Bindung hinsichtlich einer sexuellen Leistung möglich. Zuzufolge der geschützten sexuellen Selbstbestimmung ist diese nur in den Schranken von Artikel 27 Absatz 2

¹⁶ BGE 101 Ia 473; BGE 137 I 167.

¹⁷ Entscheid des Bundesgerichts vom 10. Juli 2001, 2A.114/2001; BGE 111 II 295.

¹⁸ BGE 129 III 604.

¹⁹ www.gesetze-im-internet.de/prostg/index.html.

²⁰ Urteil des obersten Gerichtshofes der Republik Österreich vom 18. April 2012, 3 Ob 45/12g.

²¹ Ip. 12.3187 Privatrechtliche Anerkennung des Prostituiertenlohnes.

²² Huguenin, BSK-OR, a.a.O., N 38 zu Art. 19/20 OR; Hürlimann, Prostitution – ihre Regelung im schweizerischen Recht und die Frage der Sittenwidrigkeit, Freiburg 2004.

²³ Kt.IV.BE 12.317 Prostitution ist nicht sittenwidrig.

²⁴ BGE 111 II 295.

²⁵ BGE 6B.188/2011 vom 26. Oktober 2011.

²⁶ Meili, BSK-ZGB, 4. Auflage 2010, N 17 zu Art. 28 ZGB.

²⁷ SR 210

ZGB zulässig. Die freie Bestimmung über das Ob, die Art und den Umfang einer sexuellen Dienstleistung muss auch bei einer vertraglichen Verpflichtung immer gewährleistet sein.

Werden die zivilrechtlichen Vertragsverhältnisse im Bereich der Prostitution untersucht, so ist das Verhältnis zwischen der Prostituierten und ihrem Freier sowie dasjenige zwischen einer Prostituierten und einem möglichen «Beschäftigten», sei es bspw. ein Salon- oder Bordellbetreiber, zu unterscheiden.

Das Vertragsverhältnis zwischen einer Prostituierten und ihrem Freier ist in der Regel als Auftrag (Art. 394 ff. OR) zu qualifizieren. Hier besteht im Rahmen von Artikel 404 OR ein jederzeitiges Widerrufsrecht. Die sich prostituierende Person hat damit jederzeit die Möglichkeit, den Vertrag zu widerrufen, womit der Schutz ihrer Persönlichkeit trotz möglicher Schadenersatzpflicht bei Widerruf zur Unzeit (Art. 404 Abs. 2 OR) als ausreichend gewahrt gelten muss.²⁸

Fraglich ist, ob diese freie Bestimmung auch im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses gewährleistet werden kann. Durch den Arbeitsvertrag verpflichtet sich der Arbeitnehmer auf bestimmte oder unbestimmte Zeit zur Leistung von Arbeit im Dienst des Arbeitgebers und dieser zur Entrichtung eines Lohnes, der nach Zeitabschnitten (Zeitlohn) oder nach der geleisteten Arbeit (Akkordlohn) bemessen wird (Art. 319 Abs. 1 OR). Notwendige Voraussetzung für das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses ist die Subordination des Arbeitnehmers. Darunter wird die rechtliche Unterordnung in persönlicher, betrieblicher und wirtschaftlicher Hinsicht verstanden. Entscheidend ist, dass der Arbeitnehmer in eine fremde Arbeitsorganisation eingegliedert ist und damit von bestimmten Vorgesetzten Weisungen erhält.²⁹

Charakteristische Leistung in einem Arbeitsvertragsverhältnis seitens der Prostituierten als Arbeitnehmerin wäre eine sexuelle Dienstleistung, die sie einem Dritten gegenüber erbringen soll. Dabei würde sie in einem Subordinationsverhältnis zu ihrem Arbeitgeber stehen; diesem käme das Weisungsrecht zu. Das Weisungsrecht wiederum wird durch das Persönlichkeitsrecht beschränkt, welches im Arbeitsvertragsrecht als Fürsorgepflicht konkretisiert wird (Art. 328 OR). Das Weisungsrecht kann zwar je nach Arbeitsvertrag unterschiedlich ausgestaltet sein und weiter oder weniger weit reichen. Ordnet aber der Arbeitgeber im Rahmen seiner Weisungsbefugnis der Arbeitnehmerin an, ihre Arbeit auszuüben und damit sexuelle Dienstleistungen zu erbringen, wäre damit gleichzeitig ihre Persönlichkeit tangiert. Nach Ansicht von HÜRLIMANN muss eine sich prostituierende Person immer die Möglichkeit haben, sich der Weisung zu widersetzen, womit die eigentliche Arbeitsleistung nicht autoritativ verlangt werden könne. Dieses jederzeitige Verweigerungs- oder Widerrufsrecht stünde der Weisungsbefugnis des Arbeitgebers diametral entgegen. Eine Arbeitnehmerin könne sich daher im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses nicht dazu verpflichten, Dritten gegenüber sexuelle Dienstleistungen zu erbringen.³⁰ **Zufolge des Schutzes der Persönlichkeit und der Tatsache, dass die Ausübung von sexuellen Dienstleistungen nur selbstbestimmt erfolgen kann, ist deren Ausübung in einem klassischen Arbeitsvertragsverhältnis nicht denkbar.** Ergänzend ist aber auf das vom Bundesgericht als zulässig erachtete Institut der *unechten Arbeit auf Abruf* hinzuweisen. Bei diesem Institut trifft den Arbeitnehmer keine Einsatzpflicht und er kann frei entscheiden, ob er Arbeit leisten will. Ein eigentlicher Arbeitsvertrag kommt damit erst aufgrund gegenseitiger Vereinbarung im Einzelfall zustande. Der unechte Abrufvertrag vor der konkreten Einsatzvereinbarung stellt noch keinen Arbeitsvertrag dar, da sich der Arbeitnehmer nicht zur Leistung von Arbeit verpflichtet hat. Es liegt vielmehr erst ein Rahmenvertrag über die Arbeitsbedingungen vor.³¹ Anwendungsfall bilden aber in der Regel nur gelegentliche Arbeitseinsätze. In einer solchen Konstellation wäre die sich prostituierende Person nur mittels Rahmenvertrag gebunden. Die dauernde Verpflichtung zur Vornahme von sexuellen Leistungen besteht nicht. Wird schliesslich nach freier Entscheidung der arbeitnehmenden Person ein Arbeitsvertrag pro Arbeitseinsatz abgeschlossen, kann unseres Erachtens das sexuelle Selbstbestimmungsrecht ausreichend gewahrt werden, wenn dieser Arbeitseinsatz genügend beschränkt wird. Diese Vertragsform ist also nur für die kurzfristige Ausübung der Prostitution bei geringer Einsatzdauer überhaupt denkbar. Je nach Konstellation ist auch möglich, dass der Abschluss des eigentlichen Arbeitsvertrages von der Bedingung abhängig gemacht wird, ob die Prostituierte ihrerseits mit dem Kunden einen – jederzeit widerrufbaren – Vertrag abschliesst. Das Weisungsrecht des Arbeitgebers ist dabei aber eingeschränkt und darf weder Art noch Umfang der Arbeitsausübung umfassen. Im

²⁸ Hürlimann, a.a.O., S. 219 ff.

²⁹ Entscheid des Bundesgerichts vom 9. Februar 2009, 4A_553/2008.

³⁰ Hürlimann, a.a.O., S. 231.

³¹ Streiff/von Kaenel/Rudolph, Arbeitsvertrag, 7. Auflage, 2012, N 18 zu Art. 319; Urteil des Bundesgerichts vom 7. Januar 2010, 4A_509/2009, E.2.3.

Bereich des Arbeitsvertrages können auch die im Gesetz vorgesehenen Kündigungsfristen problematisch sein (Art. 335c OR). Ist ein einzelner Arbeitseinsatz und damit Arbeitsvertrag aber insbesondere zeitlich genügend beschränkt und besteht die volle Entscheidungsfreiheit bezüglich des Ob, so bedeutet eine Kündigungsfrist nicht zwingend eine Verletzung der Persönlichkeit zufolge übermässiger Bindung. Dem Rahmenvertrag, der keine Verpflichtung zu einer sexuellen Leistung enthält, steht die Kündigungsfrist nicht entgegen. **Mit Blick auf die unterschiedlichen Erscheinungsformen der Prostitution ist damit nicht ausgeschlossen, dass Arten der Prostitution denkbar sind, die in Form von unechter Arbeit auf Abruf unter Wahrung der sexuellen Selbstbestimmung ausgeübt werden können. Zu prüfen ist jedoch immer der Einzelfall.**

4.3.2.2 Innominatkontrakt

Weiter ist festzuhalten, dass gemäss Bundesgericht nicht nur reine Arbeitsverträge zulässig sind, sondern auch die Möglichkeit besteht, Innominatverträge mit Teilen eines Arbeitsvertrages oder Ähnlichkeiten zu einem solchen abzuschliessen.³² Bei den Innominatverträgen wird unterschieden zwischen gemischten Verträgen und Verträgen eigener Art (sui generis). Die gemischten Verträge sind einheitliche Verträge, in denen Tatbestandsmerkmale verschiedener Vertragstypen kombiniert werden. Verträge eigener Art sind solche, die weder gesetzlich geregelt sind, noch als typengemischte Verträge verstanden werden können. Denkbar ist also, dass Verträge geschlossen werden, bei welchen auf gewisse Teile Arbeitsvertragsrecht direkt anzuwenden ist oder dieses zumindest analog zur Anwendung gelangt.³³

In diesem Zusammenhang werden Bordellverträge mit reiner Präsenzpflcht genannt.³⁴ Es ist dabei durchaus denkbar, dass ein Vertragsteil darin besteht, im Bordell präsent zu sein und hierfür ein Grundlohn ausgerichtet wird. Betreffend diesen Teil ist auch ein beschränktes Weisungsrecht des Arbeitgebers denkbar, beispielsweise die Vorschrift von körperbetonter Kleidung, gibt es solche Anweisungen doch auch in anderen Bereichen (Hostessen, Models, Barangestellte, etc.). Ein Weisungsrecht betreffend die Art der tatsächlichen Arbeitsausübung ist aber ausgeschlossen, und es dürfen der sich prostituierenden Person keine Vorschriften gemacht werden, die über Ort und Präsenzzeit hinausgehen.³⁵ Auf diese Abmachung können durchaus Normen des Arbeitsvertragsrechts (Art. 319 ff. OR) Anwendung finden. Das Erbringen der sexuellen Dienstleistung als notwendiger weiterer Bestandteil des Vertrags erfolgt dann ausserhalb eines Arbeitsvertragsverhältnisses selbstbestimmt durch die Prostituierte. Allenfalls wird eine zusätzliche Umsatzabgabe vereinbart, welche sich jedoch im vom Bundesgericht tolerierten Rahmen bewegen muss.³⁶ Eine solche Abrede ist «als Bestandteil eines arbeitsvertragsähnlichen Innominatkontraktes dennoch gültig, solange *die Prostituierte alleine über die Art, den Umfang und allgemein über die Umstände der sexuellen Dienstleistung entscheiden kann*, ohne dass auf sie Druck ausgeübt wird und ohne dass sie dabei kontrolliert wird».³⁷ **Damit sind auch zulässige Innominatvertragsverhältnisse denkbar, die zumindest Teile eines Arbeitsvertrages enthalten oder auf die das Arbeitsvertragsrecht analog anzuwenden ist.**

4.3.2.3 Fazit

Aufgrund der unterschiedlichen Erscheinungsformen der Prostitution (Strassenstrich, Bordell, Massagesalon, Escortservice usw.) ist immer der konkrete Fall zu beurteilen. Ob eine zulässige Form von unechter Arbeit auf Abruf oder ein gültiges Innominatvertragsverhältnis gegeben ist, hängt von den Umständen im Einzelfall ab. Eine abschliessende und allgemeingültige rechtliche Definition eines Vertragsverhältnisses im Zusammenhang mit der Ausübung der Prostitution ist nicht möglich. **Wir kommen zum Schluss, dass ein Arbeitsvertrag in der Form der unechten Arbeit auf Abruf oder Innominatkontraktverhältnisse mit Teilen eines Arbeitsvertrages oder Ähnlichkeiten zu einem solchen denkbar und in den Schranken des Zivilrechts im Einzelfall zulässig sein können.**

³² BGE 109 II 462; BGE 112 II 41; BGE 118 II 157.

³³ Amstutz/Morin/Schluep, BSK-OR, 5. Auflage, 2011, N 8 ff. zu Einl. vor Art. 184 ff. OR.

³⁴ Hürlimann, a.a.O., S. 231 ff.

³⁵ Hürlimann, a.a.O., S. 233 ff.

³⁶ BGE 126 IV 76; Hürlimann, a.a.O., S. 228 ff.

³⁷ Hürlimann, a.a.O., S. 239.

5 Compétence législative de la Confédération en matière de réglementation de la prostitution

5.1 Compétence de légiférer sur les activités économiques privées selon l'art. 95 Cst.

Selon l'art. 95 al. 1 Cst., la Confédération peut légiférer sur l'exercice des activités économiques lucratives privées. Ce faisant, elle peut édicter des dispositions ayant pour objet principal de protéger diverses valeurs policières (santé, sécurité, bonne foi dans les affaires) ou sociales. Par contre, elle ne peut pas édicter des dispositions visant des objectifs de politique économique, en cherchant par exemple à influencer les rapports de concurrence entre entreprises³⁸. La doctrine³⁹ et la jurisprudence⁴⁰ s'accordent à dire qu'il s'agit là d'une compétence concurrente. Les cantons peuvent, en vertu de l'art. 3 Cst., édicter des lois du même genre. Ils l'ont fait et continuent de le faire abondamment et comme, en général, leurs lois semblent répondre suffisamment au besoin de législation, la Confédération n'a guère développé la sienne, qui n'est d'ailleurs que facultative. En d'autres termes elle dispose, avec cet article 95 al. 1, d'une réserve de réglementation uniforme peu entamée. Il s'agit d'une compétence avec effet dérogatoire subséquent: les cantons sont libres de régler l'exercice d'activités économiques privées tant que la Confédération n'a pas fait usage de sa propre compétence ou, si elle en a fait usage, tant que la réglementation fédérale n'est pas exhaustive ou qu'elle laisse une marge de manœuvre aux cantons.

Selon le message du Conseil fédéral relatif à une nouvelle Constitution fédérale⁴¹, l'art. 95 al. 1 Cst. permet à la Confédération d'édicter des prescriptions uniformes, des prescriptions visant une uniformisation partielle ou une simple harmonisation. La notion d'activité économique privée recouvre toute activité privée qui a pour but d'engendrer un bénéfice ou un revenu. La prostitution est donc englobée dans le champ d'application de l'art. 95 al. 1 Cst.

A ce jour, cinq lois fédérales réglementant l'exercice d'activités lucratives privées pour certaines branches professionnelles ont été adoptées sur la base de l'art. 95, al. 1, Cst (respectivement l'art. 31bis al. 2 aCst). Il s'agit de:

- la loi sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières (LBVM)⁴²;
- la loi sur la libre circulation des avocats (LLCA)⁴³;
- la loi sur les professions médicales et universitaires (LPMéd)⁴⁴;
- la loi sur les guides de montagne et les organisateurs d'autres activités à risque⁴⁵;
- la loi sur les professions relevant du domaine de la psychologie⁴⁶.

La première de ces lois, la LBVM, a été adoptée en 1995. Son but premier consiste en la protection des investisseurs et le bon fonctionnement des marchés⁴⁷. Pour ce faire, la profession de négociant en valeur mobilière est soumise à autorisation (art. 3). Une des conditions nécessaire pour se voir accorder une autorisation est celle relative aux connaissances professionnelles; tout négociant en valeurs boursières doit en effet présenter toutes garanties d'une activité irréprochable (art. 3 al. 2 let. b et 10 al. 2 let. c et d LBVM). La LBVM comprend aussi un certain nombre de règles professionnelles devant être respectées par le négociant; ce dernier a notamment envers ses clients un devoir d'information, de diligence et de loyauté (art. 11 al. 1 LBVM). Il doit aussi tenir un journal relatif aux ordres reçus et aux transactions effectuées (art. 15 LBVM). Cependant, la LBVM ne réglemente pas plus loin l'exercice de la profession de négociant en valeurs boursières et attribue au contraire plusieurs compétences à la bourse elle-même, se satisfaisant ainsi souvent d'une autorégulation dans le milieu (cf. art. 4 ss LBVM). Le message du Conseil fédéral invoque explicitement, lors de l'analyse de

³⁸ Aubert/Mahon, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse, Zurich, Bâle, Genève, 2003, p. 743.

³⁹ Aubert/Mahon, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse, Zurich, Bâle, Genève, 2003, p. 744.

⁴⁰ ATF 131 I 228, c. 3.3.

⁴¹ FF 1997 I 1ss, 302.

⁴² RS 945.1

⁴³ RS 935.61

⁴⁴ RS 811.11

⁴⁵ FF 2010 8215

⁴⁶ RS 935.81

⁴⁷ FF 1993 I 1270

la constitutionnalité du projet, la protection des biens (fortune) des investisseurs comme intérêt public justifiant l'action de la Confédération⁴⁸.

La deuxième loi basée sur l'art. 95 al. 1 Cst., la LLCA, date de l'an 2000. Cette loi comporte deux volets principaux: d'une part, elle réalise la libre-circulation des avocats au moyen de registres cantonaux; d'autre part, comme conséquence de cette libre circulation, elle unifie certains aspects de l'exercice de la profession notamment en matière de règles professionnelles et de surveillance disciplinaire⁴⁹. Il s'agit donc d'une unification, au niveau fédéral, des règles professionnelles et des mesures disciplinaires qui figuraient auparavant dans le droit cantonal. La LLCA fixe les conditions de formation et les conditions personnelles que doivent remplir les avocats pour être admis à pratiquer (art. 7 et 8 LLCA), ainsi que les règles professionnelles auxquelles ils doivent se soumettre (art. 12 LLCA). Elle institue, de plus, des autorités cantonales de surveillance (art. 14). De par ces normes, l'exercice de la profession est donc largement réglementé au niveau fédéral. Les conditions de délivrance du brevet restent en revanche de la compétence des cantons. Dans la mesure où la loi fédérale institue des règles professionnelles et une surveillance disciplinaire, elle ne laisse aucune place à une législation cantonale résiduelle. Avec l'entrée en vigueur de la LLCA, un métier est véritablement pour la première fois soumis à une loi fédérale exhaustive, sauf points annexes⁵⁰. Au stade de l'analyse de la constitutionnalité du projet, le Conseil fédéral s'exprime de manière succincte sur les raisons et les bases légales justifiant son intervention: le message se borne en effet à rappeler des principes généraux concernant l'art. 31bis al. 2 aCst. sans analyser précisément l'intérêt public en l'espèce en jeu. Du reste du message et de l'art. 1 de la loi, il apparaît néanmoins que, comme mentionné plus haut, le but de la LLCA est notamment de réglementer de manière uniforme l'exercice à la profession d'avocat dans tout le pays et de mettre un terme aux particularismes cantonaux. Les disparités cantonales dans le domaine, même si leur importance n'était pas des plus conséquentes, étaient en effet ressenties comme une gêne par les avocats et critiquées en doctrine⁵¹.

La troisième loi basée sur l'art. 95 al. 1 Cst. est la LPMéd de 2006. Comme l'affirme le message du Conseil fédéral⁵² ainsi que la loi elle-même, le but de cette réglementation fédérale est avant tout de promouvoir la santé publique; la volonté d'encourager la qualité de la formation universitaire, la qualité de la formation postgrade et continue ainsi que la qualité de l'exercice des professions médicales universitaires est aussi affichée (cf. art. 1 al. 1 LPMéd). Comme le souligne le message du Conseil fédéral, la LPMéd réglemente de manière exhaustive l'exercice de la profession à titre indépendant, dans la mesure où elle doit en premier lieu assurer le bon fonctionnement de la santé publique⁵³. L'exercice d'une profession médicale universitaire à titre indépendant requiert ainsi une autorisation du canton sur le territoire duquel la profession médicale est exercée (art. 34 LPMéd) et le praticien est soumis à plusieurs devoirs professionnels listés dans la loi (art. 40 LPMéd). Chaque canton est de plus tenu de désigner une autorité chargée de la surveillance (art. 41 LPMéd).

Issue d'une initiative parlementaire, la loi sur les guides de montagne et les organisateurs d'autres activités à risque a été adoptée en 2010⁵⁴ et son entrée en vigueur est prévue en 2014. Elle impose divers devoirs de diligence et prévoit un régime d'autorisation pour les guides de montagne, les professeurs de sport de neige et les prestataires de diverses activités (canyoning, rafting et saut à l'élastique). La loi prévoit en outre une obligation, pour les personnes autorisées, de s'assurer en responsabilité civile.

Enfin, la cinquième loi adoptée sur la base de l'art. 95 al. 1 Cst. est la récente LPsy de 2011 dont l'entrée en vigueur intégrale⁵⁵ est prévue le 1^{er} mars 2013. Tout comme dans le cas de la LPMéd, le but est de réglementer une certaine catégorie professionnelle active dans le domaine de la santé, à savoir les professions de la psychologie, en vue de la protection de la santé publique (cf. art. 1 al. 1 let. a LPsy). L'objectif de protection peut être atteint, comme l'indique le message, en liant l'exercice de ces activités à des exigences claires en matière de formation de base et postgrade ainsi que de pratique, sous forme de devoirs professionnels⁵⁶. A côté du but de protection de la santé, la LPsy vise

⁴⁸ FF 1993 I 1338

⁴⁹ FF 1999 5332

⁵⁰ Etienne Grisel, La loi sur le marché intérieur et la loi sur la libre circulation des avocats: fédéralisme et droits fondamentaux, in Mensch und Staat/L'homme et l'Etat, Festschrift/Mélanges en l'honneur de Thomas Fleiner, Fribourg, 2003, p. 59.

⁵¹ FF 1999 5336.

⁵² FF 2005 160; FF 2005 232.

⁵³ FF 2005 160.

⁵⁴ Le rapport de la Commission des affaires juridiques du Conseil national se limite, au chapitre de la constitutionnalité, à mentionner les diverses dispositions constitutionnelles sur lesquelles se fonde le projet, FF 2009 VI 5439.

⁵⁵ Les articles 36 et 37 de la loi sont déjà en vigueur.

⁵⁶ FF 2005 6292s. Voir aussi les art. 1 al. 2, 2 ss, 5 ss et 27 ss LPsy.

aussi à protéger les personnes faisant recours à des prestations relevant de la psychologie contre les actes visant à les tromper et à les induire en erreur en instituant des dénominations protégées uniformes (art. 1 al. 1 let. b LPsy)⁵⁷. Il s'agit là d'un objectif de protection des consommateurs, ce pourquoi la loi est aussi directement basée sur l'art. 97 al. 1 Cst. La LPsy prévoit le régime de l'autorisation pour tout psychothérapeute exerçant sous sa propre responsabilité (art. 22 LPsy) et instaure une autorité cantonale de surveillance (art. 28 LPsy).

Si l'on observe les différentes lois présentées ci-dessus, on remarque certaines similitudes entre elles. Premièrement, toutes ces lois visent à réglementer une profession au niveau fédéral, afin de garantir sa pratique uniforme dans toute la Suisse. Le besoin prioritaire est donc celui d'une harmonisation législative et la disparition des particularismes cantonaux. Dès lors, les cinq lois analysées présentent une structure et des éléments communs: les conditions de formation nécessaires pour accéder à la profession sont inscrites dans la loi, tout comme l'existence d'un registre couplé au régime de l'autorisation ainsi que la présence de règles professionnelles et des mesures disciplinaires s'y attachant, prononcées par l'autorité de surveillance compétente.

De ces éléments communs, le régime de l'autorisation et la tenue d'un registre semblent être des mesures pertinentes qui pourraient s'appliquer au cas de la prostitution. Des conditions à remplir pour exercer la profession sont aussi envisageables (majorité de la personne s'adonnant à la prostitution, séjour légal en Suisse et exercice volontaire de la prostitution).

Dans la majorité des cas, l'intérêt sous-jacent aux cinq lois précitées, basées sur l'art. 95 al. 1 Cst., consiste en la protection du public/des consommateurs de prestations: la LPMéd et la LPsy visent à protéger la santé publique, et, pour cette dernière, le consommateur de la tromperie; la LBVM tend à protéger la fortune des investisseurs. Seule la LLCA tend prioritairement à faciliter la pratique du métier d'avocat pour les praticiens eux-mêmes, en assurant leur libre circulation dans toute la Suisse et en harmonisant leurs règles professionnelles ainsi que les conditions d'accès au métier. La législation fédérale sur la prostitution ne viserait elle non plus pas à protéger le consommateur/client de prestations sexuelles. L'objectif est au contraire de protéger la personne se prostituant, le «fournisseur de services», de toute exploitation et contrainte et de lutter contre la traite des êtres humains.

5.2 Limites de la compétence de la Confédération

Il importe de rappeler que, si la Confédération est compétente pour légiférer sur les activités économiques privées, elle n'est pas compétente pour légiférer sur tous les aspects liés au marché de la prostitution. En particulier, la Confédération ne pourrait régler ni l'usage du domaine public ni la protection sanitaire pour d'autres maladies que celles visées à l'art. 118, al. 2, let. b Cst. Ainsi, la réglementation fédérale ne pourrait-elle pas régler exhaustivement le marché de la prostitution qui resterait partiellement réglé par la réglementation cantonale, voire communale.

5.3 Opportunité de mettre en place une réglementation fédérale

Dans son «Rapport sur la problématique du milieu érotique» de janvier 2012, l'ODM a, à plusieurs reprises, mis en évidence les disparités de réglementation observées dans les cantons. Dans ce rapport, il est en particulier relevé que la différence de pratique d'un canton à l'autre constitue un des principaux problèmes. Ainsi, l'harmonisation des pratiques cantonales est vue comme une priorité, tant par les autorités cantonales que par les autorités fédérales.

⁵⁷ Comme le mentionne le message, «la protection de la dénomination professionnelle de «psychologue» garantit la transparence sur le marché opaque des services psychologiques et la qualité professionnelle de ces prestations» (FF 2005 6235).

5.4 Contenu possible d'une réglementation fédérale

5.4.1 Procédure d'autorisation ou d'annonce

Ce type de mesure fait partie des mesures qui ont été prises dans d'autres législations basées sur l'art. 95, al. 1, Cst.

Plusieurs cantons ont déjà introduit une procédure d'autorisation ou d'annonce. Ce type de mesure peut s'adresser tant aux prostituées qu'aux exploitants de salons, voire aux deux. On peut notamment faire mention des réglementations cantonales ou communales suivantes:

	autorisation	annonce
prostituée	ZH: rue	GE; NE; TI; (VD=volontaire)
exploitant	ZH, BE	GE; VD; NE;

S'agissant du marché de la prostitution, une telle manière de faire permet un meilleur contrôle par les autorités et est ainsi de nature à contribuer à atteindre le but visé, à savoir vérifier que certaines exigences de base sont remplies et en particulier que les prostituées exercent leur métier de manière volontaire.

Le tribunal fédéral a eu l'occasion de se prononcer en 2011⁵⁸ sur l'admissibilité de l'obligation d'annonce dans le domaine de la prostitution. Saisi d'un recours contre certaines dispositions de la loi genevoise, il a notamment affirmé que *«l'annonce effectuée par les salons et les agences d'escorte doit permettre aux autorités de connaître et d'enregistrer les établissements ainsi que leurs usagers, de sorte à en faciliter les contrôles et à en prévenir une expansion non surveillée (cf. arrêt 2P.333/2001 du 2 juillet 2002 consid. 4.3). L'obligation d'annonce des personnes se prostituant vise à mettre celles-ci en contact avec la brigade des mœurs qui les conseillera et les orientera si nécessaire vers des structures de soutien, et qui pourra prévenir et détecter plus facilement toute forme de proxénétisme et d'exploitation. En tant que telle, l'obligation imposée aux prostitué(e)s et aux tenanciers d'établissement n'est pas disproportionnée; ce d'autant plus que le législateur cantonal s'est abstenu de soumettre l'activité de ces entreprises au régime plus strict de l'autorisation préalable. La diversité des établissements de prostitution dont certains sont discrets ou dissimulés, justifie en tout état de cause que les tenanciers s'annoncent spontanément pour que les autorités puissent les localiser ainsi que vérifier que l'exploitation de leurs établissement demeure conforme au droit.*

Il en va de même s'agissant de l'annonce des prostitué(e)s. Seule l'existence d'un contact direct entre la police cantonale et les prostitué(e)s est susceptible de garantir que ces personnes aient connaissance des services de conseil prodigués par la police et qu'elles puissent en bénéficier librement. Compte tenu de la forte mobilité des prostitué(e)s et du risque de manipulation des registres tenus par les salons et les agences d'escorte, un contact direct est en outre indispensable pour que la police puisse s'assurer efficacement de la liberté d'action des prostitué(e)s, vérifier les conditions d'exercice du métier, et intervenir rapidement en cas de besoin. L'annonce des personnes qui s'adonnent occasionnellement à la prostitution est, quant à elle, nécessaire en raison de leur vulnérabilité souvent accrue due à leur inexpérience et à la possible absence d'affiliation aux associations d'entraide. Au vu de ce qui précède, les obligations d'annonce précitées ne violent donc pas l'art. 13 Cst.

S'agissant du grief selon lequel les obligations d'annonce et le recensement des prostituées violeraient l'art. 8 al. 1 Cst., il est important de souligner que l'activité de prostitution se distingue des autres métiers – notamment les masseurs non érotiques, les restaurateurs et les chauffeurs de taxi – par le fait que, par définition, son exercice suppose la pratique d'actes d'ordre sexuel qui relèvent de la vie intime des intéressés (cf. MEIER, op. cit., p. 221 n. 491). Il s'agit de plus d'une activité dont l'exercice comporte des risques tangibles pour la santé et la sécurité ou pour une exploitation criminelle du travail et de la vulnérabilité des prostitué(e)s, ceci étant exacerbé par la perception sociale souvent négative de ce métier. A l'instar des distinctions que la jurisprudence opère entre les établissements de prostitution et les autres établissements publics (cf. arrêts 2P.165/2004 du 31 mars 2005 consid. 3.2; 2P. 127/1998 du 22 septembre 1998 consid. 3b), on doit admettre que ces facteurs rendent cette activité dissemblable des métiers précités; il se justifie partant de la traiter différemment au regard de

⁵⁸ ATF 137 I 167

l'art. 8 al. 1 Cst., par l'instauration de mesures de protection et de surveillance renforcées ou spécifiques. Le grief relatif à l'existence d'une inégalité de traitement entre le métier de prostitué(e) et d'autres professions est donc mal fondé.

Quant à la prétendue discrimination des prostitué(e)s (art. 8 al. 2 Cst.) au travers des contraintes réglementaires imposées, notamment l'obligation d'annonce, il est vrai que des distinctions fondées sur le statut personnel d'une personne sont susceptibles de se rapporter à sa situation sociale ou à son mode de vie et, partant, d'entraîner une présomption de différenciation inadmissible au sens de l'art. 8 al. 2 Cst. (ATF 136 I 121 consid. 5.2 p. 127; ATF 126 II 377 consid. 6a p. 393). Cependant, l'interdiction de toute discrimination ne s'oppose à la réglementation de l'accès ou de l'exercice de certaines professions que dans la mesure où de telles règles imposent des conditions injustifiées ayant pour but ou pour effet d'exclure une certaine catégorie de personnes, du fait de leurs qualités personnelles qui n'ont aucun lien avec les exigences objectives de la profession. Dès lors que l'activité professionnelle en cause se distingue de la plupart des autres métiers en raison des risques inhérents qu'elle comporte pour les prostitué(e)s, leur clientèle et l'ordre public, les mesures tendant à la réglementer, dont rien n'indique qu'elles seraient prises aux fins de marginaliser les prostitué(e)s, reposent sur des motifs sérieux et objectifs et ne violent pas l'art. 8 al. 2 Cst. Les griefs fondés sur l'art. 8 Cst. doivent par conséquent être écartés».

5.4.2 Critères envisageables

Pour fixer les critères d'autorisation, il importe de garder à l'esprit l'objectif visé par la réglementation projetée. Dans le cas d'espèce, il s'agit avant tout de garantir l'exercice volontaire de la profession et d'empêcher la traite des êtres humains.

Parmi les critères d'autorisation qui ont été envisagés, on peut citer le fait d'imposer l'exercice de la prostitution à titre indépendant ou, au contraire, à titre dépendant.

La question de l'admissibilité de l'exercice de la prostitution à titre dépendant a été examinée, tant sous l'angle du droit pénal que du droit civil (voir ch. 4). Il en résulte qu'à certaines conditions un rapport contractuel dépendant est admissible.

Comme déjà relevé, la question de savoir si la prostitution s'exerce dans le cadre d'un rapport dépendant ou de manière indépendante n'est pas décisive. L'exercice indépendant de la prostitution n'est pas à lui seul une garantie que la prostitution s'exerce à titre volontaire et qu'il n'y a pas de traite des êtres humains. On a ainsi pu voir que, s'agissant des pays où, en vertu de l'ALCP, les contingents des personnes dépendantes sont possibles, on assiste à une recrudescence de personnes se déclarant indépendantes. Ce phénomène vaut aussi pour les prostitué(e)s qui bien que faisant souvent partie d'un réseau organisé, se déclarent indépendantes pour bénéficier du droit d'exercer leur métier en Suisse. C'est dans ce contexte qu'a été évoquée l'idée de lutter contre les «faux indépendants» dans le domaine de la prostitution. Il serait toutefois pour le moins paradoxal que, pour dans le cadre de mesures qui ont essentiellement pour but de lutter contre la traite des êtres humains, on oblige les prostitué(e)s à exercer dans le cadre d'un rapport dépendant. Pouvoir exercer comme indépendante est précisément vu comme une victoire par ces personnes qui longtemps n'ont eu d'autre choix que d'exercer pour le compte d'un proxénète. On peut d'ailleurs sérieusement douter que le fait d'interdire l'exercice d'une profession à titre indépendant soit compatible avec la liberté économique. Le problème de contingent évoqué ci-dessus ne doit pas induire des mesures contre-productives par rapport à l'objectif principal. Ainsi, parmi les critères d'autorisation, imposer l'exercice, soit dépendant soit indépendant de la profession, n'est pas propre à atteindre le but visé. Nous renonçons dès lors à examiner plus en détail dans quelle mesure ce type de critère serait admissible au regard de la liberté économique.

Par contre, il serait envisageable de reprendre les critères permettant notamment de vérifier l'exercice volontaire de la profession. Une manière de faire serait de s'inspirer des récentes législations cantonales et d'imposer des obligations aux exploitants de lieux où s'exerce la prostitution. A l'image de la législation bernoise, on pourrait par exemple imposer aux exploitants de lieux de prostitution de s'assurer que les personnes qui exercent la prostitution le font de leur plein gré et sans subir aucune forme de contrainte. On pourrait également imposer aux exploitants de s'assurer que les personnes exerçant la prostitution sont autorisées à le faire du point de vue de la législation sur les étrangers. S'agissant des personnes exerçant la prostitution, on pourrait prévoir une obligation pour l'autorité de

s'assurer qu'elles exercent la prostitution de leur plein gré. Cela pourrait prendre la forme d'un entretien préalable de la personne exerçant la prostitution avec des représentants des autorités lors de la procédure d'autorisation ou d'annonce.

6 Conclusions

- a. L'exercice de la prostitution dans le cadre d'un contrat de travail au sens des art. 319ss CO n'est admissible que dans des limites étroites (travail sur appel improprement dit). Toutefois, à certaines conditions, d'autres formes contractuelles prévoyant l'exercice dépendant de la prostitution sont admissibles.
- b. L'harmonisation des pratiques cantonales en matière de réglementation de la prostitution est vue comme une priorité, tant par les autorités cantonales que par les autorités fédérales. Cela pourrait plaider en faveur d'une réglementation fédérale. Une telle réglementation pourrait se baser sur l'art. 95 al. 1 Cst donnant compétence à la Confédération de légiférer sur les activités économiques privées.
- c. Imposer une obligation d'autorisation ou d'annonce tant pour les personnes exerçant la prostitution que pour les exploitants de lieux où s'exerce la prostitution pourrait répondre à la nécessité de renforcer les contrôles par les autorités et, par là même, de vérifier l'exercice volontaire de la profession. La procédure d'autorisation ou d'annonce devrait être conçue de telle sorte qu'elle permette de vérifier si l'exercice de la prostitution est volontaire. Les critères retenus pourraient s'inspirer des critères retenus dans les réglementations cantonales.
- d. La question de savoir si la prostitution s'exerce dans le cadre d'un rapport dépendant ou de manière indépendante n'est pas décisive. L'exercice indépendant de la prostitution n'est pas à lui seul une garantie que la prostitution s'exerce à titre volontaire et qu'il n'y a pas de traite des êtres humains. Ainsi, parmi les critères d'autorisation, il n'est pas adéquat d'imposer l'exercice soit dépendant, soit indépendant de la profession.