



JAAC 2/2014 du 22 octobre 2014

2014.5 (p. 136–142)

Exercice de la prostitution: Aspects contractuels, nécessité d'harmoniser les règles, mesures envisageables et compétence de réglementation.

DFJP, Office fédéral de la justice

Avis de droit du 16 décembre 2013

Mots clés: Prostitution. Droit des contrats. Limites contractuelles. Question de la conformité aux mœurs. Examen de l'admissibilité du contrat de travail. Statut dépendant ou indépendant. Compétence de réglementation.

Stichwörter: Prostitution. Vertragsrecht. Vertragliche Schranken. Frage der Sittenwidrigkeit. Prüfung der Zulässigkeit des Arbeitsvertrages. Selbst- oder unselbstständige Erwerbstätigkeit. Zuständigkeit zur Regelung.

Termini chiave: Prostituzione. Diritto contrattuale. Limiti contrattuali. Questione della contrarietà al buon costume. Esame dell'ammissibilità del contratto di lavoro. Statuto di dipendente o indipendente. Competenza sul disciplinamento.

Regeste:

L'avis fait une brève analyse des liens contractuels envisageables en matière de prostitution. Tout d'abord le rapport contractuel entre une personne qui se prostitue et son client. Ensuite le rapport contractuel entre une personne qui se prostitue et un partenaire autre qu'un client (bailleur, exploitant d'établissement, courtier, agence de placement). Diverses variantes sont exposées pour régler la question de la conformité aux mœurs du contrat entre la personne qui se prostitue et son client. Le contrat de travail au sens classique (art. 319 ss CO) n'est en principe pas admissible. Le statut des personnes qui se prostituent (dépendant ou indépendant) est analysé de manière divergente selon le domaine du droit concerné (droit des contrats, droit des étrangers, droit des assurances sociales, droit fiscal). La Confédération peut, sur la base de l'art. 95 al. 1 Cst, légiférer sur l'exercice des activités économiques privées. Sous réserve des domaines qui relèvent de la compétence des cantons, la Confédération pourrait ainsi légiférer en matière de prostitution.

Regeste:

Das Gutachten analysiert die in Sachen Prostitution denkbaren vertraglichen Beziehungen. Zum einen wird das vertragliche Verhältnis zwischen einer sich prostituierenden Person und ihrem Kunden thematisiert; zum anderen das vertragliche Verhältnis zwischen einer sich prostituierenden Person und anderen Vertragspartnern als ihrem Kunden (Vermieter, Etablissementbetreiber, Mäkler, Arbeitsvermittler). Das Gutachten zeigt Möglichkeiten auf, wie die Frage der Sittenwidrigkeit des Vertrages zwischen der sich prostituierenden Person und ihrem Kunden geregelt werden könnte. Der klassische Arbeitsvertrag (Art. 319 ff. OR) ist grundsätzlich nicht zulässig. Ob eine sich prostituierende Person

ihre Erwerbstätigkeit selbst- oder unselbstständig ausübt, wird je nach Rechtsgebiet unterschiedlich beurteilt (Vertragsrecht, Ausländerrecht, Sozialversicherungsrecht, Steuerrecht). Der Bund kann, gestützt auf Art. 95 Abs. 1 BV, Vorschriften über die Ausübung der privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit erlassen. Vorbehaltlich der Bereiche, die in der Zuständigkeit der Kantone liegen, könnte der Bund in Sachen Prostitution deshalb Vorschriften erlassen.

Regesto:

Il parere analizza le possibili relazioni contrattuali in materia di prostituzione, dapprima valutando il rapporto contrattuale tra una persona che si prostituisce e il suo cliente e in seguito il rapporto contrattuale tra una persona che si prostituisce e un partner diverso dal suo cliente (locatore, proprietario di stabilimento, mediatore). Sono esposte diverse varianti per disciplinare la questione della contrarietà al buon costume del contratto tra la persona che si prostituisce e il suo cliente. Il classico contratto di lavoro (art. 319 segg. CO) non è in linea di massima ammissibile. Lo statuto delle persone che si prostituiscono (dipendente o indipendente) è giudicato in maniera diversa a seconda dell'ambito giuridico in questione (diritto contrattuale, diritto degli stranieri, diritto delle assicurazioni sociali, diritto fiscale). In virtù dell'articolo 95 capoverso 1 Cost. la Confederazione può emanare prescrizioni sull'esercizio dell'attività economica privata. Fatti salvi gli ambiti in cui la competenza spetta ai Cantoni, la Confederazione potrebbe quindi emanare prescrizioni in materia di prostituzione.

Base légales:

Art. 95, 111, 118, 121, 122 Cst, art. 27 CC, art. 20 CO, art. 195 CP

Rechtliche Grundlagen:

Art. 95, 111, 118, 121, 122 BV, Art. 27 ZGB, Art. 20 OR, Art. 195 StGB

Base giuridica:

Art. 95, 111, 118, 121, 122 Cost., art. 27 CC, art. 20 CO, art. 195 CP

I Aspects contractuels

Le droit suisse prévoit, pour le droit des contrats, le principe de la liberté contractuelle; cette liberté est toutefois souvent limitée. En matière de prostitution, les contrats conclus se heurtent à diverses limites, notamment la protection contre les engagements excessifs (art. 27 CC) et la conformité aux mœurs (art. 20 CO). Par ailleurs, le statut des personnes qui se prostituent (statut dépendant ou indépendant) est analysé de diverses manières, selon le domaine du droit concerné (droit des contrats, droit des étrangers, droit des assurances sociales, droit fiscal). Ces divergences d'analyse créent beaucoup de confusion en pratique.

Deux groupes de contrats nous intéressent:

1. Le contrat entre une prostituée¹ et son client.
2. Le contrat entre une prostituée et un partenaire contractuel autre qu'un client (bailleur, exploitant d'établissement, courtier, agence de placement etc.).

1. Le contrat entre une prostituée et son client

Le contrat conclu entre une prostituée et son client peut en principe être considéré comme un contrat de mandat. Le contrat de mandat est résiliable en tout temps (art. 404 CO), si bien qu'un tel contrat n'est a priori pas contraire à l'art. 27 CC (protection contre des engagements excessifs)².

La question est toutefois posée de savoir si ce contrat est conforme à l'art. 20 CO ou non. Dans une jurisprudence de 1985 (ATF 111 II 195), le Tribunal fédéral a jugé contraire aux mœurs le contrat conclu entre une prostituée et son client³. Une interpellation et une initiative cantonale, déposées en 2012⁴, demandent que cette question soit tranchée par la voie législative. Dans sa réponse du 5 mai 2012 à l'interpellation précitée, le Conseil fédéral relève que la notion d'immoralité varie au gré des évolutions sociétales et, se basant sur la doctrine récente, est d'avis qu'un contrat portant sur la fourniture de prestations sexuelles contre rémunération ne saurait plus aujourd'hui être considéré en soi comme contraire aux mœurs. Partant de l'idée que les tribunaux aussi franchiront vraisemblablement ce pas s'ils doivent statuer sur la question, le Conseil fédéral estime ainsi qu'il n'est pas impératif de régler explicitement ce point dans la législation fédérale.

Nonobstant la position du Conseil fédéral, les commissions compétentes du Conseil des Etats et du Conseil national ont, lors de leurs séances respectives du 22 janvier 2013 et du 5 septembre 2013, décidé de donner suite à l'initiative bernoise qui demande que la Confédération édicte des dispositions légalisant le contrat de fourniture de prestations sexuelles tarifées.

A noter que la jurisprudence a également connu un rebondissement récent dans ce domaine. Ainsi, la presse s'est-elle récemment faite l'écho d'un jugement rendu le 9 juillet 2013 par le Tribunal de district de Horgen (ZH)⁵. Ce jugement, qui a précisément trait à une créance entre une prostituée et son client, admet que le contrat conclu n'est pas contraire aux mœurs et qu'ainsi la rémunération prévue peut faire l'objet d'une action en justice. Il est ainsi probable que cette jurisprudence puisse servir de précédent pour d'autres instances judiciaires; il est toutefois à noter qu'il est rare que ce type de litige soit tranché par la justice.

2. Le contrat entre une prostituée et un partenaire contractuel autre qu'un client (par exemple: exploitant d'établissement, bailleur, courtier, agence de placement).

Même si la fourniture de services sexuels est jugée conforme aux mœurs, la liberté contractuelle de la prostituée reste limitée, en particulier par l'art. 27 CC (protection de la personnalité contre les engagements excessifs) et l'art. 195 CP (disposition pénale sanctionnant quiconque porte atteinte à la

¹ Le terme de prostituée est utilisé par mesure de simplification, tant il est vrai que la majorité des prostituées sont des femmes; il est toutefois clair que les personnes qui se prostituent peuvent également être des hommes.

² Sur l'ensemble de la question, voir l'avis de l'OFJ du 11 janvier 2013, p. 10.

³ Dans un arrêt pénal non publié de 2011 (6B.188/2011), le Tribunal fédéral s'est à nouveau référé à cette jurisprudence, sans toutefois procéder à un examen particulier de cette question.

⁴ Interpellation 12.3187 «Autoriser le contrat de prostitution», déposée le 15 mars 2012 par le CN Caroni; initiative 12.317 «Légalisation du contrat de fourniture de prestations d'ordre sexuel» déposée le 19 septembre 2012 par le Canton de Berne.

⁵ Bezirksgericht Horgen, Einzelgericht, Geschäft-Nr: FV120047-F/UB/MF; Urteil vom 9. Juli 2013 betreffen Anerkennungsklage.

liberté d'action d'une personne s'adonnant à la prostitution, notamment en la surveillant dans ses activités ou en lui imposant l'endroit, l'heure, la fréquence ou d'autres conditions). En d'autres termes, quel que soit le contrat qui la lie (*contrat nommé ou contrat innommé*), la personne qui se prostitue doit toujours être libre de décider de fournir ou non des prestations sexuelles.

a. Exercice de la prostitution dans le cadre d'un rapport de travail?

aa. Exercice de la prostitution dans le cadre d'un contrat de travail au sens des art. 319ss CO?

Dans son avis du 11 janvier 2013, l'Office fédéral de la justice (OFJ) est arrivé à la conclusion que l'exercice de la prostitution dans le cadre d'un contrat de travail au sens des art. 319ss CO n'est en principe pas admissible (sous réserve de la figure, plutôt théorique, du travail sur appel improprement dit). En résumé, selon l'avis précité, l'engagement de fournir des prestations sexuelles à des tiers, dans le cadre d'un contrat de travail «classique» au sens des art. 319ss CO, ne serait pas compatible avec l'art. 27 CC; par ailleurs, le rapport de subordination propre au contrat de travail peut très vite amener des situations qui ne seraient pas conciliables avec l'art. 195 CP. Dans un arrêt du 12 avril 2011 (ATF 137 I 167), le Tribunal fédéral a d'ailleurs rappelé qu'une clause contractuelle qui serait susceptible d'être interprétée comme un rapport de travail entre une personne se prostituant et un responsable de salon ou d'agence d'escorte instaure un rapport de dépendance propre à entraîner l'application de l'art. 195 al. 3 CP (c. 5.3 et les références citées).

Ces obstacles à la validité du contrat de travail ont pour effet de rendre aléatoire l'application par analogie des règles du droit du travail, qui garantiraient sinon une protection minimale aux prostituées.

bb. Contrat consistant en un simple devoir de présence auprès d'un établissement?

Une figure évoquée par la doctrine⁶ est un contrat où une prostituée s'engagerait à un simple devoir de présence auquel pourrait s'ajouter une disponibilité de principe («generelle Bereitschaft») de se prostituer.

Afin qu'un tel contrat soit valable, la personne qui se prostitue doit être en mesure de déterminer librement les prestations qu'elle est prête à offrir, sans faire l'objet de pressions ou d'un contrôle par son partenaire contractuel. Dans un tel cas, on pourrait imaginer un salaire de base combinée avec une rémunération liée au nombre de clients. Le paiement d'un salaire de base ne peut toutefois pas avoir une valeur impérative pour les parties qui peuvent l'écarter par contrat. La question de savoir si les limites posées par la loi sont respectées (en particulier l'art. 27 CCS) doit faire l'objet d'un examen de cas en cas.

On peut toutefois craindre que, si pour l'établissement le profit est fonction du nombre de clients (en raison par exemple de la perception d'une commission), la liberté d'action de la prostituée ne serait pas garantie.

Il faut également prendre en considération le fait qu'un tribunal amené à statuer sur un cas d'espèce pourrait, selon les circonstances, appliquer par analogie certaines dispositions protectrices découlant du contrat de travail (protection contre les licenciements, paiement du salaire).

b. Exercice de la prostitution en ayant recours aux services d'un intermédiaire pour la recherche de clients (par exemple: courtier, agence)?

La personne qui se prostitue ne se trouve pas, dans un tel contrat, dans un rapport de subordination et doit garder la possibilité de se déterminer sur la «mission». A priori, ce type de contrat ne devrait pas poser de problème pour autant que la personne qui se prostitue garde effectivement sa liberté de choix (ce qui ne serait vraisemblablement pas le cas si la rémunération de l'agence ne dépend que de quelques personnes et qu'ainsi elle exerce des pressions pour que la personne qui se prostitue accepte toutes les occasions qui lui sont présentées).

⁶ Brigitte Hürlimann, Prostitution-ihre Regelung im schweizerischen Recht und die Frage der Sittenwidrigkeit, Zürich, 2004.

c. Contrat de bail

La location de locaux pour l'exercice de la prostitution est en principe un contrat de bail commercial usuel. La question qui peut se poser, dans un tel contrat, est la disproportion entre prestation et contre-prestation, en d'autres termes un prix de location trop élevé par rapport au local loué⁷.

d. Contrat de bail assorti d'autres prestations

Le contrat de bail peut être assorti d'autres prestations (service «hôtelier»: par exemple service de réception, fourniture de linge de lit et d'articles d'hygiène; ménage et conciergerie; service de sécurité). La question de disproportion entre prestation et contre-prestation peut également se poser. Par ailleurs, par rapport au service de sécurité, la prostituée doit être en mesure de garder sa liberté de mouvement et ne pas être soumise à une surveillance (art. 195 CP).

e. Conclusion provisoire

Sous réserve de l'abandon du caractère contraire aux mœurs du contrat portant sur des prestations sexuelles, diverses constellations sont envisageables sur le plan contractuel; toutefois, un examen de cas en cas s'impose pour vérifier le respect des limites découlant de la loi, en particulier les limites découlant de l'art. 27 CCS. Selon le résultat de l'examen, le contrat pourra être déclaré valable, partiellement nul ou nul. Pour éviter l'insécurité juridique liée à un examen au cas par cas, la solution à privilégier est de poser un cadre juridique clair.

II Mesures envisageables

Pour donner suite à l'initiative bernoise, plusieurs options sont envisageables:

1. Ne rien faire et partir de l'idée de la jurisprudence du Tribunal de Horgen pourra si nécessaire servir de précédent.
2. Insérer de nouvelles dispositions dans le code des obligations (éventuellement une disposition comparable à l'art. 515a CO, relative aux créances découlant des jeux de hasard qui se sont déroulés dans une maison de jeu).
3. Insérer de nouvelles dispositions dans une loi spéciale (par exemple une loi fédérale sur la prostitution).

Par ailleurs, s'agissant des relations contractuelles en général, les mesures suivantes pourraient encore être examinées (sofern die gesellschaftliche Sittenwidrigkeit entfällt):

4. De manière générale, pour protéger les personnes qui se prostituent, les informer de leurs droits et veiller à ce qu'elles puissent recourir à une consultation juridique pour leur permettre de faire valoir leurs droits. Sich prostituierende Personen sollen Kenntnis über ihre vertraglichen Ansprüche erhalten und darüber aufgeklärt werden, dass ihre sexuelle Selbstbestimmung in jedem Fall zu beachten ist.
5. Prévoir, pour les litiges survenant dans le cadre de l'exercice de la prostitution, des centres de médiation ou de conseil permettant de réagir de manière simple et rapide. Les procédures judiciaires classiques ne sont probablement pas adéquates dans une profession où il existe une forte mobilité.
6. Pour réagir aux commissions abusives versées aux courtiers ou agences: prévoir une obligation de documentation, par ces intermédiaires, des prestations fournies et des montants demandés en contrepartie (voir article 19 lit. a de la loi genevoise⁸).
7. Prévoir des mesures de protection dans le droit des contrats (par exemple, pour concrétiser la protection contre les engagements excessifs, rappeler le libre choix d'offrir ou non des prestations sexuelles).

⁷ Dans une initiative parlementaire récente, 13.423, le CN Sommaruga propose de compléter le Code pénal par une nouvelle disposition, réprimant le fait, pour une personne physique ou morale, d'obtenir d'une personne exerçant la prostitution un avantage patrimonial disproportionné ou lui procurant un rendement abusif. La commission compétente du 1^{er} Conseil a, à une courte majorité, accepté le 7 novembre 2013 de donner suite à cette initiative dans le cadre de l'examen préalable.

⁸ Loi sur la prostitution (LProst) du 17 décembre 2009.

8. Prévoir des dispositions spécifiques pour les locaux loués à des personnes qui se prostituent: par exemple, le rappel des prix «usuels» selon l'endroit où se situent les locaux, l'obligation pour le bailleur de fournir une quittance de paiement du loyer, l'interdiction de prélever le loyer en fonction du nombre de clients ou du chiffre d'affaires, la mise en place d'une procédure simplifiée et rapide pour la contestation des loyers. Certes, pour réagir aux loyers abusifs, le droit du bail prévoit toute une série de mesures. Ces mesures permettent sans doute en théorie de contester des loyers excessifs. Mais les conditions d'action strictes et la nature civile des prétentions auront pour effet que les prostituées ne pourront pas faire valoir leurs droits, parce qu'elles n'agissent pas dans les délais et dans les formes requises. Il se peut aussi qu'elles n'agissent pas du tout faute de connaître leurs droits. A cela s'ajoute que des personnes qui ne restent au même endroit que pendant une durée limitée sont dans une situation défavorable car elles doivent agir à la conclusion de chaque nouveau bail⁹.

9. En plus des aspects contractuels, il faudrait également clarifier les questions liées à l'exercice de la prostitution dans les autres domaines (droit pénal, assurances sociales, aspects fiscaux, aspects du droit des étrangers). Il doit y avoir cohérence des règles et non pas, comme actuellement, des réponses divergentes à des questions semblables (à ce sujet, voir également le ch. III 2.).

III Compétences de réglementation de la Confédération

1. Compétence de légiférer sur les activités économiques privées

Selon l'art. 95 al. 1 Cst., la Confédération peut légiférer sur l'exercice des activités économiques privées; la Confédération pourrait donc légiférer en matière de prostitution¹⁰.

2. Compétence de la Confédération de légiférer en matière de droit civil et de droit pénal

Selon l'art. 122 Cst, la Confédération est compétente pour légiférer en matière de droit civil et de procédure civile. L'art. 123 Cst. prévoit également sa compétence en matière de droit pénal et de procédure pénale.

3. Compétence de la Confédération de légiférer en matière de séjour et d'établissement des étrangers

L'art. 121 Cst. prévoit la compétence de la Confédération de légiférer en matière de séjour et d'établissement des étrangers.

4. Compétence de la Confédération de légiférer en matière d'assurances sociales

Les art. 111 s Cst prévoient la compétence de la Confédération de légiférer en matière d'assurances sociales.

5. 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 ni régler l'usage du domaine public, ni la protection sanitaire pour d'autres maladies que celles visées à l'art. 118 al. 2 lit. b Cst (maladies transmissibles). Ainsi, la réglementation fédérale ne pourrait-elle pas régler exhaustivement l'exercice de la prostitution qui resterait partiellement réglé par la réglementation cantonale, voire communale.

IV Niveau de réglementation

1. Règles législatives

La plupart des questions qui se posent appellent des réponses dans le cadre d'un acte législatif (loi formelle) relevant du droit fédéral. Seules des règles posées au niveau de la loi formelle peuvent

⁹ Dans ce cadre, on peut mentionner la protection offerte par l'art. 157 CP (usure) et une récente jurisprudence où le Tribunal fédéral a retenu l'infraction d'usure s'agissant de loyers fixés pour la location de chambres à des prostituées (ATF 6 S.6/2007).

¹⁰ Voir, pour plus de détail, l'avis de l'OFJ du 11 janvier 2013, ch. 5.1.

avoir un effet contraignant et unificateur, et permettre de restreindre, si nécessaire, la liberté économique dont bénéficient également les personnes qui se prostituent.

2. Nécessité d'harmoniser les règles

Les problèmes qui se posent actuellement sont dus en grande partie à la disparité des règles. Cette disparité est de deux ordres: d'une part des réponses différentes aux mêmes questions selon le domaine du droit dans lequel on se trouve (par exemple les notions différentes de dépendance ou indépendance selon que l'on soit dans le domaine des assurances sociales, du droit des étrangers ou du droit fiscal), d'autre part par la coexistence de règles cantonales et fédérales disparates.

La disparité des règles est souvent induite par des considérations liées à l'application du droit des étrangers. Par exemple, on part du droit des étrangers pour poser des exigences s'agissant de l'exercice du métier de prostituée. Dans certains cantons, on impose une certaine forme contractuelle par le biais d'un «modèle de contrat de travail»¹¹ ou l'obligation de présenter un *business plan*. Ce mode de faire ne s'inscrit pas dans le cadre légal en vigueur et on peut notamment craindre que les exigences posées soient discriminatoires (en particulier en vertu de l'ALCP).

Comme déjà relevé, la plupart des matières relèvent de la compétence de la confédération. Une loi fédérale aurait l'avantage de permettre une harmonisation des règles. Dans un domaine où la mobilité est fréquente, l'harmonisation fait naturellement partie des objectifs visés et permet d'assurer une protection efficace des personnes qui se prostituent. Enfin, une réglementation fédérale permettrait d'éviter les écueils auxquels doivent faire face les textes cantonaux (force dérogatoire du droit fédéral)¹².

3. Contenu d'une éventuelle loi fédérale?

La Confédération pourrait, dans l'hypothèse où elle envisagerait d'édicter une loi fédérale relative à l'exercice de la prostitution, régler non seulement l'exercice de la profession mais également les aspects contractuels et pénaux, de même que les aspects relatifs aux assurances sociales et au droit des étrangers.

A noter que les règles posées doivent tenir compte des accords sur la libre circulation des personnes et ne pas avoir d'effets discriminatoires.

¹¹ Voir à cet égard le contrat «modèle» édicté par le canton de St-Gall.

¹² Voir en particulier les dispositions contestées de la loi genevoise sur la prostitution, ATF 137 I 167. Dans cet arrêt, le TF a en particulier annulé deux dispositions exigeant des salons et agences d'*escort* qu'ils obtiennent l'accord du bailleur. Le TF a jugé que ces dispositions constituaient une atteinte disproportionnée au libre exercice de la prostitution et qu'elles ne se prétaient pas à une interprétation conforme à la constitution; compte tenu de qui précède, le TF a toutefois jugé inutile d'examiner ces dispositions sous l'angle de la primauté du droit fédéral.