

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1274/2010-PE

ATA/545/2013

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 27 août 2013

2^{ème} section

dans la cause

Mesdames I_____ et C_____

représentées par Me Dimitri Tzortzis, avocat

contre

OFFICE CANTONAL DE L'INSPECTION ET DES RELATIONS DU TRAVAIL

**Recours contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du
1^{er} mars 2011 (JTAPI/102/2011)**

EN FAIT

- 1) Madame I_____ est de nationalité roumaine et exerce l'activité de prostituée à Genève.

Madame C_____ exploite depuis avril 2003, sous la raison individuelle H_____, inscrite au registre du commerce de Genève, un salon érotique à l'enseigne sis V_____, rue R_____ à Genève (ci-après : le salon).

- 2) Selon la publicité à laquelle se livre le salon sur internet (www.V_____.ch) et les extraits imprimés du site produits par Mmes I_____ et C_____, ce salon proposait des prestations sexuelles énoncées avec leur prix. Une liste des prostituées, sous leurs pseudonymes, avec mention des prestations sexuelles qu'elles offraient, figurait le site. Il était précisé à l'adresse du client que celles-ci n'étaient pas présentes en permanence, un bon nombre d'entre elles vivant à l'étranger, si bien qu'il lui était conseillé de téléphoner au salon pour connaître leurs disponibilités. Un seul numéro de téléphone figurait sur le site. Pour le paiement, le salon acceptait les cartes de crédit ou de débit.
- 3) Le 8 octobre 2009, le salon représenté par H_____ a conclu un contrat écrit avec Mme I_____, désignée comme la prestataire.

Son préambule rappelait ceci : « Le présent contrat ne constitue pas un contrat de travail. La prestataire est indépendante et ne répond pas à un quelconque rapport de subordination avec le salon. La relation de la prestataire avec un client est une relation de droit privé entre l'hôtesse et le client. La prestataire est personnellement responsable de tous les rapports avec les autorités concernant son travail, notamment au niveau administratif (AVS, etc.), fiscal (administration fiscale de son canton de domicile, AFC, TVA, etc.), ainsi qu'à toute obligation légale ».

Selon les clauses contractuelles, le salon offrait à l'hôtesse pendant les périodes de location convenues la possibilité d'utiliser ses locaux à des conditions particulières dans le but d'offrir aux clients des prestations à caractère sexuel dénommées « passes ». Il fournissait des locaux meublés, propres et salubres, ainsi que le matériel permettant l'exercice de l'activité de la prestataire et une publicité adéquate. La prestataire devait également assurer sa propre publicité pour pouvoir être contactée directement dans le but d'accroître sa clientèle. Elle devait être en âge de fournir les services offerts. Si elle n'était pas suisse, elle devait s'annoncer comme prestataire de service indépendante selon la procédure d'annonce et de séjour non soumis à l'autorisation, si elle était ressortissante de l'Union européenne (ci-après : UE), ou avoir un permis de travail valable pour

exercer à Genève. Dans ce dernier cas, une copie du permis devait être remise au salon.

La prestataire devait payer au salon CHF 67.- TVA incluse, pour les quarante premières minutes d'utilisation de la chambre avec un client, puis CHF 57.- pour chaque période de trente minutes entamée supplémentaire. Le prix incluait l'utilisation des locaux communs et certains services annexes ainsi que la publicité. Le contrat pouvait être résilié sans préavis et sans avoir à donner de motif. La résiliation du contrat entraînait un processus de reddition de compte. L'hôtesse avait des obligations de tenir les locaux propres et de procéder à des travaux de nettoyage des chambres mises à disposition. Lorsque le client payait par carte de crédit, la prestataire devait s'engager à mettre en œuvre une procédure de paiement qui lui serait communiquée par le salon. Tous les risques étaient à sa charge si elle ne la respectait pas. Lors du paiement par carte de crédit, le salon recouvrait les montants dus à la prestataire comme un simple encaissement pour le compte d'un tiers. Le salon verserait à la prestataire dans les cinq jours dès réception de l'avis de paiement le montant recouvré. Celle-ci devait respecter la législation en vigueur à Genève concernant l'exercice de la prostitution.

- 4) Le 9 décembre 2009, l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail (ci-après : OCIRT) a envoyé à tous les salons de massage à Genève, dont le salon V_____, une lettre d'information en vertu de laquelle les ressortissantes, en l'occurrence de l'UE ou de l'Association européenne de libre-échange (ci-après : AELE), se prostituant dans les salons de massage ne pourraient plus bénéficier, dès le 1^{er} mars 2010, de la procédure d'annonce pour prestataires de services indépendants, étant considérés depuis cette date comme des travailleurs salariés. Le changement de statut se fondait sur le ch. 2.3.3.1 des Directives de l'office fédéral des migrations (ci-après : ODM), sur l'accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes (ALCP - RS 0.142.112.681 ; version 01.6.09), en vertu duquel le début de l'exercice de la prostitution était considéré comme une prise d'emploi auprès d'un employeur suisse. Pour les ressortissantes de dix-sept pays européens dont la liste était donnée, la prise d'une activité dans un salon devait être annoncée dès le premier jour et, au cas où celle-ci durait plus de nonante jours effectifs par année civile, une autorisation de séjour devait être requise. De même, pour les ressortissantes de la Communauté Européenne provenant d'Estonie, de Hongrie, de Lituanie, de Lettonie, de Pologne, de Slovaquie, de Slovénie, de Tchéquie, de Roumanie et de Bulgarie, le propriétaire de l'établissement devait requérir une autorisation de séjour pour son employé.
- 5) Le 18 janvier 2010, Mme C_____ s'est adressée à l'OCIRT pour le compte de son entreprise individuelle. La lettre d'information du 9 décembre 2009 ne comportait ni la mention « décision » ni l'indication des voies de droit. Elle avait

pourtant le caractère d'une décision au sens de l'art. 4 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10). Elle demandait une notification formelle de celle-ci pour pouvoir recourir.

- 6) Le 27 janvier 2010, Mme I_____ a annoncé à l'OCIRT son activité lucrative comme indépendante dans le salon de V_____ jusqu'au 5 avril 2010. Suite à cela, l'OCIRT lui a retourné une attestation d'annonce de prise d'activité lucrative pour indépendante du 28 janvier 2010 au 28 février 2010.
- 7) Le 28 janvier 2010, l'OCIRT a répondu au courrier de Mme C_____ du 18 janvier 2011. Sa communication du 9 décembre 2010 ne constituait pas une décision. Il lui serait loisible de recourir contre une première décision de refus rendue sur la base des directives de l'ODM.
- 8) Le 4 février 2010, Mme C_____ s'est adressée à l'OCIRT pour le compte de son entreprise individuelle. L'OCIRT était prié de confirmer par écrit sa décision d'imposer le dépôt d'une demande d'autorisation de travail auprès du service de l'emploi cantonal si elle souhaitait que Mme I_____ continue à exercer son activité lucrative dans ses salons au-delà du 28 février 2010 ou de lui adresser une décision par laquelle sa demande de pouvoir exercer son activité lucrative indépendante jusqu'au 5 avril 2010 était refusée.
- 9) Le 1^{er} mars 2010, Mmes I_____ et C_____ ont recouru auprès du Tribunal administratif de première instance (ci-après : TAPI) contre les décisions orales de refus de pouvoir exercer leur activité au titre d'indépendantes qui avaient été communiquées le 24 février précédent à leur conseil par une collaboratrice de l'OCIRT dans les locaux de celui-ci.

Elles ont conclu à l'annulation des décisions litigieuses et à ce que la première soit autorisée à exercer son activité dans les locaux de la deuxième pendant une période ne dépassant pas nonante jours de travail effectif par année, sans avoir à solliciter un titre de séjour ou une autorisation de travail. Le TAPI était également invité à constater que Mme C_____ n'était pas tenue de solliciter la délivrance d'une autorisation de travail, respectivement de déposer une telle demande avant la poursuite de l'activité dans les locaux de Mme I_____ et d'une de ses collègues - qui n'est pas partie à la présente procédure, Madame M_____, au-delà du 28 février 2010, quelle qu'en soit la durée.

La convention passée entre Mmes I_____ et C_____ présentait les caractéristiques d'une activité exercée à titre d'indépendante et non d'un contrat de travail. Le salon V_____ ne faisait que mettre des locaux à disposition de l'hôtesse, dans les conditions du contrat signé entre elles. C'était la prestataire qui choisissait son client en fonction de ses disponibilités et de ses souhaits. Elle était libre d'exercer son activité à l'extérieur du salon. C'était la prestataire qui fixait les rendez-vous et recevait ses clients au salon. Il n'y avait ni réception ni caisse et

le salon n'était qu'une plateforme de rencontres. Les clients payaient directement en mains de la prestataire, soit par carte de crédit, soit en espèces. Dans le premier cas, il était fait usage d'un système de cartes de crédit mis à disposition par Mme C_____. Les montants étaient encaissés pour le compte de l'hôtesse, comme indiqué sur le site internet, avec une commission de 10 % calculée sur la base du montant crédité. Le montant payé par le client était ensuite transféré sur un compte courant détenu par l'hôtesse. L'organisme de crédit transférait le montant encaissé sur le compte courant de Mme C_____, qui le restituait à l'hôtesse avec un décompte, ne conservant que la commission de 10 %. Le risque qu'il y ait un refus de paiement de la prestation de l'hôtesse par le client incombait à cette dernière. Les prestataires de tels services étaient considérés comme des indépendantes au regard des assurances sociales, notamment de l'assurance-vieillesse et survivants et de l'assurance chômage. Il en allait de même des impôts directs perçus par l'administration fiscale, qui, lors d'un récent contrôle auprès de Mme C_____, n'avait effectué aucune reprise en rapport avec les sommes versées par les clients, selon le système décrit ci-dessus.

L'activité de Mme I_____ ne constituait aucunement une activité de travailleur salarié. Elle ne travaillait pas en faveur d'une autre personne ni sous la direction de celle-ci. Elle touchait une rémunération en contrepartie de la prestation qu'elle livrait.

- 10) Le 8 mars 2010, l'OCIRT a refusé de délivrer à cette dernière une attestation d'annonce d'une activité lucrative pour indépendante en qualité de prostituée dans le salon V_____ exploité par Mme C_____ pour la période allant du 1^{er} mars au 5 avril 2011. La prostitution en salons de massage constituait une activité lucrative dépendante comme le rappelait le ch. 2.3.3.1 des Directives de l'ODM, dans leur version 01.6.09. Cela signifiait que, pour les ressortissantes de dix-sept pays de l'UE, la prise d'une activité dans un salon devait être annoncée dès le premier jour et une autorisation de séjour étant requise au cas où l'activité en question durait plus de nonante jours effectifs par année civile. Pour les ressortissantes de huit autres pays européens qu'elles énonçaient, dont la Roumanie et la Bulgarie faisait partie, la prise d'une activité dans un salon impliquait de la part du propriétaire de l'établissement qu'il requière une autorisation de séjour pour son employée.

Il y avait lieu de se référer au ch. 2.3.3.1 des Directives de l'ODM qui considérait que la personne gérant l'infrastructure d'un salon de massage, et qui décidait quelle femme de nationalité étrangère travaillait dans l'établissement en tant que prostituée, était à considérer comme directeur et employeur. Cela était valable même lorsque cette personne ne donnait aucune directive aux prostituées quant à l'horaire, au nombre de clients, au genre de prestations à offrir etc. Pour une ressortissante roumaine comme Mme I_____, Mme C_____ devait requérir une autorisation de travail pour son employée. Selon l'art. 28 du règlement

genevois d'application de l'ordonnance sur l'introduction progressive de la libre circulation des personnes entre, d'une part, la Confédération suisse et, d'autre part, la Communauté européenne et ses Etats membres, ainsi qu'entre les Etats membres de l'AELE du 28 juin 2006 (RaOLCP - F 2 10.02), les employeurs ne pouvaient occuper le travailleur en cause durant la procédure d'examen et jusqu'à décision définitive.

- 11) Le 18 mars 2010, Mmes I_____ et C_____ ont transmis au TAPI la décision de l'OCIRT précitée, qui confirmait la décision entreprise et vis-à-vis de laquelle les recourantes persistaient dans les termes et conclusions de leur recours.

Le courrier de l'OCIRT du 8 mars 2010 comportait deux implications ressortant de ces considérants, qui n'étaient pas celles communiquées verbalement à leur mandataire le 24 février 2010. L'obligation faite au salon V_____ de déposer une demande d'autorisation pour l'exercice de l'activité de Mme I_____ pendant la période allant du 1^{er} mars au 5 avril 2010 et l'interdiction faite au salon V_____ d'occuper le travailleur en cause durant la procédure d'examen jusqu'à décision définitive en fonction de l'art. 28 RaOLCP constituait une décision faisant interdiction à Mme I_____ de continuer à exercer sa profession d'hôtesse alors qu'elle estimait avoir la qualité d'indépendante et de pouvoir le faire sur la seule base de l'annonce requise pour pouvoir exercer une activité d'hôtesse de ce type (art. 25, 13 et 10 al. 2 RaOLCP). Au-delà de l'argumentation déjà présentée, elles estimaient que l'art. 28 RaOLCP ne s'appliquait pas au cas de Mme I_____ et que la nouvelle pratique instaurée par la décision entreprise n'était pas appliquée dans tous les cantons alors qu'il était dit qu'elle résultait des directives de l'ODM.

- 12) Le 10 juin 2010, l'OCIRT a conclu au rejet du recours et à la confirmation de la décision du 8 mars 2010.

La pratique instaurée par la directive de l'ODM était conforme au droit et à la jurisprudence du Tribunal fédéral. La prestation de l'hôtesse œuvrant au sein du salon V_____ relevait du contrat de travail dès lors qu'elle faisait entrer en jeu quatre éléments essentiels fondant un tel rapport contractuel soit une prestation de travail, un rapport de subordination, un élément temporel et une rémunération.

Les hôtesse devaient fournir des prestations à caractère sexuel contre rémunération. Elles se trouvaient dans un rapport de subordination avec le propriétaire du salon qui les choisissait, assurait leur publicité, contrôlait leur âge, leur permis de travail, leur enregistrement auprès de la brigade des mœurs, fixait les conditions d'utilisation des locaux en matière d'hygiène, de respect du matériel, de remise en état des lieux et se réservait le droit de maintenir l'ordre dans ses locaux. Le contrat passé entre le salon et ses hôtesse était conclu pour une certaine durée. C'était le salon qui fixait les tarifs des prestations des hôtesse et gérait les paiements par carte de crédit. De même, c'était lui qui faisait la

publicité par le biais de son site internet et canalisait les appels des clients sur un numéro de téléphone qui seul permettait d'atteindre toutes les hôtesse. La nature de l'activité des hôtesse relevait sans aucun doute de la prostitution, compte tenu du genre de prestations proposées. La position des hôtesse ayant contracté avec le salon pouvait être assimilée à celle d'une coiffeuse dans un salon de coiffure ou d'une esthéticienne dans un institut de beauté. La jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes (ci-après : CJCE) faisait de la qualité de salarié une interprétation extensive.

- 13) Le 1^{er} mars 2011, le TAPI a rejeté le recours de Mmes I_____ et C_____.

Le recours devait être rejeté sans qu'il y ait besoin d'ordonner des enquêtes pour déterminer la nature du contrat du 8 octobre 2009. En effet, il était établi que l'exercice de la prostitution devait avoir lieu en salon dans un lieu mis à disposition par un exploitant aux fins du seul exercice de cette profession. Peu importait la teneur des directives édictées par l'ODM à ce sujet, qui n'avaient au demeurant pas valeur légale et ne liaient pas le juge. En revanche, l'ATF 128 IV 170 avait posé comme principe qu'il existait nécessairement un lien de dépendance entre une prostituée et l'exploitant du salon de massage, quelle que soit l'indépendance dont celle-ci jouissait dans l'organisation de son travail. La prétendue liberté dont faisait état le contrat conclu entre Mmes I_____ et C_____ ne changeait rien au fait qu'il s'agissait dans tous les cas de prostitution, l'hôtesse exerçant son activité dans le salon dépendant du bon vouloir de l'exploitant. Celui-ci pouvait accepter ou refuser l'accès d'un client selon son désir et mettre fin au contrat le liant à l'hôtesse d'un moment à l'autre. Les clauses du contrat du 8 octobre 2009 ne jouaient qu'un rôle secondaire. A cela s'ajoutait le fait que, s'agissant de prostitution, celle-ci était la plupart du temps exercée soit en raison de l'état de nécessité, soit sous une forme ou une autre de contrainte. Dès lors, une prostituée œuvrant dans un salon de massage devait être qualifiée de travailleuse salariée au sens de l'art. 6 § 2 annexe 1 ALCP. Toute prise d'emploi devait dès lors obtenir préalablement l'accord de l'OCIRT.

- 14) Par pli posté le 8 avril 2011, Mmes I_____ et C_____ ont recouru auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre le jugement du TAPI du 1^{er} mars 2011, reçu le 9 mars 2011.

Elles concluaient préalablement à la confirmation de l'effet suspensif du recours concernant l'obligation imposée à Mme C_____ de solliciter une autorisation de travail préalablement à la poursuite de l'activité de Mme I_____ comme hôtesse au sein du salon, ainsi qu'à la confirmation de l'effet suspensif du recours, s'agissant de l'interdiction faite à Mme I_____ de poursuivre son activité d'hôtesse au-delà du 28 février 2010. Sur le fond, elles concluent à l'annulation du jugement du TAPI précité.

Mme I_____ devait être considérée comme une prestataire de service indépendante au sens de l'ALCP et elle était autorisée à exercer son activité d'hôtesse dans les locaux du salon pour une période ne dépassant pas nonante jours de travail effectifs par année civile. Il devait être également constaté que Mme C_____ n'était pas tenue de solliciter la délivrance de l'autorisation de travail, respectivement de déposer une telle demande pour la poursuite de l'activité de Mme I_____.

- 15) Par décision présidentielle du 19 mai 2011 sur effet suspensif et mesures provisionnelles, la présidente de la chambre administrative a rejeté la demande d'octroi de l'effet suspensif traitée comme une demande de mesures provisionnelles formée par Mme I_____ et rejeté, en tant qu'elle était recevable, la demande de restitution de l'effet suspensif, traitée comme une demande de mesures provisionnelles formée par Mme C_____.
- 16) Le 26 mai 2011, l'OCIRT a conclu au rejet du recours. Il a persisté dans son argumentation antérieure. Une prostituée œuvrant dans un salon de massage se trouvait dans un rapport de subordination avec l'exploitant de celui-ci et, partant, était liée avec lui par un contrat de travail.
- 17) Le 30 mai 2011, le juge délégué a accordé aux parties un délai au 9 juin 2011 pour formuler toute requête complémentaire.
- 18) Après avoir obtenu une prolongation dudit délai, les recourantes ont persisté dans leur demande d'audition de témoins, dont elles avaient donné la liste dans leur recours. Ces auditions permettraient de mettre en évidence les circonstances particulières du cas d'espèce, qui le faisait s'écarter de la jurisprudence retenue par l'OCIRT.
- 19) Une audience de comparution personnelle des parties, appointée dans un premier temps au 19 décembre 2011, s'est tenue le 20 février 2012. Mme I_____ n'a pas comparu, son avocat ayant indiqué qu'elle était retenue en Roumanie par la neige.

Mme C_____ était propriétaire avec son mari du salon V_____. Elle n'effectuait aucune publicité en vue de recruter des prostituées. Chaque prostituée qui venait exercer dans son salon signait le contrat dont elle avait versé un exemplaire à la procédure. Il s'agissait d'un contrat sans limite dans le temps, sauf résiliation par l'une ou l'autre des parties. Chaque prostituée devait faire elle-même sa publicité, dans les journaux ou sur internet. C'était ce que Mme I_____ avait fait. Elle-même mettait à disposition de chacune des utilisatrices une page du site internet, où elles pouvaient mettre des photos et se présenter. Les prostituées pouvaient être contactées directement sur leurs téléphones personnels mais aussi via le salon. Elles figuraient toutes dans la liste consultable sur internet sur le site du salon V_____, avec leurs différentes prestations. Elles n'étaient pas obligées

d'afficher leurs photos ou d'avoir un numéro de téléphone personnel. Dans les locaux du salon, il n'y avait que des prostituées qui exerçaient leur activité 24h/24h. Il y avait une exception, soit une secrétaire qui venait un ou deux jours par semaine faire du travail administratif. Le client était celui de la prostituée et non celui du salon V_____. Si le client causait du trouble, c'était la prostituée qui devait se charger de l'expulser. Elle-même ne s'en occupait que si elle était présente.

Le client payait directement la prostituée et à la fin de la journée celle-ci rétrocédait ce qu'elle devait au salon. Le temps d'occupation était décompté grâce à un ordinateur sur lequel les prostituées se loguaient lorsqu'elles prenaient la chambre et se déloguaient à la fin de leur activité. Si le client voulait payer avec une carte de crédit, elle mettait à disposition de la prostituée le système de cartes de crédit du salon. C'était le seul cas dans lequel elle rétrocédait à la prostituée ce qui lui revenait du prix de la prestation. Le tarif des prestations affiché sur le site internet constituait le tarif conseillé. La prostituée pouvait se faire payer plus ou moins que le prix conseillé. Lorsque la prostituée se loguait au système informatique, elle mentionnait un prix en fonction de la durée présumée d'utilisation de la chambre. Elle n'avait pas de moyen de contrôler ce qu'elles avaient encaissé elles-mêmes ni quelles prestations elles avaient offertes. Elle acceptait toute personne qui désirait utiliser l'espace du salon pour y exercer son métier. Il n'y avait pas de tri préalable. En revanche, elle pouvait mettre fin au contrat si une prostituée posait des problèmes de comportement. Elle tenait elle-même le registre imposé par la loi, qui était à disposition de la brigade des mœurs, dans un coffre-fort que les policiers pouvaient eux-mêmes ouvrir selon les indications données lorsqu'elle était absente des locaux. C'étaient les prostituées qui étaient dans les locaux qui répondaient au téléphone lorsqu'un client appelait. Ceux-ci étaient reçus sur rendez-vous mais également sur le champ, lorsqu'ils n'en prenaient pas. Si la prostituée ne voulait pas les recevoir, soit elle ne se présentait pas, soit elle refusait. En raison de la pratique de l'OCIRT, elle était obligée d'effectuer elle-même les démarches pour obtenir des autorisations de travail pour les prostituées de la Communauté européenne. Contrairement à d'autres cantons, les autorisations de travail n'étaient plus délivrées à Genève pour les Roumaines et les Bulgares.

Selon l'OCIRT, une Roumaine ou une Bulgare qui s'annonçait pour travailler comme prostituée indépendante pouvait le faire si elle ne travaillait pas dans un salon. Pour les ressortissantes européennes des autres pays, elles pouvaient obtenir une autorisation de travail. Si elles travaillaient en salon, elles étaient considérées comme travailleuses dépendantes. Les ressortissantes provenant de l'UE ou de l'AELE pouvaient travailler comme prostituées en Suisse. Si elles travaillaient en salon, elles obtenaient un permis de travail. Elles étaient considérées comme travailleuses dépendantes mais ce n'était pas l'employeur qui devait faire des démarches et pouvaient ainsi obtenir leur permis.

Selon Mme C_____, les ressortissantes de l'UE et de l'AELE qui travaillaient dans son salon étaient indépendantes et elles s'acquittaient de leurs charges sociales. La décision contre laquelle elle recourait lésait directement ses intérêts financiers, dans le sens où on l'empêchait de travailler avec des ressortissantes Roumaines ou Bulgares. Elle se sentait d'autant plus lésée que dans le canton de Vaud ces dernières pouvaient travailler. Lorsque des prostituées Roumaines ou Bulgares se présentaient, elle les envoyait dans ce canton car elles voulaient rester dans un canton francophone.

- 20) Le 27 février 2012, l'OCIRT a écrit au juge délégué, qui s'était enquis, à l'issue de l'audience de comparution personnelle du 20 février 2012, de la façon dont les cantons suisses appliquaient la directive de l'ODM et la récente circulaire du mois de janvier 2012. L'OCIRT avait effectué des recherches dans les cantons de Vaud, Neuchâtel, Saint-Gall et Zurich. Les deux premiers traitaient toutes les prostituées roumaines comme des indépendantes. Le canton de Saint-Gall appliquait la directive exactement comme le canton de Genève. Le canton de Zurich donnait uniquement des permis pour nonante jours. Il précisait encore que le canton de Thurgovie délivrait des permis L sans discuter à toute personne qui le demandaient. Par ce biais, les bénéficiaires s'empressaient de rejoindre les grands centres urbains hors de la Thurgovie. L'ODM envisageait de mettre de l'ordre dans ces pratiques diverses et cela se ferait probablement par la voie d'une unification forcée et d'un durcissement des mesures, s'agissant de protéger des personnes vulnérables contre le trafic d'êtres humains.
- 21) Le 28 février 2012, le juge délégué a informé les parties qu'elles étaient susceptibles de déposer des observations finales d'ici au 20 mars 2012, suite à quoi, la cause serait gardée à juger. Aucune d'entre elles n'a fait usage de cette faculté.

EN DROIT

- 1) Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable (art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire - LOJ - E 2 05 ; 62 al. 1 let. a LPA).
- 2) Le recours porte sur l'obligation faite par l'OCIRT à l'exploitante du salon de requérir une autorisation de travail pour son hôtesse, ressortissante de Roumanie.
- a. L'ALCP est en vigueur depuis le 1^{er} juin 2002 pour les ressortissants des anciens Etats membres de l'UE (UE-15) et de l'AELE. Au 1^{er} avril 2006, il a été étendu aux dix Etats ayant adhéré à l'UE au 1^{er} mai 2004 (UE-8 ; Chypre et Malte ayant été immédiatement intégrés au régime applicable aux membres de l'UE-15, devenant ainsi l'UE-17). Le 8 février 2009, le peuple suisse a accepté la

reconduction de l'accord et son second protocole qui l'étendait à la Bulgarie et à la Roumanie. Depuis le 1^{er} juin 2009, l'accord s'applique également à ces deux nouveaux Etats membres (UE-2).

Les ressortissants de l'UE-17 et de l'AELE bénéficient d'une libre circulation complète. A partir du 1^{er} mai 2011, les ressortissants de l'UE-8 bénéficient du même régime de libre circulation complète applicable désormais à tous les Etats UE-25/AELE (UE17 + UE-8 + AELE). Les citoyens bulgares et roumains (UE-2) restent soumis à des restrictions jusqu'au 31 mai 2016 au plus tard.

Les ressortissants roumains et bulgares, s'ils sont prestataires indépendants au sens de l'art. 12 annexe I ALCP, sont soumis à une obligation d'annonce alors que, s'il s'agit d'une prise d'emploi auprès d'un employeur au sens de l'art. 6 annexe I ALCP, l'exercice de l'activité lucrative est soumis à autorisation.

3) La question à résoudre est celle de la qualification de l'activité d'une des recourantes dans le salon de l'autre, en droit des étrangers.

a. Le Tribunal fédéral a déjà défini que la qualité de travailleur salarié et d'indépendant, au sens de l'ALCP, était une notion autonome de droit communautaire qui devait s'interpréter en tenant compte de la jurisprudence pertinente de la CJCE antérieure à la date de la signature de l'accord (art. 16 § 2 ALCP). En outre, le Tribunal fédéral peut également s'inspirer des arrêts rendus postérieurement à cette date, surtout s'ils ne font que préciser une jurisprudence antérieure (ATF 131 II 339 du 29 avril 2005 consid. 3.1). Il est toutefois admis que la jurisprudence rendue par le Tribunal fédéral recouvre largement celle de la CJCE en la matière (M. SPESCHA / A. KERLAND / P. BOLZLI, Handbuch zum Migrationsrecht, 2010, p. 128).

D'une part, la notion de travailleur est interprétée de façon extensive et est définie selon des critères objectifs qui caractérisent la relation de travail, au regard des droits et des devoirs des personnes concernées. La caractéristique essentielle de la relation de travail est, selon la jurisprudence, la circonstance qu'une personne accomplit pendant un certain temps, en faveur d'une autre personne et sous la direction de celle-ci, des prestations en contrepartie desquelles elle touche une rémunération (ATF 131 II 339 consid. 3.2 p. 345 et la jurisprudence de la CJCE citée).

D'autre part, il est déterminant que l'activité indépendante soit exercée à son propre compte et à ses propres risques. La personne en question ne sera pas tenue de suivre des directives de tiers, ne connaîtra pas de rapport de subordination, ni n'aura adhéré à une organisation du travail d'une entreprise. (M. SPESCHA / A. KERLAND / P. BOLZLI, Handbuch zum Migrationsrecht, 2010, p. 128).

b. Le Tribunal fédéral a déjà jugé, dans le cadre de l'application de l'ancien art. 23 al. 3 de la loi fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers du 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

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 1^{er} mars 2010, les ressortissantes de l'UE/AELE se prostituant dans les salons de massage genevois ne pourraient plus bénéficier de la

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

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).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 8 avril 2011 par Mesdames C_____ et I_____ contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 1^{er} mars 2011 ;

au fond :

le rejette ;

met un émolument de CHF 1'000.- à la charge conjointe et solidaire de Mesdames C_____ et I_____ ;

dit qu'il ne leur est pas alloué d'indemnité ;

dit que, les éventuelles voies de recours contre le présent arrêt, les délais et conditions de recevabilité qui leur sont applicables, figurent dans la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), dont un extrait est reproduit ci-après. Le mémoire de recours doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

communique le présent arrêt à Me Dimitri Tzortzis, avocat des recourantes, à l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail, au Tribunal administratif de première instance, ainsi qu'à l'office fédéral des migrations.

Siégeants : Mme Junod, présidente, Mme Hurni et M. Dumartheray, juges.

Au nom de la chambre administrative :

le greffier-juriste :

F. Scheffre

la présidente siégeant :

Ch. Junod

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :

Extraits de la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110)

consultable sur le site: http://www.admin.ch/ch/f/rs/c173_110.html

Recours en matière de droit public (art. 82 et ss LTF)

Art. 82 Principe

Le Tribunal fédéral connaît des recours :

a. contre les décisions rendues dans des causes de droit public ;

...

Art. 83 Exceptions

Le recours est irrecevable contre :

...

c. les décisions en matière de droit des étrangers qui concernent :

1. l'entrée en Suisse,
2. une autorisation à laquelle ni le droit fédéral ni le droit international ne donnent droit,
3. l'admission provisoire,
4. l'expulsion fondée sur l'art. 121, al. 2, de la Constitution ou le renvoi,
5. les dérogations aux conditions d'admission,
6. la prolongation d'une autorisation frontalière, le déplacement de la résidence dans un autre canton, le changement d'emploi du titulaire d'une autorisation frontalière et la délivrance de documents de voyage aux étrangers sans pièces de légitimation ;

d. les décisions en matière d'asile qui ont été rendues :

1. par le Tribunal administratif fédéral,
2. par une autorité cantonale précédente et dont l'objet porte sur une autorisation à laquelle ni le droit fédéral ni le droit international ne donnent droit ;

...

Art. 89 Qualité pour recourir

¹ A qualité pour former un recours en matière de droit public quiconque :

- a. a pris part à la procédure devant l'autorité précédente ou a été privé de la possibilité de le faire ;
- b. est particulièrement atteint par la décision ou l'acte normatif attaqué, et
- c. a un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification.

...

Art. 95 Droit suisse

Le recours peut être formé pour violation :

- a. du droit fédéral ;
- b. du droit international ;
- c. de droits constitutionnels cantonaux ;
- d. de dispositions cantonales sur le droit de vote des citoyens ainsi que sur les élections et votations populaires ;
- e. du droit intercantonal.

Art. 100 Recours contre une décision

¹ Le recours contre une décision doit être déposé devant le Tribunal fédéral dans les 30 jours qui suivent la notification de l'expédition complète.

Recours constitutionnel subsidiaire (art. 113 et ss LTF)

Art. 113 Principe

Le Tribunal fédéral connaît des recours constitutionnels contre les décisions des autorités cantonales de dernière instance qui ne peuvent faire l'objet d'aucun recours selon les art. 72 à 89.

Art. 115 Qualité pour recourir

A qualité pour former un recours constitutionnel quiconque :

- a. a pris part à la procédure devant l'autorité précédente ou a été privé de la possibilité de le faire et
- b. a un intérêt juridique à l'annulation ou à la modification de la décision attaquée.

Art. 116 Motifs de recours

Le recours constitutionnel peut être formé pour violation des droits constitutionnels.

Art. 100 Recours contre une décision

¹ Le recours contre une décision doit être déposé devant le Tribunal fédéral dans les 30 jours qui suivent la notification de l'expédition complète.

Recours ordinaire simultané (art. 119 LTF)

¹ Si une partie forme contre une décision un recours ordinaire et un recours constitutionnel, elle doit déposer les deux recours dans un seul mémoire.

² Le Tribunal fédéral statue sur les deux recours dans la même procédure.

³ Il examine les griefs invoqués selon les dispositions applicables au type de recours concerné.