
Numéro de l'intervention: 251-2010
Type d'intervention: **Motion**

Déposée le: 01.12.2010

Déposée par: Zumstein (Bützberg, PLR) (porte-parole)
Mühlheim (Bern, Les Verts)
Wasserfallen (Bern, PS)
Schöni-Affolter (Bremgarten, pvl)
Kohli (Bern, PBD)
Leuenberger (Trubschachen, PBD)
Meyer (Roggwil, PS)

Cosignataires: 23

Urgente:

Date de la réponse: 06.07.2011
Numéro de l'ACE 1181/2011
Direction: POM



Assimiler l'exercice de la prostitution à une activité lucrative dépendante

Le Conseil-exécutif est chargé d'élaborer les bases légales permettant l'exercice de la prostitution à titre d'activité lucrative dépendante.

Développement

Les dispositions légales applicables à la prostitution ne protègent pas les personnes prostituées comme elles le devraient et ne font au contraire que bétonner l'hypocrisie qui règne à cet égard.

Il est en effet impossible de conclure un contrat de travail avec une personne prostituée puisque, dans ce domaine, il est interdit d'édicter des règles sur la nature et le tarif des prestations.

Les personnes exerçant la prostitution ne peuvent donc pas bénéficier de la protection assurée par le droit du travail, ni des assurances sociales. Et pourtant, dans la plupart des cas, elles se trouvent de fait dans un rapport de dépendance.

La loi allemande sur la prostitution, édictée en 2002, prévoit expressément que les personnes exerçant la prostitution le font à titre payant et que l'exercice de la prostitution à titre dépendant au sens du droit des assurances sociales est admis. L'employeur a toutefois un droit restreint de donner des instructions.

Le canton de Saint-Gall a établi un contrat-type de travail pour les travailleurs et travailleuses du sexe. La personne salariée cède une partie de son chiffre d'affaires à son employeur ou employeuse, selon un pourcentage convenu entre les deux parties. Les assurances sociales sont calculées sur la part qui reste acquise à la personne salariée. Ce type de rémunération ne tombe ainsi pas sous le coup de l'encouragement à la prostitution réprimé par le Code pénal.

La prostitution n'est pas un métier comme un autre. La loi ne devrait cependant pas être discriminatoire, mais bien plutôt favoriser la tolérance de la part de la société et offrir la meilleure protection possible aux travailleurs et travailleuses du sexe.

Réponse du Conseil-exécutif

La motion charge le Conseil-exécutif d'élaborer les bases légales permettant d'exercer la prostitution à titre d'activité lucrative dépendante. L'objectif premier est d'améliorer la protection des personnes exerçant la prostitution en matière de droit des assurances sociales.

La prostitution est une industrie légale mais différente des autres. Le danger d'abus et d'exploitation ainsi que les risques pour la santé sont plus élevés que dans d'autres secteurs. A l'instar de la motion, le Conseil-exécutif considère qu'il est très important de renforcer la protection des personnes exerçant cette activité. Les abus et l'exploitation doivent être empêchés dans la mesure du possible. Voilà précisément ce que vise le projet de loi sur l'exercice de la prostitution (LEP) dont le Grand Conseil débattera en première lecture selon toute vraisemblance en novembre 2011. Ce projet comprend un ensemble de mesures visant à améliorer les conditions de travail dans le milieu de la prostitution. L'amélioration de la protection en matière de droit des assurances sociales en fait partie.

La distinction entre activité lucrative dépendante et indépendante n'est pas toujours aisée. Elle varie selon les domaines juridiques et elle est déjà définie par la loi dans certains d'entre eux¹. L'interprétation et l'appréciation sont en fin de compte du ressort de la justice et des autorités appliquant le droit. Dans l'industrie de la prostitution, cette distinction revêt une importance particulière en droit des étrangers, en droit fiscal ainsi qu'en droit des assurances sociales. Dans ces domaines juridiques, on sait que seule la Confédération peut, de par la Constitution, légiférer (droit des étrangers et droit des assurances sociales) ou que des conventions internationales ainsi que le droit fédéral limitent fortement la marge de manœuvre des cantons (droit fiscal; cf. diverses conventions sur la double imposition et loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes, LHID; RS 642.14). Même la problématique de droit civil mentionnée, à savoir l'immoralité d'un contrat de travail avec des travailleurs et travailleuses du sexe, relève de la compétence exclusive de la Confédération. Le canton de Berne n'a donc sur le plan juridique aucune possibilité d'édicter ses propres bases légales sur la question d'une activité dépendante dans l'industrie de la prostitution. S'il le faisait malgré tout, la réglementation cantonale enfreindrait le droit fédéral et ne pourrait donc pas être appliquée (art. 49, al. 1 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Cst.; RS 101). Cette raison suffit pour exiger le rejet de la motion.

Le Conseil-exécutif comprend toutefois les préoccupations exprimées dans la motion. Lui aussi est d'avis qu'une activité dépendante peut, dans certaines circonstances, avoir des avantages pour les travailleurs et travailleuses du sexe, par exemple du point de vue du droit des assurances sociales. Des démarches allant dans le sens de la motion sont en cours au plan juridique suisse (cf. plus bas). Il convient cependant d'abord de rappeler que la distinction entre activité lucrative dépendante et indépendante est très délicate en ce qui concerne la prostitution. Les employeurs potentiels risquent finalement toujours de se voir reprocher l'encouragement à la prostitution (art. 195 du Code pénal suisse du 21 décembre 1937, CP; RS 311.0). Il est en outre incontesté dans la doctrine qu'une personne employée ne peut pas s'engager par contrat de travail à fournir des prestations sexuelles à des tiers. Un tel arrangement enfreindrait toute une série de normes juridiques, telles que le droit de la personnalité inscrit dans le droit civil et la Constitution ainsi que les normes de droit pénal et de droit international public. Un contrat prévoyant des obligations d'ordre sexuel n'est par conséquent pas valable (cf. pour l'ensemble HÜRLIMANN, Prostitu-

¹ En droit des étrangers, la distinction se fait soit d'après 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), soit d'après les articles 1a et 2 de l'ordonnance du 24 octobre 2007 relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative (OASA; RS 142.201).

tion – ihre Regelung im schweizerischen Recht und die Frage der Sittenwidrigkeit, thèse 2004, p. 230 ss). Les avis sur la question de savoir si une activité dépendante est possible ou non en prostitution continuent de diverger fortement.

Le Service de coordination contre la traite d'êtres humains et le trafic de migrants (SCOTT) explique sur son site² que les travailleurs et travailleuses du sexe ne peuvent exercer leur activité qu'en tant qu'indépendants, car qui dit contrat de travail dit obligations pour les employés et droit de donner des instructions pour les employeurs, ce qui n'est pas compatible avec le principe de l'autodétermination sexuelle. Plus l'exercice de l'activité des travailleurs et travailleuses du sexe est dicté par un patron ou un souteneur et qu'ils sont surveillés en l'exerçant, plus un comportement punissable pour encouragement à la prostitution au sens de l'article 195 CP est fréquent.

Dans la doctrine, on a essayé de réévaluer les rapports de droit entre personne exploitant un salon et personne exerçant la prostitution (cf. HÜRLIMANN, op. cit., p. 230 ss). Le contrat peut ainsi être interprété comme contrat innommé semblable à un contrat de travail. Il consiste d'une part en l'accord de la présence rémunérée de la personne exerçant la prostitution dans un salon et, d'autre part, de l'accord selon lequel cette personne est en principe à disposition durant le temps de présence pour fournir des prestations sexuelles, mais de son propre chef et sans la moindre influence ou instruction de la part de la personne qui l'emploie. Tout contrat doit être examiné (cf. HÜRLIMANN, op. cit., p. 233). On peut difficilement classer de manière générale sur le plan juridique le rapport entre exploitant d'un salon et personne exerçant la prostitution.

Dans son arrêt du 9 février 2011, le Tribunal des assurances du canton de St-Gall a estimé que l'activité des travailleurs et travailleuses du sexe dans un salon était, dans le cas d'espèce, exercée de façon dépendante au sens du droit des assurances sociales. L'arrêt a été contesté devant le Tribunal fédéral, qui doit encore se prononcer. Dans son jugement 6B_412/2009 du 24 août 2009 concernant le droit des étrangers, le Tribunal fédéral a déjà laissé entrevoir qu'il considérerait l'activité lucrative d'une personne prostituée comme dépendante dans certaines circonstances. Il faut toujours tenir compte du fait qu'aucune conclusion valable en général n'en découle. Les jugements mentionnés se rapportent d'une part à un domaine juridique déterminé et, d'autre part, à un type de salons spécifique dans lesquels un gérant ou une gérante assume le rôle de responsable d'entreprise. On ne peut pas déduire des jugements mentionnés la façon dont se présente la situation par exemple en ce qui concerne la prostitution de rue ou les travailleurs et travailleuses du sexe qui louent ensemble un appartement pour exercer la prostitution.

En résumé, il s'avère toutefois que les autorités appliquant le droit peuvent actuellement déjà répondre à la question de savoir si une activité est dépendante ou indépendante. De nouvelles dispositions ne sont pas absolument nécessaires. Si cela s'avérait indispensable, la Confédération devrait les édicter.

Si une activité lucrative dépendante peut offrir certains avantages en termes de droit des assurances (p. ex. participations de l'employeur), une protection complète en la matière est également possible pour les personnes indépendantes. Celles-ci ne sont cependant soumises à aucune obligation légale pour ce qui est des assurances sociales et doivent cotiser de leur propre chef, et donc de façon volontaire. Il ne faut pas non plus oublier que de nombreux travailleurs et travailleuses du sexe en provenance de l'espace européen n'exercent la prostitution en Suisse que quelques semaines; l'aspect de prévoyance doit donc être vivement relativisé. Le projet bernois LEP accorde beaucoup d'importance à l'information à l'égard des personnes exerçant la prostitution. De l'avis du Conseil-exécutif, l'offre d'information doit inclure davantage les questions de droit des assurances sociales. Les autorités et les institutions privées qui proposent des services de conseil sur mandat du canton informent aujourd'hui déjà sur les thèmes de droit des assurances sociales. On tient ainsi déjà compte d'une certaine façon de la demande, formulée dans la motion,

² www.ksmm.admin.ch (état 18 mai 2010)

d'améliorer le statut des travailleurs et travailleuses du sexe en matière de droit des assurances sociales.

Certains cantons proposent des contrats de travail types qui anticipent une activité lucrative dépendante exercée par des travailleurs et travailleuses du sexe. Cette mesure peut servir à améliorer leur situation juridique. Aujourd'hui déjà, les personnes qui exploitent des salons et celles qui se prostituent peuvent conclure des contrats de travail. Le Conseil-exécutif estime néanmoins que la jurisprudence manque encore de substance ainsi que de clarté et que la situation juridique est par conséquent trop incertaine pour tabler sur des contrats types. Il lui semble par ailleurs difficile de créer un contrat type tenant compte de tous les acteurs de la très large palette que constitue l'industrie de la prostitution. Le Conseil-exécutif se propose d'observer la jurisprudence en la matière et, le moment venu, de procéder à une nouvelle évaluation de la situation.

Le Conseil-exécutif salue la tendance qu'affiche actuellement la jurisprudence concernant la question d'activité dépendante ou indépendante dans l'industrie de la prostitution; en effet, celle-ci n'est plus stigmatisée comme par le passé. Le législateur fédéral pourrait sans doute créer des bases légales – par exemple de manière analogue à la loi sur la prostitution³ en Allemagne – qui élimineraient ou atténueraient le conflit entre droit civil et droit pénal dans ce secteur. Comme nous l'avons déjà mentionné, le canton n'a de par la Constitution aucune compétence législative en la matière. De nouvelles bases légales cantonales seraient contraires au droit fédéral et donc nulles. Il n'est ainsi pas possible de satisfaire à la demande formulée dans la motion, qui doit donc être rejetée.

Proposition: rejet.

Au Grand Conseil

³ La loi allemande sur la prostitution (Gesetz der Bundesrepublik Deutschland zur Regelung der Rechtsverhältnisse der Prostituierten; Prostitutionsgesetz; ProstG; BGBl. I S. 3983) prévoit en substance les points suivants.

§ 1

Si des actes sexuels sont effectués contre une rémunération convenue au préalable, cette convention fonde une exigence valable sur le plan juridique. Cela vaut également lorsqu'une personne, en particulier dans le cadre d'un rapport de travail, se tient à disposition pour une durée déterminée en vue de fournir de telles prestations contre une rémunération convenue au préalable.

§ 2

La créance ne peut pas être cédée et la personne concernée ne peut la faire valoir qu'en son nom propre. Contre une créance au sens du § 1, 1^e phrase, seule l'inexécution complète peut être objectée, tandis que contre une créance au sens du § 1, 2^e phrase, l'inexécution partielle peut également l'être, dans la mesure où celle-ci concerne la durée convenue. Hormis l'exception d'exécution au sens du § 362 du Code civil allemand et l'exception de prescription, d'autres objections et exceptions sont exclues.

§ 3

Pour les personnes qui se prostituent, le droit restreint de donner des instructions dans le cadre d'une activité dépendante ne s'oppose pas à la prise d'un emploi au sens du droit des assurances sociales.