

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2842/2018-DIV

ATA/1011/2018

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Décision du 1^{er} octobre 2018

sur effet suspensif et mesures provisionnelles

dans la cause

A _____

B _____

C _____

représentées par Me Pierre-Yves Baumann, avocat

contre

COMMUNE DE CAROUGE

représentée par Me Nicolas Wisard, avocat

Attendu, en fait, que :

1. Le 25 avril 2018, la commune de Carouge a signé avec le syndicat Unia un protocole d'accord dont la teneur est la suivante :

« Dans un souci commun d'améliorer les critères sociaux pratiqués sur les chantiers dont la Ville de Carouge est le maître d'ouvrage (ci-après : les chantiers de la Ville de Carouge), les parties décident ce qui suit :

1. Les entreprises dont l'effectif est supérieur à 20 employés fixes (ou équivalent temps plein) et qui interviennent sur les chantiers de la Ville de Carouge, ne peuvent en principe pas recourir à un taux de travailleurs temporaires supérieur à 10 % de leurs employés présents sur le chantier.
2. Pour les entreprises dont l'effectif est inférieur ou égal à 20 employés fixes (ou équivalent plein temps), le travail temporaire est soumis aux règles suivantes :
 - a. de 1 à 10 emplois fixes (ou équivalent plein temps) : 2 travailleurs temporaires au maximum
 - b. de 11 à 20 emplois fixes (ou équivalent plein temps) : 4 travailleurs au maximum
3. Si des circonstances exceptionnelles le justifient, les entreprises peuvent demander une dérogation qui doit être adressée aux services techniques de la Ville de Carouge :
 - a. la dérogation est limitée dans le temps ;
 - b. cette dérogation est délivrée par les signataires du présent accord dans un délai maximum de deux jours ouvrables ;
 - c. en cas de désaccord entre les signataires, la voix de la Ville de Carouge est prépondérante.
4. Unia peut en tout temps se rendre sur les chantiers visés par cet accord pour s'assurer du respect du protocole. Unia doit en informer la Ville de Carouge le jour même.
5. En cas de violation du protocole par une entreprise active sur l'un des chantiers concernés, l'entreprise est mise en demeure par la Ville de Carouge de se mettre immédiatement en conformité.
6. Si l'entreprise concernée ne se met pas en conformité dans un délai de deux jours ouvrables suivant la réception de la mise en demeure, la Ville de Carouge décide des sanctions à prendre contre l'entreprise.

7. Le présent accord fait l'objet d'un suivi régulier permettant de vérifier l'efficacité des mesures mises en place et peut être adapté à tout moment d'un commun accord.
 8. Le présent accord entre en vigueur dès le 1^{er} mai 2018.
 9. Dès sa signature, le présent accord est rendu public par ses signataires dans une communication commune. »
2. Par requête du 11 juin 2018, A_____, B_____, dont les buts sont le placement et la location de services, ainsi que l'association de droit privé C_____, toutes actives dans le placement de personnel temporaire et location de services, ont sollicité de la commune de Carouge (ci-après : la commune) qu'elle prenne une décision, respectivement ont sollicité que les autorités communales constatent le caractère illicite du protocole d'accord et qu'elles s'abstiennent de toute mise en vigueur.
3. Par courrier du 25 juin 2018, la commune a « apporté des éclairages ». Les communes genevoises n'avaient aucune compétence législative. La volonté de la commune ne pouvait être assimilée à une décision qui modifierait des droits et obligations. Dans le cadre des marchés publics, des règles complémentaires étaient possibles sans violer la concurrence existant dans l'attribution des marchés comme c'était le cas relativement à des exigences écologiques ou à la formation professionnelle notamment. Il n'existait pas de dossier relatif à l'accord litigieux dans la mesure où celui-ci résultait de discussions entretenues entre les signataires avant de convenir du texte du protocole d'accord.
4. Par acte du 21 août 2018, A_____, B_____ et C_____ (ci-après : les requérantes) ont interjeté recours « à l'encontre de la "décision", respectivement du refus de rendre une décision dans le cadre des accords conclus, notamment avec le syndicat Unia. ».

Elles ont conclu à ce qu'il soit constaté que tout accord, et en particulier le protocole d'accord précité du 25 avril 2018, était illicite. La commune devait s'abstenir, avec effet immédiat, de tout acte de quelque nature que ce soit visant à prohiber, restreindre ou empêcher le recours à la main-d'œuvre temporaire sur son territoire, quel qu'en soit le fondement (...). La commune devait cesser avec effet immédiat d'accomplir tout acte tombant sous les deux précédentes conclusions et révoquer avec effet immédiat tout accord y relatif, notamment tout accord conclu avec le syndicat Unia et portant sur la restriction de l'appel à de la main-d'œuvre temporaire sur les chantiers de la commune, en particulier avec un plafond de 10 %.

Des mesures provisionnelles étaient sollicitées. Par décision du 2 octobre 2017 (ACST/19/2017), la chambre constitutionnelle de la Cour de justice (ci-après : la chambre constitutionnelle) avait octroyé l'effet suspensif au recours interjeté par

trois sociétés anonymes et C_____, toutes actives dans le placement et la location de services, dont le placement de travailleurs temporaires dans divers secteurs d'activités professionnelles. La présente procédure étant susceptible de durer plusieurs mois pendant l'instruction du présent recours, les recourantes étaient susceptibles de voir leur capacité à placer du personnel temporaire très fortement réduite, voire empêchée par un contrat contraire à la loi et à la Constitution. La présente problématique était quasi identique à celle ayant conduit la chambre constitutionnelle à octroyer l'effet suspensif, de sorte qu'il serait incompréhensible qu'il y ait un « iatus » en la matière et que les autorités communales puissent se jouer des décisions émanant de la chambre constitutionnelle.

Sur le fond, étaient principalement relevées des violations du droit fondamental à la liberté économique, du principe de l'égalité de traitement, de la protection contre l'arbitraire et protection de la bonne foi, de différentes normes de droit international public, de lois fédérales et de lois cantonales ainsi qu'une violation du droit d'être entendu.

5. La commune a conclu au rejet de la requête en octroi d'effet suspensif et sur mesures provisionnelles.
6. Les recourantes ont persisté dans leurs conclusions dans le cadre de la réplique sur effet suspensif.

Considérant en droit que :

1. Interjeté en temps utile et devant la juridiction compétente, le recours est, prima facie, recevable sous ces angles (art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05 ; art. 62 al. 1 let. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).
2. Les décisions sur effet suspensif et mesures provisionnelles sont prises par le président, respectivement par le vice-président, ou en cas d'empêchement de ceux-ci, par un juge (art. 21 al. 2 LPA ; 9 al. 1 du règlement interne de la chambre administrative du 26 septembre 2017).
3. a. Aux termes de l'art. 66 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10), sauf disposition légale contraire, le recours a effet suspensif à moins que l'autorité qui a pris la décision attaquée n'ait ordonné l'exécution nonobstant recours (al. 1) ; toutefois, lorsque aucun intérêt public ou privé prépondérant ne s'y oppose, la juridiction de recours peut, sur la demande de la partie dont les intérêts sont gravement menacés, retirer ou restituer l'effet suspensif (al. 3).

À teneur de l'art. 21 LPA, l'autorité peut d'office ou sur requête ordonner des mesures provisionnelles en exigeant au besoin des sûretés (al. 1) ; ces mesures sont

ordonnées par le président s'il s'agit d'une autorité collégiale ou d'une juridiction administrative (al. 2).

b. D'après la jurisprudence constante, les mesures provisionnelles – au nombre desquelles compte la restitution de l'effet suspensif – ne sont légitimes que si elles s'avèrent indispensables au maintien d'un état de fait ou à la sauvegarde d'intérêts compromis, et ne sauraient, en principe tout au moins, anticiper le jugement définitif ni équivaloir à une condamnation provisoire sur le fond, pas plus qu'aboutir abusivement à rendre d'emblée illusoire la portée du procès au fond (ATF 119 V 503 consid. 3 ; ATA/418/2018 du 3 mai 2018 consid. 4 et 5 ; ATA/306/2018 du 4 avril 2018 consid. 5). Ainsi, dans la plupart des cas, les mesures provisionnelles consistent en un minus, soit une mesure moins importante ou incisive que celle demandée au fond, ou en un aliud, soit une mesure différente de celle demandée au fond (Isabelle HAENER, *Vorsorgliche Massnahmen in Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess* in RDS 1997 II 253-420, 265).

c. Lorsque l'effet suspensif a été retiré ou n'est pas prévu par la loi, l'autorité de recours doit examiner si les raisons pour exécuter immédiatement la décision entreprise sont plus importantes que celles justifiant le report de son exécution. Elle dispose d'un large pouvoir d'appréciation qui varie selon la nature de l'affaire. La restitution de l'effet suspensif est subordonnée à l'existence de justes motifs, qui résident dans un intérêt public ou privé prépondérant à l'absence d'exécution immédiate de la décision ou de la norme (arrêt du Tribunal fédéral 2C_1161/2013 du 27 février 2014 consid. 5.5.1 ; ATA/613/2014 du 31 juillet 2014 consid. 5).

Pour effectuer la pesée des intérêts en présence, l'autorité de recours n'est pas tenue de procéder à des investigations supplémentaires, mais peut statuer sur la base des pièces en sa possession (ATF 117 V 185 consid. 2b ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_435/2008 du 6 février 2009 consid. 2.3 et les arrêts cités ; ATA/613/2014 précité consid. 5). c. Selon la jurisprudence et la doctrine, un effet suspensif ne peut être restitué lorsque le recours est dirigé contre une décision à contenu négatif – ou purement négative –, soit contre une décision qui porte refus d'une prestation. La fonction de l'effet suspensif est de maintenir un régime juridique prévalant avant la décision contestée. Si, sous le régime antérieur, le droit ou le statut dont la reconnaissance fait l'objet du contentieux judiciaire n'existait pas, l'effet suspensif ne peut être restitué car cela reviendrait à accorder au recourant d'être mis au bénéfice d'un régime juridique dont il ne bénéficiait pas (ATF 127 II 132 ; 126 V 407 ; 116 Ib 344 ; ATA/676/2018 du 27 juin 2018 consid. 5a ; ATA/658/2016 du 28 juillet 2016 consid. 1a ; Philippe WEISSENBERG/Astrid HIRZEL, *Der suspensiveffekt und andere vorsorgliche Massnahme*, in Irène HAENER/Bernhard WALDMANN, *Brennpunkte im Verwaltungsprozess*, Fribourg 2013, p. 166 ; Ulrich HÄFELIN/Georg MÜLLER/Felix UHLMANN, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 2016 n. 1166 ; Pierre MOOR/Etienne POLTIER, *Droit administratif*, vol. 2, 3ème éd., 2011, p. 814 n. 5.8.3.3).

d. Lorsqu'une décision à contenu négatif est portée devant la chambre administrative et que le destinataire de la décision sollicite la restitution de l'effet suspensif, il y a lieu de distinguer entre la situation de celui qui, lorsque la décision intervient, disposait d'un statut légal qui lui était retiré de celui qui ne disposait d'aucun droit. Dans le premier cas, la chambre administrative pourra entrer en matière sur une requête en restitution de l'effet suspensif, aux conditions de l'art. 66 al. 3 LPA, l'acceptation de celle-ci induisant, jusqu'à droit jugé, le maintien des conditions antérieures. Elle ne pourra pas en faire de même dans le deuxième cas, vu le caractère à contenu négatif de la décision administrative contestée. Dans cette dernière hypothèse, seul l'octroi de mesures provisionnelles, aux conditions cependant restrictives de l'art. 21 LPA, est envisageable (ATA/676/2018 précité consid. 5b ; ATA/1343/2017 du 29 septembre 2017 consid. 7b et les arrêts cités).

4. En l'espèce, selon les recourantes, « l'objet du litige est, au sens strict, une décision, respectivement une absence de décision, ou encore une déclaration d'incompétence de l'autorité communale qui a refusé de statuer sur la base des art. 4 et 4A LPA ».

Prima facie, il est douteux que la correspondance litigieuse doive être qualifiée de décision au sens de l'art. 4 LPA, soit une mesure individuelle et concrète prise par l'autorité dans un cas d'espèce fondée sur le droit public fédéral, cantonal, communal et ayant pour objet : a) de créer, de modifier ou d'annuler des droits ou des obligations ; b) de constater l'existence, l'inexistence ou l'étendue de droits, d'obligations ou de faits ; c) de rejeter ou de déclarer irrecevables des demandes tendant à créer, modifier, annuler ou constater des droits ou obligations. De prime abord, il est plus vraisemblable qu'il doive être considéré que l'autorité a refusé de rendre une décision. Se posera alors la question, au fond, de savoir si l'autorité avait l'obligation de rendre une décision au sens de l'art. 4 al. 4 LPA. Sous cet angle, il ne peut être envisagé un quelconque octroi ou restitution d'effet suspensif.

À ce titre, il sera relevé que, même à considérer qu'il s'agisse d'une décision, les recourantes la définissent comme négative et revendiquent l'octroi de l'effet suspensif au vu de la décision de la chambre constitutionnelle. Les deux situations ne sont toutefois pas similaires, principalement pour deux motifs. Tout d'abord, l'objet du recours n'est pas comparable s'agissant, dans la cause traitée par la chambre constitutionnelle, d'un recours dirigé contre l'arrêté du 4 juillet 2017, modifiant le règlement sur la passation des marchés publics du 17 décembre 2007 (RMP - L 6 05.01) en y intégrant notamment les art. 35 A (sur le travail temporaire) et 35 B (sur la mise à disposition occasionnelle de travailleurs). Par ailleurs, l'autorité intimée devant la chambre constitutionnelle, à savoir le Conseil d'État, ne s'était pas opposé à l'octroi de l'effet suspensif. En conséquence, ni les considérants, ni a fortiori le dispositif de la chambre constitutionnelle ne peuvent être transposés au présent litige.

S'agissant des mesures provisionnelles, les recourantes sollicitent qu'il soit ordonné, avec effet immédiat, la suspension de toute exécution des contrats conclus par la commune avec le syndicat Unia, respectivement toute mesure visant à limiter le nombre de travailleurs temporaires potentiellement actifs sur le territoire communal. Ces conclusions vont toutefois bien au-delà, de prime abord, de l'objet du litige tel que défini plus haut et équivaldrait à une condamnation provisoire de l'autorité intimée sur le fond, ce d'autant plus qu'en l'état, il n'est, notamment, pas certain que les recourantes aient droit à un acte attaqué, qu'elles aient la qualité pour recourir et un intérêt actuel digne de protection. La requête en mesures provisionnelles sera en conséquence rejetée.

Vu le recours interjeté le 21 août 2018 par A_____, B_____ et C_____ contre le courrier de la commune de Carouge du 25 juin 2018 ;

vu l'art. 66 al. 3 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 ;

vu l'art. 7 al. 1 du règlement de la chambre administrative du 21 décembre 2010 ;

LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

refuse d'octroyer l'effet suspensif au recours ;

refuse d'ordonner des mesures provisionnelles ;

réserve le sort des frais de la procédure jusqu'à droit jugé au fond ;

dit que conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification par-devant le Tribunal fédéral, par la voie du recours en matière de droit public ; le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire ; il 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;

communiqué la présente décision, en copie, à Me Pierre-Yves Baumann, avocat des requérants ainsi qu'à Me Nicolas Wisard, avocat de la commune de Carouge.

Pour la chambre administrative :

Ch. Junod
Juge

Copie conforme de cette décision a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :