RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3293/2023-EXPLOI **ATA/1292/2023**

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Décision du 1er décembre 2023

sur effet suspensif et suspension de l'instruction

dans la cause

A_____ SÀRL **recourante**
représentée par Me Astyanax PECA, avocat

contre

OFFICE CANTONAL DE L'INSPECTION ET DES RELATIONS DU TRAVAILintimé

Vu en fait le recours formé le 11 octobre 2023 par A_____ Sàrl (ci-après : A_____), exploitante d'une crèche (ou espace de vie enfantine) à B_____, contre la décision de l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail (ci-après : OCIRT) du 12 septembre 2023 (1) refusant de lui délivrer l'attestation visée à l'art. 25 de la loi sur l'inspection et les relations du travail du 12 mars 2004 (LIRT - J 1 05) pour une durée de deux ans, (2) lui infligeant une amende de CHF 15'300.- et (3) l'excluant de tout marché public futur pour une période de deux ans, (4) le chiffre 1 du dispositif étant déclaré exécutoire nonobstant recours, (5) un émolument de CHF 100.- étant mis à sa charge et (6) les procédures de contrôle étant réservées ; que l'OCIRT reprochait à A_____ plusieurs infractions aux usages de la petite enfance (ci-après : UPE), notamment en termes de volume horaire hebdomadaire des employés, de droit aux vacances, de droit au salaire en cas de maladie, de répartition des primes d'assurance perte de gain maladie et accidents non professionnels, de congé maternité, de droit au 13^{e} salaire et de salaires minimaux ;

que A_____ a conclu au fond à l'annulation de la décision, subsidiairement au renvoi de la cause à l'OCIRT pour nouvelle décision ; à titre provisionnel, l'effet suspensif devait être accordé au recours ;

qu'au fond, l'obligation d'appliquer les UPE violait la liberté économique, l'interdiction de l'arbitraire, la politique en matière de concurrence, la constitution genevoise, la loi sur le travail et la loi sur le marché intérieur et la sanction prononcée était d'une sévérité excessive ;

que le retrait de l'effet suspensif signifiait qu'elle ne pourrait plus exploiter sa crèche tant que la cause ne serait pas tranchée, et que 56 enfants issus de 54 familles seraient du jour au lendemain privés de tout accueil, de sorte que la mesure apparaissait hors de propos, inconsidérée et irresponsable ; que son intérêt privé et celui des familles lui confiant leurs enfants devaient prévaloir ;

que le 19 octobre 2023, l'OCIRT s'est opposé à la restitution de l'effet suspensif ;

que le 30 octobre 2023, A_____ a persisté dans ses conclusions sur effet suspensif ; qu'elle disposait d'une autorisation d'exploiter, de sorte que la restitution de l'effet suspensif au recours n'aurait pas pour effet de lui octroyer une autorisation dont elle ne disposait pas ;

que le 15 novembre 2023, le juge délégué a entendu les parties ainsi que C_____, directrice du service d'autorisation et de surveillance de l'accueil de jour (ci-après : SASAJ) ; D_____, fondatrice, actionnaire unique et administratrice unique de toutes les sociétés A_____ et de leur *holding* E_____ SA, a expliqué qu'un litige semblable mais un peu plus ancien entre sa seconde crèche à Genève et l'OCIRT avait été porté devant le Tribunal fédéral et qu'un arrêt était attendu ; dans cette seconde affaire, la crèche s'était également vu refuser la délivrance de

l'attestation prévue par l'art. 25 LIRT ; l'OCIRT a expliqué que les crèches genevoises A_____ n'avaient jamais demandé la délivrance de l'attestation, et que celle-ci n'avait été accordée à aucune d'elles ; le formulaire d'engagement à respecter les UPE avait été complété et signé par la recourante le 23 décembre 2022 mais adressé au SASAJ ; l'OCIRT n'en avait reçu copie qu'en juin 2023, et avait alors fait observer qu'il devait être signé par l'administratrice ; le premier engagement, de décembre 2023, n'était assorti d'aucune réserve, le second, de juin 2023, était assorti d'une réserve, ce qui n'avait pas surpris l'OCIRT, l'autre crèche A_____ à Genève ayant refusé de signer l'engagement ; c'était en recevant du SASAJ la liste mise à jour des crèches ayant obtenu une autorisation que l'OCIRT avait découvert que la recourante avait obtenu l'autorisation d'exploiter en fournissant au SASAJ un formulaire qui lui était destiné ; C_____ a expliqué que l'engagement de respecter les UPE était suffisant pour le SASAJ, qui n'était pas chargé de s'assurer du respect des conditions de travail du personnel mais du respect des conditions mises à l'accueil des enfants ; dans le cadre du premier contrôle effectué dans l'année suivant la délivrance de l'autorisation, l'attestation délivrée par l'OCIRT était exigée par le SASAJ ; elle ne pouvait indiquer si le SASAJ déciderait dans les semaines à venir de retirer l'autorisation, car elle n'était pas seule à décider et parce que son attention était portée principalement sur les conditions d'accueil des enfants ; le SASAJ n'avait pas retiré l'autorisation de l'autre crèche genevoise A_____ mais avait notifié une ordonnance pénale en juillet 2021 pour non-respect des UPE, laquelle avait été portée devant le Tribunal de police, qui avait suspendu la procédure jusqu'à droit connu dans la procédure administrative pendante devant le Tribunal fédéral ; le risque existait que le SASAJ révoque l'autorisation d'exploiter parce qu'une crèche n'aurait pas obtenu l'attestation de l'OCIRT ; il s'agissait d'un risque théorique ; le SASAJ n'avait pas encore obtenu les attestations de l'art. 25 LIRT de toutes les institutions de la petite enfance car il n'avait pas encore eu la possibilité d'effectuer tous les contrôles depuis l'entrée en vigueur du système ; durant es dix dernières années, le SASAJ n'avait révoqué aucune autorisation d'exploiter une crèche ; il avait une politique d'accompagnement qui portait ses fruits ;

que le 16 novembre 2023, la recourante a demandé la suspension de la procédure jusqu'à droit connu sur le recours formé au Tribunal fédéral contre l'arrêt ATA/1010/2023 du 14 septembre 2023 dans la cause F_____ Sàrl ;

que le 22 novembre 2023, l'intimé a déclaré ne pas s'opposer à la suspension ;

que le 27 novembre 2023, la recourante a persisté dans sa demande de restitution de l'effet suspensif ; le risque existait que la crèche soit fermée d'ici à ce que le fond soit tranché ; la position de l'OCIRT était inopportune et chicanière ;

que le 29 novembre 2023, l'OCIRT a indiqué qu'il s'opposait toujours à la restitution de l'effet suspensif ;

que le 30 novembre 2023, les parties ont été informées que la cause était gardée à juger sur mesures provisionnelles ;

Considérant en droit qu'au terme de l'art. 78 let. 1 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10), l'instruction du recours est suspendue par la requête simultanée de toutes les parties ;

qu'en l'espèce l'absence d'opposition de l'intimé doit être considérée comme un acquiescement, de sorte que la suspension sera prononcée et que l'instruction sera reprise par déclaration écrite de la partie la plus diligente, à défaut après un an ;

qu'il y a cependant lieu de statuer auparavant sur les conclusions concernant la restitution de l'effet suspensif ;

que selon l'art. 9 al. 1 du règlement interne de la chambre administrative de la Cour de justice du 26 mai 2020, les décisions sur effet suspensif sont prises par la présidente de ladite chambre ou par la vice-présidente, ou en cas d'empêchement de ceux-ci, par un juge ;

qu'au terme de l'art. 66 LPA, 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) ; que toutefois, lorsqu'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) ;

que l'autorité peut d'office ou sur requête ordonner des mesures provisionnelles en exigeant au besoin des sûretés (art. 21 al. 1 LPA) ;

que selon la jurisprudence, un effet suspensif ne peut être restitué lorsque le recours est dirigé contre une décision à contenu négatif, soit contre une décision qui porte refus d'une prestation ; que la fonction de l'effet suspensif est de maintenir un régime juridique prévalant avant la décision contestée ; que 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 n'a jamais bénéficié (ATF 127 II 132 ; 126 V 407 ; 116 Ib 344) ;

que 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 ; que dans le premier cas, il peut être entré en matière sur une requête en restitution de l'effet suspensif, aux conditions de l'art. 66 al. 2 LPA, l'acceptation de celle-ci induisant, jusqu'à droit jugé, le maintien des conditions antérieures ; qu'en

revanche, il ne peut être entré en matière dans le deuxième cas, vu le caractère à contenu négatif de la décision administrative contestée ; que sans cette dernière hypothèse, seul l'octroi de mesures provisionnelles, aux conditions cependant restrictives de l'art. 21 LPA, est envisageable (ATA/70/2014 du 5 février 2014 consid. 4b ; ATA/603/2011 du 23 septembre 2011 consid. 2 ; ATA/280/2009 du 11 juin 2009 ; ATA/278/2009 du 4 juin 2009) ;

que selon la jurisprudence constante de la chambre administrative, des mesures provisionnelles – au nombre desquelles compte la restitution de l'effet suspensif (Philippe WEISSENBERGER/Astrid HIRZEL, Der Suspensiveffekt und andere vorsorgliche Massnahmen, in Isabelle HÄNER/Bernhard WALDMANN [éd.], Brennpunkte im Verwaltungsprozess, 2013, 61-85, p. 63) – ne sont légitimes que si elles s'avèrent indispensables au maintien d'un état de fait ou à la sauvegarde d'intérêts compromis (ATF 119 V 503 consid. 3 ; ATA/1112/2020 du 10 novembre 2020 consid. 5 ; ATA/1107/2020 du 3 novembre 2020 consid. 5) ;

qu'elles 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 (arrêts précités) ; qu'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 HÄNER, Vorsorgliche Massnahmen in Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess in RDS 1997 II 253-420, 265) ;

que l'octroi de mesures provisionnelles présuppose l'urgence, à savoir que le refus de les ordonner crée pour l'intéressé la menace d'un dommage difficile à réparer (ATF 130 II 149 consid. 2.2 ; 127 II 132 consid. 3 = RDAF 2002 I 405) ;

que 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 ; qu'elle dispose d'un large pouvoir d'appréciation qui varie selon la nature de l'affaire ; que 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) ;

que pour effectuer la pesée des intérêts en présence qu'un tel examen implique, 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) ;

que l'art. 25 LIRT prévoit que sont soumises au respect des usages les entreprises pour lesquelles une disposition légale, réglementaire ou conventionnelle spéciale le prévoit (al. 1) ; que les entreprises soumises au respect des usages peuvent être amenées à signer auprès de l'OCIRT un engagement à respecter les usages lorsque cela est prévu par le dispositif ou lorsque l'entité concernée le demande ; l'OCIRT délivre à l'entreprise l'attestation correspondante, d'une durée limitée (al. 3) ;

que selon l'art. 26 al. 1 LIRT, l'OCIRT est compétent pour contrôler le respect des usages au sein des entreprises concernées et l'inspection paritaire a également la faculté d'effectuer des contrôles ;

que l'art. 30 de la loi sur l'accueil préscolaire du 12 septembre 2019 (LAPr - J 6 28) prévoit que le département de l'instruction publique, de la jeunesse et des sports autorise et surveille les structures d'accueil préscolaire sur tout le territoire cantonal en application des dispositions fédérales et cantonales relatives aux mineurs placés hors du foyer familial (al. 1) ; que la délivrance et le maintien de l'autorisation d'exploitation d'une structure d'accueil préscolaire sont notamment subordonnés au respect par l'exploitant d'une convention collective de travail (ci-après : CCT) pour le personnel de la petite enfance ou du statut du personnel de la collectivité publique dont la structure fait partie, ou des UPE en usage à Genève, au sens de la LIRT (al. 2 let. f) ; que les demande sont instruites et les autorisations délivrées par le service d'autorisation et de surveillance de l'accueil de jour (ci-après : SASAJ) ;

qu'en l'espèce la recourante a souscrit sans réserve aux UPE en décembre 2022 auprès du SASAJ, puis à nouveau en juin 2023 auprès cette fois de l'OCIRT et sous la réserve que ceux-ci lui soient applicables, ce qu'elle conteste ; elle n'a jamais ni demandé ni reçu l'attestation prévue par l'art. 25 LIRT ; elle s'est vu délivrer par le SASAJ en janvier 2023 l'autorisation d'exploiter sa crèche de B_____ ;

que l'autorisation d'exploiter lui a été délivrée en application de l'art. 30 LAPr et ne se confond pas avec l'attestation de l'art. 25 al. 3 LIRT, dont la délivrance lui a été refusée par la décision querellée, fruit d'un contrôle conduit par l'OCIRT ;

que, certes, figure parmi les conditions à la délivrance et au maintien de l'autorisation du SASAJ au sens de l'art. 30 al. 2 let. f LAPr le respect de conditions de travail du personnel déterminées par la CCT ou les UPE, lequel fait l'objet de l'attestation délivrée par l'OCIRT en application de l'art. 25 al. 3 LIRT ; que, toutefois, les enquêtes ont montré qu'en pratique le SASAJ n'avait pas retiré l'autorisation d'exploiter de la recourante et ne menaçait ni même ne prévoyait de le faire, qu'il avait procédé de la même façon avec l'autre crèche A_____ placée dans une situation similaire, et qu'il n'avait d'ailleurs révoqué aucune autorisation les dix dernières années, préférant accompagner les crèches et n'ayant pas pour mission de s'assurer du respect des conditions de travail des employés ;

que la restitution de l'effet suspensif reviendrait à octroyer à la recourante une attestation qu'elle ne possède pas, sa durée étant limitée selon l'art. 25 al. 3 LIRT et l'OCIRT refusant de la lui délivrer, ce qui correspondrait à ses conclusions au fond (soit annuler le refus de délivrer cette attestation) ; que pour ce motif il ne peut selon la jurisprudence être donné suite à ses conclusions sur effet suspensif ;

que par ailleurs les chances de succès du recours n'apparaissent pas, à ce stade de la procédure et sans préjudice de l'examen au fond, si évidentes qu'il faudrait examiner le caractère prépondérant des intérêts privés tel qu'allégué par la recourante ;

qu'en toute hypothèse, le risque de survenance pour la recourante d'un préjudice sous forme du retrait de l'autorisation d'exploiter qui entraînerait la fermeture de la crèche n'a pas été rendu vraisemblable au terme des enquêtes, de sorte que prévaut l'intérêt public, poursuivi par l'intimé, à l'application stricte de la loi ;

que la restitution de l'effet suspensif au recours en tant qu'il porte sur le refus de l'OCIRT de délivrer à la recourante l'attestation visée à l'art. 25 al. 3 LIRT sera en conséquence refusée ;

que le sort des frais sera réservé jusqu'à droit jugé au fond ;

LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

rejette la demande de restitution de l'effet suspensif ;

prononce la suspension de la procédure ;

dit que l'instruction du recours sera reprise par déclaration écrite de la partie la plus diligente ;

dit que l'autorité reprendra toutefois d'office l'instruction du recours en l'absence de déclaration des parties, à l'échéance d'une année à compter du jour où la décision prononçant la suspension est communiquée aux parties ;

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

dit que les éventuelles voies de recours contre la présente décision, 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 suisse, av. du Tribunal fédéral 29, 1000 Lausanne 14, par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. La présente décision et les pièces en possession des recourants invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

communique la présente décision à Me Astyanax PECA, avocat de la recourante, ainsi qu'à l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail.

La présidente :

V. LAUBER

Copie conforme de cette décision a été communiquée aux parties.

Genève, le la greffière :