

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/926/2017-EXPLOI

ATA/119/2018

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 6 février 2018

2^{ème} section

dans la cause

Monsieur A_____

B_____ SA

représentés par Me Hervé Crausaz, avocat

contre

OFFICE CANTONAL DE L'INSPECTION ET DES RELATIONS DU TRAVAIL

EN FAIT

- 1) La Permanence B_____ SA (ci-après : la permanence) est inscrite au registre du commerce du canton de Genève (ci-après : RC) depuis juin 2011. Elle a pour but social l'exploitation d'un cabinet d'ostéopathie, l'acquisition et l'administration de participation à d'autres sociétés en Suisse et à l'étranger, notamment dans les domaines immobiliers, ladite société pouvant fonder ou financer des entreprises en rapport avec son but. Monsieur A_____ en est l'administrateur unique, avec signature individuelle.

Ce dernier est également l'associé gérant unique, avec signature individuelle, d'une autre société inscrite le 18 juillet 2017 au RC et dénommée C_____ Sàrl. Cette seconde société vise également l'exploitation d'un cabinet d'ostéopathie, ainsi que celle de tout autre type de thérapies manuelles, la supervision ostéopathique, la sous-traitance administrative, et l'acquisition et l'administration de participations à d'autres sociétés en Suisse et à l'étranger, notamment dans le domaine immobilier.

- 2) Le 1^{er} décembre 2016, l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail (ci-après : OCIRT) a procédé à un contrôle des conditions de travail auprès de la permanence, annoncé par courrier du 17 novembre 2016.
- 3) Le 16 décembre 2016, la permanence a demandé au secrétariat d'État à l'économie (ci-après : SECO) de lui confirmer qu'elle pouvait se voir appliquer l'exception prévue aux art. 4 et 18 de l'ordonnance 2 relative à la loi sur le travail du 10 mai 2000 (Dispositions spéciales pour certaines catégories d'entreprises ou de travailleurs, OLT 2 - RS 822.112), afin d'occuper des employés le dimanche et les jours fériés sans devoir requérir d'autorisation préalable. Dans la négative, elle sollicitait un permis de travail pour le dimanche.

Le SECO a informé la permanence avoir transmis à l'OCIRT sa demande au sujet de l'application de l'art. 18 OLT 2. À première vue, son activité ne remplissait pas les conditions permettant l'octroi d'un permis de travail dominical.

- 4) Le 13 janvier 2017, l'OCIRT a notifié à la permanence une demande de mise en conformité à la suite du contrôle précité. Il lui a fixé une série de mesures à réaliser – assorties de délais – afin de se mettre en conformité avec les obligations découlant de la législation fédérale sur le travail, notamment s'agissant du respect de la durée du travail. Il lui a confirmé le fait, annoncé le jour du contrôle, qu'elle n'avait pas d'autorisation pour le travail du dimanche, des jours fériés et de nuit, et l'a invitée à cesser d'occuper des travailleurs pendant ces périodes.

- 5) Le 30 janvier 2017, la permanence a informé l'OCIRT avoir cessé d'occuper des employés les dimanches, les jours fériés et sur appel la nuit. Elle demandait à ce que cela s'applique aussi à « toutes les autres permanences, entités et cabinets d'ostéopathie » du canton employant des travailleurs le dimanche selon un service de garde.
- 6) Par courrier du 3 février 2017, l'OCIRT a informé la permanence du fait que l'art. 18 OLT 2 ne lui était pas applicable.
- 7) Par décision du 10 février 2017, l'OCIRT a constaté que le régime dérogatoire prévu aux art. 18 et 4 OLT 2 n'était pas applicable à la permanence et que cette dernière devait être au bénéfice des autorisations fondées sur les art. 17 et 19 de la loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce du 13 mars 1964 (LTr - RS 822.11) pour pouvoir déroger à l'interdiction d'occuper des travailleurs la nuit et le dimanche ancrée aux art. 16 et 18 LTr.

La permanence proposait des soins ostéopathiques 24 heures sur 24, 7 jours sur 7. Elle était composée d'ostéopathes et d'assistants-ostéopathes, dont la fonction n'était pas équivalente au titre de médecin. Elle n'était pas sous la direction d'un médecin. Elle ne répondait ainsi pas à la définition de cabinet médical telle que déduite de l'art. 18 OLT 2.

Déclarée exécutoire nonobstant recours, cette décision réservait le sort de la procédure administrative liée au contrôle précité ainsi que le prononcé de mesures administratives y relatives, en lien notamment avec la demande de mise en conformité susmentionnée.

- 8) Par acte mis à la poste le 15 mars 2017, la permanence et D_____ ont recouru contre cette décision auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) en concluant à son annulation. À titre principal, ils ont conclu à ce qu'il soit constaté, d'une part, que la dérogation de l'art. 18 OLT 2 s'appliquait à la permanence et, d'autre part, que cette dernière, tant qu'elle était placée « sous la gestion et la responsabilité d'un ostéopathe CDS [Conférence suisse des directrices et directeurs cantonaux de la santé] inscrit au registre cantonal des professionnels de la santé », pouvait assurer un service de permanence le dimanche, les jours fériés et la nuit, et « y employer des ostéopathes sans autorisation ». À titre subsidiaire, ils ont conclu au renvoi de la cause au SECO subsidiairement à l'OCIRT pour nouvelle décision.

L'art. 18 OLT 2 comportait une lacune au motif qu'il ne mentionnait pas la profession d'ostéopathe. Cette absence s'expliquait par le fait que cette profession n'était, lors de l'adoption de cette disposition le 10 mai 2000, ni reconnue ni régulée de la même manière que celle d'un médecin, contrairement à la situation prévalant à Genève depuis mars 2009. L'art. 18 OLT 2 devait s'appliquer « à toute profession médicale ou profession du domaine de la santé » répondant à un

besoin urgent de la population. Il n'existait aucune raison de ne pas appliquer le régime dérogatoire aux ostéopathes intervenant dans le cadre d'un service d'urgence. Ceux-ci étaient soumis au même système d'autorisation d'exercer que les médecins. En pratique, ils répondaient aux mêmes fonctions et tâches que ces derniers, sous réserve de la prescription d'un traitement médicamenteux. Malgré quelques différences, ces deux professions comportaient d'importantes similitudes « au niveau de la prise en charge initiale du patient », les ostéopathes devant répondre « très régulièrement » à des situations d'urgence, « notamment par la pose d'un diagnostic et par des manipulations visant à soulager, voire réduire et supprimer les causes des douleurs, parfois en urgence, ressenties par les patients ». La condition du « service d'urgence » était « réalisée et identique chez l'ostéopathe et le médecin », tous deux étant amenés à « poser une anamnèse, effectuer un examen clinique, établir un tableau clinique, poser un diagnostic différentiel, et traiter les affections » ainsi qu'à adresser immédiatement le patient au « service d'intervention des urgences » en cas d'urgence. La permanence répondait à des besoins « réels » d'urgence, le service d'ostéopathie d'urgence visant à « décharger les [s]ervices des hôpitaux cantonaux et cliniques privées pour les cas de patients victimes de douleurs (...) qui nécessit[ai]ent une prise en charge immédiate, ne serait-ce que par la pose d'un diagnostic visant à orienter selon la cause vers une intervention chirurgicale immédiate », ce qui constituait un intérêt public prépondérant. De plus, le système de prise en charge des rendez-vous était informatisé, les séances du dimanche majorées et les rendez-vous pouvaient seulement être pris pour le jour même afin de répondre « strictement à la notion d'urgence ». La nuit (entre 20h00 et 8h00), les séances étaient assurées par D_____, qui n'était pas soumis à la LTr, voire exceptionnellement par « un service de garde ». Le dimanche et les jours fériés, « les besoins urgents de la population » nécessitaient la présence de « deux, voire maximum trois ostéopathes » pour des consultations entre 9h00 et 17h00.

Ayant arrêté de recevoir des patients le dimanche, les intéressés invoquaient, sans les nommer, le fait qu'au moins deux cliniques privées « avec des soins et prestations en [o]stéopathie » étaient ouvertes à Genève et à Lausanne et qu'il existait aussi une « permanence ostéopathique » à Lausanne, ce qui posait des problèmes de concurrence.

Comme l'activité de la permanence correspondait « aux éventualités prévues par les [art.] 4 [et] 18 OLT 2 », la décision litigieuse devait être annulée.

- 9) L'OCIRT a conclu au rejet du recours soulignant la différence entre les médecins et les ostéopathes quant à l'obligation de prêter assistance en cas d'urgence et à celle d'assurer des services de garde, seuls les premiers y étant soumis par les législations fédérale respectivement cantonale. Il a préalablement conclu à ce que le SECO produise une détermination écrite d'ordre général sur

l'application de l'art. 18 OLT 2 à un centre ostéopathique non composé de médecins.

- 10) Le SECO a confirmé que l'art. 18 OLT 2 visait les établissements, cabinets médicaux et dentaires, qui étaient sous la direction d'un médecin ou d'un médecin-dentiste disposant d'une autorisation d'exercer. Les autres professions de la santé, telles que les ostéopathes dont la spécialité n'appartenait pas aux professions médicales universitaires de médecin et médecin-dentiste, n'étaient pas visées par cette disposition. En cas de doute sur l'applicabilité de la LTr ou de l'une de ses ordonnances, la compétence de statuer revenait à l'autorité cantonale, à savoir in casu à l'OCIRT.
- 11) Lors de l'audience, qui s'est tenue le 20 octobre 2017 devant la chambre de céans, les parties ont maintenu leur position.

D_____ a décrit l'activité et l'organisation de la permanence, en particulier la nuit et le week-end. Après avoir travaillé aux services d'urgences des Hôpitaux universitaires de Genève en qualité d'infirmier, il avait constaté que beaucoup de patients ne présentaient pas d'urgence vitale mais pouvaient être pris en charge par un ostéopathe et qu'il existait un besoin de santé publique de pouvoir répondre aux urgences qui n'étaient pas vitales. Ses collègues et lui-même savaient poser un diagnostic différentiel d'urgence, à savoir identifier un infarctus, une embolie pulmonaire ou encore un AVC. Le Centre E_____, un établissement indépendant de ladite clinique financé par les médecins de celle-ci, avait ouvert un an et demi auparavant et proposait également ses services le dimanche.

Les recourants ont soulevé l'importance de savoir si la réponse de l'OCIRT serait la même dans l'hypothèse où un médecin était employé de la permanence, ainsi que le risque d'une inégalité de traitement entre les permanences d'ostéopathes comportant un médecin et celles sans médecin répondant. Cette question devait aussi être traitée par la chambre administrative de l'avis des recourants, contrairement à celui de l'OCIRT. Le SECO ne serait pas disposé à octroyer une autorisation de travail régulier le dimanche et la nuit.

- 12) À l'issue de l'audience, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

- 1) Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours de la permanence, destinataire de la décision litigieuse, est recevable (art. 56 LTr ; art. 47 al. 1 de la loi sur l'inspection et les relations du travail du 12 mars 2004 - LIRT - J 1 05 ; 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), étant précisé que l'OCIRT est, conformément

à la position du SECO, l'autorité compétente pour statuer en cas de doute sur l'applicabilité de la LTr à la permanence (art. 41 al. 3 LTr ; art. 4 al. 1 LIRT).

Quant à la qualité pour recourir de D_____, elle peut en l'espèce rester ouverte, vu que le recours de la permanence est recevable et que les intéressés invoquent les mêmes griefs.

- 2) Il convient tout d'abord de cerner l'objet du litige.

L'objet du litige est principalement défini par l'objet du recours (ou objet de la contestation), les conclusions du recourant et, accessoirement, par les griefs ou motifs qu'il invoque. L'objet du litige correspond objectivement à l'objet de la décision attaquée, qui délimite son cadre matériel admissible (ATF 136 V 362 consid. 3.4 et 4.2 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_581/2010 du 28 mars 2011 consid. 1.5 ; ATA/1155/2017 du 2 août 2017 consid. 3b). La contestation ne peut excéder l'objet de la décision attaquée, c'est-à-dire les prétentions ou les rapports juridiques sur lesquels l'autorité inférieure s'est prononcée ou aurait dû se prononcer. L'objet d'une procédure administrative ne peut donc pas s'étendre ou qualitativement se modifier au fil des instances, mais peut tout au plus se réduire dans la mesure où certains éléments de la décision attaquée ne sont plus contestés. Ainsi, si un recourant est libre de contester tout ou partie de la décision attaquée, il ne peut pas prendre, dans son mémoire de recours, des conclusions qui sortent du cadre des questions traitées dans la procédure antérieure (ATA/1155/2017 précité consid. 3b).

En l'espèce, la décision litigieuse se limite à examiner le cas de la permanence dont il n'est pas contesté qu'elle se compose exclusivement d'ostéopathes à l'exclusion de médecins. Ainsi, contrairement à l'avis des recourants, il n'y a pas lieu d'examiner, dans la présente procédure, la conformité au droit de l'hypothèse dans laquelle la permanence emploierait aussi un médecin. Cette conclusion prise lors de l'audience devant la chambre de céans est ainsi exorbitante au présent litige et doit être déclarée irrecevable.

- 3) Les recourants se plaignent du fait que l'art. 18 OLT 2 n'est pas appliqué à la permanence et qu'elle ne peut ainsi pas bénéficier de la dérogation – prévue à l'art. 4 OLT 2 – à l'obligation de solliciter une autorisation pour le travail du dimanche, des jours fériés et de nuit. Ce refus résulterait d'une lacune de l'art. 18 OLT 2 et constituerait une inégalité de traitement entre médecins et ostéopathes, ainsi qu'entre la permanence et d'autres établissements offrant des prestations d'ostéopathie.

a. Le principe de l'interdiction de travailler la nuit et le dimanche est ancré respectivement aux art. 16 et 18 LTr. Des dérogations y sont possibles par la voie de l'autorisation conformément aux art. 17 et 19 LTr. Des jours fériés peuvent être assimilés au dimanche (art. 20a LTr). À côté de ce régime dérogatoire général

soumis à autorisation, l'art. 27 al. 1 LTr prévoit que certaines catégories d'entreprises ou de travailleurs peuvent, dans la mesure où leur situation particulière le rend nécessaire, être soumises par voie d'ordonnance à des dispositions spéciales remplaçant en tout ou en partie certaines prescriptions légales, telle que les interdictions de travailler susmentionnées. De telles dispositions peuvent être édictées pour les différentes entreprises énumérées de manière exemplaire à l'art. 27 al. 2 LTr. Cette norme-ci mentionne entre autres les cliniques et hôpitaux ainsi que les cabinets médicaux (let. a).

L'OLT 2 concrétise l'art. 27 al. 1 LTr. Selon l'art. 1 OLT 2, cette ordonnance précise les possibilités de dérogations aux prescriptions légales en matière de durée du travail et du repos en cas de situation particulière selon l'art. 27 al. 1 LTr et désigne les catégories d'entreprises ou groupes de travailleurs auxquels s'appliquent ces dérogations. Elle définit l'étendue des dérogations pour chaque catégorie d'entreprises ou groupe de travailleurs.

L'art. 4 OLT 2 règle les dérogations à l'obligation de solliciter une autorisation pour le travail de nuit ou du dimanche ainsi que pour le travail continu. L'employeur peut, sans autorisation officielle, occuper des travailleurs pendant la totalité ou une partie de la nuit (art. 4 al. 1 OLT 2). L'employeur peut, sans autorisation officielle, occuper des travailleurs pendant la totalité ou une partie du dimanche (art. 4 al. 2 OLT 2). L'art. 4 OLT 2 s'applique aux catégories d'entreprises et aux travailleurs visés par la section 3 de l'OLT 2 (art. 3 OLT 2), tels que ceux mentionnés à l'art. 18 OLT 2. Selon la teneur de l'art. 18 OLT 2 en vigueur depuis le 15 janvier 2018, est applicable aux cabinets médicaux et aux cabinets dentaires et aux travailleurs qu'ils occupent l'art. 4 OLT 2, pour toute la nuit et tout le dimanche, pour autant qu'il s'agisse de maintenir le service d'urgence. La teneur antérieure visait également les cabinets vétérinaires désormais traités dans une autre disposition. L'art. 15 OLT 2 concerne les cliniques et les hôpitaux. Sont entre autres applicables à ces deux types d'établissements et aux travailleurs qu'ils occupent l'art. 4 OLT 2 pour toute la nuit et tout le dimanche (art. 15 al. 1 OLT 2). Sont réputés cliniques et hôpitaux les établissements pour malades, accidentés et convalescents, ainsi que les maternités et pouponnières, suivis par un médecin (art. 15 al. 2 OLT 2).

b. Selon la jurisprudence, les exceptions à l'interdiction du travail dominical doivent être admises de façon restrictive, quand bien même les habitudes des consommateurs subissent une certaine évolution (ATF 140 II 46 consid. 2.4 ; 139 II 49 consid. 6.1). Il en va de même des exceptions à l'interdiction du travail de nuit (ATF 136 II 427 consid. 3.2 et les références citées).

Dans le cadre des autorisations dérogatoires prévues aux art. 17 et 19 LTr qui visent à autoriser le travail la nuit respectivement le dimanche, le Tribunal fédéral précise que le caractère restrictif des énoncés desdites dispositions (exigeant des raisons techniques ou économiques rendant indispensable le travail

la nuit et le dimanche) montre la grande importance que le législateur accorde à ces repos. La rationalité économique, à elle seule, ne justifie pas une exception. Les dispositions visant à protéger le travailleur doivent précisément intervenir lorsque les lois du marché parlent en faveur de l'introduction du travail nocturne et dominical. Le droit de protection des travailleurs doit par conséquent fixer en faveur des travailleurs des limites à la recherche de la rationalité économique. Le fait qu'une entreprise ne survivrait pas n'est ni une condition nécessaire, ni une condition suffisante pour autoriser le travail nocturne ou dominical. Le point de départ de l'examen du caractère indispensable sur le plan économique n'est ainsi pas la situation économique de l'entreprise prise individuellement, mais le procédé de travail. Lorsque celui-ci ne peut pas être mis en œuvre sans le travail nocturne ou dominical (pour des raisons techniques ou économiques), le maintien de l'interdiction ne se justifie pas. Une telle solution permet d'avoir une pratique neutre pour la concurrence lorsqu'il s'agit d'accorder les autorisations d'exceptions. Ces exceptions doivent, en outre, se conformer au principe de l'égalité de traitement, issu de la liberté économique, et ne doivent pas avoir un effet de distorsion de la concurrence. Elles ne doivent être accordées, selon le principe de la proportionnalité, que là où le caractère indispensable est établi (ATF 116 Ib 284 consid. 4b à 4d).

Le Tribunal fédéral reconnaît une certaine tendance à l'extension du travail dominical. Toutefois, il précise que si un assouplissement des dérogations existantes ou de nouvelles dérogations expriment une évolution récente intervenue dans la société, il revient au législateur de modifier dans la mesure utile la LTr et/ou ses ordonnances d'application, comme cela a été le cas de certaines modifications légales qu'il cite. En revanche, il n'appartient pas au juge d'interpréter de manière large et contraire à l'esprit de la loi les exceptions au travail dominical, car cela reviendrait à vider de sa substance le principe de l'interdiction de travailler le dimanche expressément inscrit à l'art. 18 LTr (ATF 134 II 265 consid. 5.5).

c. Selon le commentaire de la LTr édité par le SECO (ci-après : Commentaire LTr), disponible sur le site internet de ce dernier (<https://www.seco.admin.ch/seco/fr/home/Arbeit/Arbeitsbedingungen/Arbeitsgesetz-und-Verordnungen/Wegleitungen/wegleitung-zum-arg.html>), relatif à l'art. 27 LTr, cette norme prévoit la possibilité de fixer des dispositions dérogatoires pour des branches économiques ou des groupe de travailleurs pour lesquels le cadre du temps de travail fixé par la loi s'avère trop étroit, comme c'est notamment le cas dans le secteur des hôpitaux (fiche 027-2, état avril 2014).

D'après le commentaire de l'OLT 2 édité par le SECO (ci-après : Commentaire OLT 2), disponible sur le site internet de ce dernier (<https://www.seco.admin.ch/seco/fr/home/Arbeit/Arbeitsbedingungen/Arbeitsgesetz-und-Verordnungen/Wegleitungen/Wegleitung-zur-ArGV-2.html>), relatif à

l'art. 15 OLT 2, entre dans la catégorie des cliniques et hôpitaux toute entreprise qui exploite des installations destinées aux soins des malades (atteints de maladies aiguës), des accouchées, des nouveau-nés, des accidentés et des convalescents, ainsi qu'à leur assistance. Il est impératif que ces entreprises soient suivies par un médecin, dont n'est toutefois exigée ni la présence permanente ni l'appartenance à l'établissement en question. Le suivi médical peut donc n'être assuré qu'à certaines heures, par un médecin externe à l'établissement, mais doit obligatoirement s'effectuer à intervalles réguliers et non pas de façon sporadique (fiche 215-1, état décembre 2017).

Le Commentaire OLT 2 relatif à l'art. 18 OLT 2 précise que les cabinets médicaux et dentaires sont des établissements sous la direction d'un médecin ou d'un médecin-dentiste disposant d'une autorisation d'exercer. Les cabinets fournissent à la population des soins médicaux ou dentaires ambulatoires. Par permanence du service d'urgence, il faut entendre les soins destinés à la population d'un secteur donné en cas de blessure ou de maladie (fiche 218-1, état novembre 2006).

d. Conformément à la jurisprudence constante, la loi s'interprète en premier lieu selon sa lettre. Si le texte n'est pas absolument clair, si plusieurs interprétations sont possibles, il convient de rechercher la véritable portée de la norme. Le Tribunal fédéral ne se fonde sur la compréhension littérale du texte que s'il en découle sans ambiguïté une solution matériellement juste (ATF 139 II 78 consid. 2.4 ; 138 II 105 consid. 5.2 ; 135 II 243 consid. 4.1). Il ne s'écarte, sous peine de violer le principe de la séparation des pouvoirs, d'une interprétation qui correspond à l'évidence à la volonté du législateur, en se fondant, le cas échéant, sur des considérations relevant du droit désirable (de lege ferenda) ; autrement dit, le juge ne saurait se substituer au législateur par le biais d'une interprétation extensive (ou restrictive) des dispositions légales en cause (ATF 133 III 257 consid. 2.4 ; 130 II 65 consid. 4.2 ; 127 V 75 consid. 3).

L'interprétation de la loi peut conduire à la constatation d'une lacune. Une lacune authentique (ou proprement dite) suppose que le législateur s'est abstenu de régler un point alors qu'il aurait dû le faire et qu'aucune solution ne se dégage du texte ou de l'interprétation de la loi. En revanche, si le législateur a renoncé volontairement à codifier une situation qui n'appelait pas nécessairement une intervention de sa part, son inaction équivaut à un silence qualifié. Quant à la lacune improprement dite, elle se caractérise par le fait que la loi offre certes une réponse, mais que celle-ci est insatisfaisante. D'après la jurisprudence, seule l'existence d'une lacune proprement dite appelle l'intervention du juge, tandis qu'il lui est en principe interdit, selon la conception traditionnelle qui découle notamment du principe de la séparation des pouvoirs, de corriger les silences qualifiés et les lacunes improprement dites, à moins que le fait d'invoquer le sens réputé déterminant de la norme ne soit constitutif d'un abus de droit, voire d'une

violation de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101 ; ATF 139 I 57 consid. 5.2 ; 138 II 1 consid. 4.2 ; 132 III 470 consid. 5.1 ; 131 II 562 consid. 3.2).

e. Une décision viole le principe de l'égalité consacré à l'art. 8 al. 1 Cst. lorsqu'elle établit des distinctions juridiques qui ne se justifient par aucun motif raisonnable au regard de la situation de fait à réglementer ou qu'elle omet de faire des distinctions qui s'imposent au vu des circonstances, c'est-à-dire lorsque ce qui est semblable n'est pas traité de manière identique et ce qui est dissemblable ne l'est pas de manière différente. Il faut que le traitement différent ou semblable injustifié se rapporte à une situation de fait importante (ATF 142 V 316 consid. 6.1.1 ; 141 I 153 consid. 5.1). Les situations comparées ne doivent pas nécessairement être identiques en tous points, mais leur similitude doit être établie en ce qui concerne les éléments de fait pertinents pour la décision à prendre (ATF 130 I 65 consid. 3.6).

f. Selon l'art. 27 al. 1 Cst., la liberté économique est garantie. Elle comprend notamment le libre choix de la profession, le libre accès à une activité économique lucrative privée et son libre exercice (art. 27 al. 2 Cst.). La liberté économique protège toute activité économique privée, exercée à titre professionnel et tendant à la production d'un gain ou d'un revenu (ATF 137 I 167 consid. 3.1 ; 135 I 130 consid. 4.2). L'art. 36 Cst. exige que toute restriction à un droit fondamental soit fondée sur une base légale (al. 1), justifiée par un intérêt public ou par la protection d'un droit fondamental d'autrui (al. 2), et proportionnée au but visé (al. 3).

La liberté économique comprend le principe de l'égalité de traitement entre personnes appartenant à la même branche économique. Selon ce principe, déduit des art. 27 et 94 Cst., sont prohibées les mesures étatiques qui ne sont pas neutres sur le plan de la concurrence entre les personnes exerçant la même activité économique (ATF 143 I 37 consid. 8.2 ; 140 I 218 consid. 6.2). On entend par concurrents directs les membres de la même branche économique qui s'adressent avec les mêmes offres au même public pour satisfaire les mêmes besoins. Ne sont considérés comme concurrents directs au sens de cette règle que les entreprises situées dans la circonscription territoriale à laquelle s'applique la législation en cause (arrêt du Tribunal fédéral 2C_380/2016 du 1^{er} septembre 2017 consid. 5.1 et les références citées). L'égalité de traitement entre concurrents directs n'est pas absolue et autorise des différences, à condition que celles-ci reposent sur une base légale, qu'elles répondent à des critères objectifs et résultent du système lui-même ; il est seulement exigé que les inégalités ainsi instaurées soient réduites au minimum nécessaire pour atteindre le but d'intérêt public poursuivi (ATF 143 I 37 consid. 8.2 ; 137 I 167 consid. 3.5).

Selon le Tribunal fédéral, la LTr repose sur plusieurs dispositions constitutionnelles, parmi lesquelles l'art. 110 al. 1 let. a et b Cst. relatif à la

compétence législative en matière de protection des travailleurs. Les limitations de la liberté économique prévues par la LTr en relation avec l'interdiction de travailler les dimanches et les jours fériés, reposent ainsi non seulement sur une base légale valable, mais ont également un fondement constitutionnel. L'interdiction de travailler les jours fériés répond à un but de politique sociale et accorde aux travailleurs un temps libre supplémentaire. L'imposition de l'interdiction de travailler le dimanche à tous les travailleurs à l'exception des entreprises familiales vise à offrir à ces employés une protection dont ils ne bénéficient pas en l'absence de liens familiaux. Elle se justifie pleinement pour les personnes morales. Cette interdiction respecte la proportionnalité entre l'atteinte à la liberté économique et l'intérêt public poursuivi. Enfin, même s'il en résulte un traitement différent de concurrents directs créant individuellement une restriction de la liberté économique, celui-ci répond à des critères objectifs et est nécessaire pour atteindre le but d'intérêt public poursuivi (arrêt du Tribunal fédéral 2C_886/2012 du 29 juin 2013 consid. 4).

Par ailleurs, l'art. 94 al. 4 Cst. prévoit que les dérogations au principe de la liberté économique, en particulier les mesures menaçant la concurrence, ne sont admises que si elles sont prévues par la Cst. ou fondées sur les droits régaliens des cantons. Selon le Tribunal fédéral, contrairement aux mesures d'ordre économique, qui sont susceptibles d'entraver, voire même de déroger à la libre concurrence, les mesures étatiques poursuivant des motifs d'ordre public, de politique sociale ou des mesures ne servant pas, en premier lieu, des intérêts économiques (par exemple, aménagement du territoire, politique environnementale) sortent d'emblée du champ de protection de l'art. 94 Cst. La jurisprudence définit les mesures dites sociales ou de politique sociale en tant que mesures qui tendent à procurer du bien-être à l'ensemble ou à une grande partie des citoyens, ou à accroître ce bien-être par l'amélioration des conditions de vie, de la santé ou des loisirs (arrêt du Tribunal fédéral 2C_774/2014 du 21 juillet 2017 consid. 5.2, destiné à la publication).

- 4) En l'espèce, les recourants se prévalent uniquement de l'art. 18 OLT 2 pour pouvoir bénéficier de la dérogation prévue à l'art. 4 OLT 2. Ils n'invoquent, à juste titre, pas l'art. 15 OLT 2 visant les hôpitaux et les cliniques. Aucune autre disposition de la section 3 de l'OLT 2 ne peut par ailleurs leur être appliquée. Il y a lieu d'examiner si, comme ils le soutiennent, l'absence de mention de la profession d'ostéopathe à l'art. 18 OLT 2 constitue une lacune.

L'art. 18 OLT 2 vise à concrétiser l'art. 27 LTr qui subordonne, à son al. 1, l'application de dispositions dérogatoires à la LTr à l'adoption d'une disposition réglementaire (« par voie d'ordonnance »). Le fait que l'art. 27 al. 2 LTr énumère de manière exemplaire les catégories d'entreprises susceptibles de pouvoir bénéficier d'un régime dérogatoire, n'affecte pas le principe de la voie de l'ordonnance posé à l'al. 1 de cette disposition. De plus, outre les cliniques et les

hôpitaux, l'art. 27 al. 2 let. a LTr vise expressément les cabinets « médicaux ». L'emploi de cet adjectif ne prête pas à confusion et fait expressément référence aux médecins. D'après le dictionnaire de l'Académie française en ligne, le terme « médical » se définit comme « qui a rapport à la médecine », le « corps médical » étant « l'ensemble des médecins ». La profession des médecins est régie par la loi fédérale sur les professions médicales universitaires du 23 juin 2006 (loi sur les professions médicales, LPMéd - RS 811.11), qui distingue la médecine humaine, la médecine dentaire et la médecine vétérinaire (art. 1 al. 1 LPMéd). L'exercice de ces trois domaines était auparavant régi par l'ancienne loi fédérale concernant l'exercice des professions de médecin, de pharmacien et de vétérinaire dans la Confédération suisse du 19 décembre 1877. L'art. 18 OLT 2 mentionne d'ailleurs explicitement, en sus des « cabinets médicaux », les « cabinets dentaires » et, jusqu'au 15 janvier 2018, les « cabinets vétérinaires ». Cette disposition précise ainsi le terme de « cabinet médical » figurant à l'art. 27 al. 2 let. a LTr, en y englobant différentes disciplines de la médecine traitées par la législation fédérale précitée. Ainsi, la lettre de l'art. 18 OLT 2 est claire et dépourvue de toute ambiguïté. De plus, cette norme réglementaire s'insère dans le cadre fixé par l'art. 27 LTr. Elle précise les cabinets « médicaux » figurant à l'art. 27 al. 2 let. a LTr et constitue une base réglementaire à l'application de la dérogation à la LTr conformément au principe posé à l'art. 27 al. 1 LTr.

Au vu de ces éléments, l'absence de référence à la profession d'ostéopathe ainsi qu'à celle d'autres métiers de la santé, tels que les physiothérapeutes ou les infirmiers, ne saurait être interprétée comme une lacune de l'art. 18 OLT 2 devant être comblée par le juge, ni d'un oubli mais plutôt d'une volonté du législateur de traiter différemment la profession des médecins de celles des autres métiers de la santé. Cette distinction est d'ailleurs reprise dans le règlement sur les professions de la santé du 22 août 2006 (RPS - K 3 02.01), dont l'art. 1 distingue les personnes exerçant les professions médicales universitaires (let. a) des « autres professionnels de la santé » (let. c). Elle transparaît également à l'art. 71A de la loi sur la santé du 7 avril 2006 (LS - K 1 03) visant les professions médicales universitaires soumises à la LPMéd. L'argument des recourants, selon lequel la profession d'ostéopathe doit également pouvoir bénéficier de la dérogation prévue à l'art. 4 OLT 2, est une considération d'ordre politique qui appelle l'intervention du législateur, à laquelle le juge ne saurait se substituer par une interprétation de l'art. 18 OLT 2.

Cette conclusion s'impose d'autant plus que l'art. 4 OLT 2 déroge à un principe majeur du droit de la protection des travailleurs, comme le relève la jurisprudence précitée du Tribunal fédéral, et que l'interprétation soutenue par les intéressés reviendrait à vider de sa substance le principe des interdictions de travailler la nuit et le dimanche expressément ancré aux art. 16 et 18 LTr. L'exercice de la profession d'ostéopathe n'est nullement entravé par ces deux interdictions qui la limitent seulement la nuit, le dimanche et les jours fériés, sans

qu'aucune raison d'ordre technique ou économique ne rende indispensable son exercice pendant ces périodes. L'expectative d'augmenter son chiffre d'affaires en proposant de telles prestations en dehors des périodes usuelles de travail ne saurait primer les interdictions légales de travailler susmentionnées qui revêtent une importance capitale en droit de la protection des travailleurs, comme le souligne la jurisprudence fédérale susmentionnée. Le Tribunal fédéral a par ailleurs déjà confirmé la conformité au droit des limitations à la liberté économique découlant de l'interdiction de travailler le dimanche et les jours fériés prévue par la LTr. En outre, le fait que la permanence soit dirigée par un ostéopathe CDS ne change rien à l'absence – non contestée – de médecin au sein de cet établissement. Quant à l'argumentation avancée par les recourants, selon laquelle l'art. 18 OLT 2 doit s'appliquer à toute profession répondant à un besoin « urgent » et « réel » de la population comme c'est le cas, d'après eux, des ostéopathes et en particulier de la permanence, elle ne peut qu'être écartée. Les intéressés perdent en effet de vue que la dérogation de l'art. 4 OLT 2 s'applique uniquement aux catégories d'entreprises et aux travailleurs visés par la section 3 de l'OLT 2. Or, comme exposé plus haut, les ostéopathes n'y figurent pas, à tout le moins pour l'instant. La question de savoir si les ostéopathes peuvent répondre à un service d'urgence n'est donc, en l'espèce, pas pertinente. N'étant visée par aucune des dispositions de la section 3 de l'OLT 2, la permanence ne peut dès lors pas bénéficier de la dérogation prévue à l'art. 4 OLT 2. Elle doit par conséquent être titulaire des autorisations correspondantes pour pouvoir employer du personnel la nuit, le dimanche et les jours fériés.

Quant aux griefs tirés de l'égalité de traitement, ils doivent être écartés. D'une part, le fait que la profession de médecin soit traitée de manière différente de celle d'ostéopathe dans l'OLT 2 s'explique pour des raisons objectives et raisonnables, ces deux professions – bien que toutes deux situées dans le champ de la santé – correspondant à des formations objectivement différentes. L'existence de certaines similitudes entre ces deux professions, telles que la pose d'un diagnostic ou le fait de chercher à soulager le patient, ne change rien au fait qu'il s'agit de deux activités professionnelles soumises à des exigences et à un champ d'étude différents. Elles répondent à des besoins qui, bien que pouvant être complémentaires, sont différents.

D'autre part, s'agissant des autres établissements offrant des prestations d'ostéopathie le dimanche invoqués par les recourants parmi lesquels il y aurait des cliniques privées, seul le centre E_____ a été mentionné par ces derniers. Or, la situation des cliniques est régie par l'art. 15 OLT 2 qui exige un suivi effectué par un médecin. Les prestations offertes par une clinique peuvent être plus larges que celles proposées par une permanence limitée aux soins d'ostéopathie. Par conséquent, le cas de cette dernière ne saurait être objectivement comparable à celui de cliniques ou d'hôpitaux, a fortiori si ces établissements se situent dans un autre canton. Par ailleurs, à supposer même que le centre ostéopathique

susmentionné fournisse, à l'instar de ce que souhaite la permanence, des prestations d'ostéopathie le dimanche sans être composée de médecins, il n'y a pas d'égalité dans l'illégalité, en dehors de toute pratique illégale établie par l'autorité compétente. L'existence d'une telle pratique n'est en l'espèce pas démontrée. Les recourants ne peuvent, pour ce motif, pas non plus bénéficier de la dérogation de l'art. 4 OLT 2, ce d'autant moins que l'intérêt public à garantir aux travailleurs le respect de leurs droits essentiels découlant de la LTr est évident et important. Le respect de ces derniers répond, comme l'a déjà jugé le Tribunal fédéral, à un but de politique sociale et n'affecte ainsi pas la libre concurrence au sens de l'art. 94 Cst.

Au vu de ce qui précède, le recours sera rejeté dans la mesure et en tant qu'il est recevable, et la décision litigieuse confirmée.

- 5) Vu l'issue du litige, un émoulement de CHF 500.- sera mis à la charge conjointe et solidaire des recourants (art. 87 al. 1 LPA). Aucune indemnité de procédure ne leur sera allouée (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

rejette le recours interjeté le 15 mars 2017 par Monsieur A_____ et B_____ SA contre la décision de l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail du 10 février 2017 dans la mesure et en tant qu'il est recevable ;

met un émoulement de CHF 500.- à la charge conjointe et solidaire de Monsieur A_____ et de B_____ SA ;

dit qu'il n'est pas alloué d'indemnité de procédure ;

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 ;

communique le présent arrêt à Me Hervé Crausaz, avocat des recourants, à l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail, ainsi qu'au secrétariat d'État à l'économie.

Siégeant : Mme Junod, présidente, Mmes Krauskopf et Payot Zen-Ruffinen, juges.

Au nom de la chambre administrative :

le greffier-juriste :

M. Mazza

la présidente siégeant :

Ch. Junod

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :