RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/95/2004-EP **ATA/913/2004**

ARRÊT

DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

du 23 novembre 2004

dans la cause

AFTER THE RAIN S.A., soit pour elle Madame Isabelle Nordmann, administratrice
représentée par Me Yves Bertossa, avocat

contre

OFFICE CANTONAL DE L'INSPECTION ET DES RELATIONS DU TRAVAIL

EN FAIT

1. After the Rain S.A. est une société anonyme créée en 1995 dont le but est l'exploitation d'un centre de bien-être du même nom (ci-après : ATR).

2. La société, administrée par Mme Isabelle Nordmann, a son siège au 40 de la rue du Stand à Genève.

3. Les soins proposés par ATR sont les suivants :

- les massages :	classiques, par aromathérapie ou spécifiques ;
- l'aryurveda :	massages rituels ;
- le corps au féminin :	le buste, le dos, la décoloration, l'épilation ;
- les tatouages :	orientaux ;
- la ligne :	dépressomodelage, électrolipolyse, physiostimulation, pressodermie ;
- les gommages :	pain d'épices, marocain, bio-énergétique, etc. ;
- les enveloppements :	chocolats, agrumes, algues relax, etc. ;
- les bains :	de fleurs, de Cléopâtre, océan indien, hydromassages ;
- le visage :	Samuel Par, yon-ka, QMS, cils et sourcils, épilation, décoloration ;
- les traitements anti-stress :	massages, bains et autres applications ;
- l'homme :	Samuel Par, yon-ka, stress relief, etc. ;
- les voyages :	par exemple « pain d'épices » : gommage, application de crème et thé ;

4. En automne 2000, Mme Nordmann a demandé à M. Jacques Pahud, chef de section de la police judiciaire, de récolter à titre amical et bénévole, un certain nombre de renseignements en vue de l'ouverture prochaine d'ATR.

Dans son rapport du 27 novembre 2000, M. Pahud a indiqué que, selon la direction de l'inspection du commerce du canton de Genève, auprès de laquelle il avait obtenu ses informations, « un commerce ayant la qualification ou l'appellation d'institut de beauté ou de sauna, n'est pas soumis à la législation genevoise en matière de commerce ». De plus, « aucune demande ou autorisation n'est à demander au service précité » et « l'unique condition liée à cette appellation, est qu'aucune vente directe n'est autorisée dans les locaux de l'établissement ». Il a ajouté : « si l'établissement n'est pas exploité directement pas son gérant ou sa famille, la loi sur le travail (LTr – RS 822.11) pourrait restreindre l'activité du personnel par rapport aux heures d'ouverture hebdomadaire ». M. Pahud en concluait qu'ATR pouvait « choisir en toute liberté ses jours et ses heures d'ouverture ».

5. Le 11 juin 2001, l'Office cantonal de l'inspection et des relations du travail (ci-après : OCIRT) a délivré l'autorisation d'aménager ATR au 4, passage des Lions à Genève.

6. Le 14 mars 2002, ATR a ouvert officiellement ses portes.

7. Le 20 juin 2002, ATR a informé l'OCIRT que l'emploi du temps des équipes de son établissement avait été organisé en fonction de la législation sur le travail. Le courrier reprenait en substance la teneur du rapport de M. Pahud, du 27 novembre 2000.

8. MM. Pierre Grosso et Hermogène Toihen, inspecteurs du travail à l'OCIRT, ont procédé, le 24 juillet 2002, à la visite d'entrée en exploitation d'ATR.

La teneur des propos échangés ce jour-là diffère selon qu'ils sont rapportés par l'une ou l'autre des parties.

Les inspecteurs ont affirmé s'être entretenus avec Mme Nordmann sur le fait que son personnel travaillait le dimanche et que, le cas échéant, elle devrait obtenir une autorisation pour le travail dominical. Ils avaient des doutes quant au fait de savoir si ATR devait être ou non au bénéfice d'une telle autorisation et ne pouvaient pas se prononcer en l'état. Il leur était nécessaire d'obtenir au préalable des renseignements de la part du Secrétariat d'Etat fédéral à l'économie (ci-après : le SECO).

Mmes Nordmann et Visinand, respectivement administratrice et employée d'ATR, ont relaté d'autres faits. Pour la première, MM. Toihen et Grosso leur avaient confirmé qu'ATR pouvait ouvrir le dimanche, alors que pour la seconde, les deux inspecteurs lui avait assuré « qu'il n'y avait aucun problème », si bien qu'elle ne se souvenait pas si, à cette occasion, il avait été question de prendre contact ou non avec le SECO.

9. Suite à la visite précitée, M. Grosso a contacté M. Jean-Claude Dupraz, fonctionnaire du SECO.

10. Les 31 octobre et 19 novembre 2002, MM. Bousquet et Baudoux, également inspecteurs auprès de l'OCIRT, ont rendu des décisions positives relatives à l'aménagement d'une salle de collation dans ATR.

11. Le 26 novembre 2002, M. Jean Ruchti, inspecteur au service des jeunes travailleurs, a procédé à une visite d'ATR.

Dans son rapport établi le 28 novembre 2002, il a noté : « il semble que le personnel travaille le dimanche. (se renseigner sur les demandes d'autorisation : (faites ou pas ?) ». Mme Nordmann, en qualité d'employeur, a reçu un exemplaire dudit rapport.

12. D'après l'OCIRT, M. Grosso a contacté téléphoniquement M. Dupraz en mai 2003, afin d'obtenir des informations complémentaires sur l'application de l'ordonnance 2 relative à la loi sur le travail (OLT 2 – RS 822.112).

13. Le 17 septembre 2003, M. Arnaud Bousquet a rencontré Mme Nordmann.

Sa visite faisait suite au contact qu'avait eu Mme Nordmann avec le syndicat Actions Unia qui lui avait demandé d'expliquer les raisons pour lesquelles ses employés ne touchaient pas d'indemnités pour le travail dominical.

Bien qu'il ne se soit pas prononcé sur la problématique, M. Arnaud Bousquet a néanmoins rendu Mme Nordmann attentive au fait que « le seul problème à trancher était de savoir si cette entreprise pouvait ouvrir le dimanche ou non », à savoir que « ou bien elle avait une telle autorisation et aucune indemnité supplémentaire ne devait être versée ou bien elle n'était pas assujettie à une telle autorisation et des compensations en temps devaient êtres offertes ».

14. Le 19 septembre 2003, M. Bousquet a fait parvenir un courrier électronique à Mme Nordmann.

Il lui rappelait l'inspection de MM. Toihen et Grosso le 24 juillet 2002 et le fait qu'à cette occasion, ils avaient pris note d'un certain nombre de questions dont celle du travail dominical. Il informait également Mme Nordmann que M. Dupraz avait été contacté par téléphone et qu'il « aurait » confirmé que son établissement pouvait être mis au bénéfice de l'article 40 OLT 2, à savoir qu'ATR pouvait être considéré comme une installation de sport au sens de cet article et être ouvert le dimanche sans autorisation, conformément à l'article 4 OLT 2.

15. Suite à la requête de Mme Nordmann, M. Bousquet s'est adressé au personnel d'ATR le 30 septembre 2003 et a rédigé un rapport.

Il ressort dudit rapport que M. Bousquet a expliqué à l'ensemble du personnel et à Mme Nordmann qu'il existait deux possibilités pour ATR de faire face à la problématique du travail dominical : soit il était soumis à la LTr et devait dans ce cas

demander une autorisation pour travailler le dimanche, soit il était soumis au régime spécial de l'article 40 OLT 2 et pouvait alors employer ses salariés le dimanche sans obligation de demander une autorisation.

16. Le 1er octobre 2003, par l'intermédiaire de son conseil, Mme Nordmann a demandé au SECO de lui confirmer qu'ATR était soumis au régime de l'article 40 OLT 2.

17. Le 18 novembre 2003, le SECO a rendu un préavis négatif.

18. Le 16 décembre 2003, l'OCIRT a confirmé qu'ATR ne correspondait pas à la définition d'installations et d'équipements de sport de l'article 40 OLT 2 et que partant, il ne pouvait ouvrir le dimanche. Néanmoins, l'OCIRT invitait Mme Nordmann à déposer une demande d'autorisation de travailler le dimanche de façon permanente, fondée sur l'article 28 de l'ordonnance 1 relative à la loi sur le travail (OLT 1 – RS 822.111).

19. Par acte déposé le 16 janvier 2004, After the rain S.A. a formé recours auprès du Tribunal administratif contre cette décision.

Elle concluait à son annulation. Le SECO avait mal interprété l'article 40 OLT 2, violé le principe de la bonne foi de l'administration et méconnu le fait que l'ouverture dominicale d'ATR répondait aux besoins particuliers des consommateurs.

20. L'OCIRT, dans sa réponse du 31 mars 2004, a conclu au rejet du recours.

21. Les parties ont été entendues le 23 avril 2004.

a. La recourante a persisté intégralement dans les termes du recours. Elle n'avait toujours pas, à cette date, sollicité une autorisation pour le travail dominical.

ATR était un centre de remise en forme et un spa mais non un fitness. Les notions de bien-être et de remise en forme avaient évolué ces dix dernières années. Les activités offertes par ATR comportaient 80 % de massages de diverses natures et d'autres soins du corps, comme le recours à l'ayurveda ainsi qu'aux techniques holistiques. La pédicure et la manucure avaient été abandonnées et le prix des épilations augmenté afin de dissuader d'éventuelles clientes. Le personnel était composé essentiellement de masseuses et Mme Nordmann était la seule personne en charge de l'administration. Beaucoup de sportifs fréquentaient également l'établissement.

Ses concurrents, tels les centres de fitness Silhouette et Holmes Place, ouverts le dimanche, avaient également créé des hammams et des jacuzzis ; les grands hôtels avaient tous des spa avec hammam, jacuzzi, sauna et massages et étaient ouverts au public le soir et le dimanche ; l'établissement « Summer forever », qui comportait un

solarium et une onglerie, était ouvert tous les jours jusqu'à 22 heures ; le Spatio, situé à la rue de la Madeleine mettait à la disposition de sa clientèle un bassin et devait, selon les rumeurs, bientôt ouvrir le dimanche ; le Geneva Country Club à Bellevue, ouvert également le dimanche, comportait des courts de tennis, un spa et offrait des massages.

En septembre 2003, ATR avait eu des problèmes avec le Syndicat Unia, suite aux plaintes de trois employées. Celles-ci souhaitaient savoir si elles avaient droit à une indemnité supplémentaire du fait qu'elles travaillaient le dimanche. La question de l'autorisation du travail dominical avait été soulevée. Mme Nordmann avait alors immédiatement appelé l'OCIRT. M. Bousquet lui avait indiqué qu'elle avait commis une erreur en ne demandant pas une confirmation écrite de la décision sur laquelle M. Pahud s'était fondé pour lui rendre son rapport ou tout le moins, des renseignements qu'il avait obtenus. Mme Nordmann était très inquiète, d'autant plus qu'elle avait reçu la visite de plusieurs inspecteurs de l'OCIRT qui savaient qu'ATR était ouvert le dimanche, depuis le début de ses activités.

Depuis début mars 2004, ATR était fermé le dimanche mais devait ouvrir à nouveau ses portes en fin de semaine, dès la mi-septembre. Depuis la fermeture dominicale, bon nombre des clients venaient le samedi, alors que d'autres fréquentaient les spas des grands hôtels. Enfin, une partie de son personnel était mécontente, étant donné que, vu la fermeture dominicale, ATR était dans l'impossibilité de donner congé à ses employés le samedi.

b. Le représentant de l'OCIRT a rappelé que les fitness et les hôtels pouvaient bénéficier de l'article 40 OLT 2 et de l'exception de l'article 4 OLT 2, respectivement de l'article 23 OLT 2. Seul le cas de « Summer forever », dont il n'avait pas connaissance, devait être examiné.

Il a en outre admis que, de juillet 2002 à septembre 2003, l'OCIRT avait toléré l'ouverture dominicale d'ATR, dans l'attente de la détermination de l'inspection fédérale du travail. En novembre 2002 déjà, M. Ruchti, inspecteur de l'OCIRT, avait adressé un courrier à Mme Nordmann évoquant le problème du travail dominical.

22. Le 4 juin 2004, le Tribunal administratif a entendu les inspecteurs de l'OCIRT, déliés de leur secret de fonction.

a. M. Bousquet a reconnu être l'auteur du courrier électronique du 19 septembre 2003. Son but premier avait été de rappeler à Mme Nordmann la chronologie des événements. Mme Nordmann avait en effet été interpellée par un syndicat afin qu'elle s'exprime sur les raisons pour lesquelles elle ne versait pas d'indemnité supplémentaire à ses employés pour le travail dominical. L'inspecteur a rappelé au Tribunal de céans que, dans ce contexte, le seul problème était celui de savoir si la recourante pouvait ou non ouvrir les portes de son établissement le dimanche.

Pour ce témoin, Mme Nordmann devait interpeller le SECO sur la question, comme l'avait finalement fait son conseil. Le SECO était mieux à même d'apporter une réponse puisque ATR était difficile à classifier, car il exerçait une activité nouvelle.

Il avait assisté, le 30 septembre 2003, à une réunion du personnel, suite à la demande de Mme Nordmann. Bien avant cette date, certains de ses collègues savaient qu'ATR ouvrait ses portes le dimanche.

Selon lui, M. Grosso avait eu un contact avec M. Dupraz, lequel avait déclaré que l'article 40 OLT 2 s'appliquait à ATR.

Il n'avait jamais inspecté de spa se trouvant dans des fitness ou dans des hôtels. Il savait toutefois que l'hôtel Richemond avait détruit son fitness pour le remplacer par un spa, que l'hôtel Hilton possédait sauna et hammam mais ignorait s'il existait un fitness ou un spa dans l'hôtel La Réserve.

Tout ce qui se trouvait à l'intérieur d'un hôtel bénéficiait de l'exception de l'article 23 OLT 2 et il n'entrait pas dans ses attributions de vérifier si des personnes non clientes de ces hôtels pouvaient aussi bénéficier des prestations offertes.

Le 6 octobre 2003, M. Bousquet avait établi avec Mme Nordmann les horaires d'ATR en gardant à l'esprit qu'il s'agissait d'une entreprise qui ne pouvait pas travailler le dimanche. Dans l'attente de l'avis du SECO, il souhaitait que les horaires du personnel de la recourante soient conformes à l'OLT 2.

Il n'avait pas connaissance de l'existence de l'établissement « Summer forever ».

b. M. Ruchti, a confirmé la teneur du rapport qu'il avait remis à la recourante, le 28 novembre 2002. Il avait constaté qu'une employée mineure y travaillait. Ce jour-là n'était pas un dimanche et il avait supputé qu'ATR pratiquait l'ouverture dominicale mais ne l'avait pas constaté, raison pour laquelle il avait transmis son rapport à d'autres collègues afin qu'ils investiguent sur la question, celle-ci n'étant pas de son ressort.

c. M. Toihen est revenu sur le contrôle qu'il avait effectué avec M. Grosso, le 24 juillet 2002.

Mme Nordmann leur avait indiqué que son personnel travaillait le dimanche et il lui avait demandé si elle avait une autorisation. Les deux inspecteurs avaient des doutes quant au fait qu'une autorisation soit nécessaire en l'espèce. Ils avaient néanmoins visité les locaux qui ne comportaient aucune installation sportive. Ils avaient alors informé Mme Nordmann que son établissement ne rentrait pas dans le champ de l'article 40 OLT 2. Pour M. Toihen, ATR devait être considéré comme un institut de beauté. Il lui a néanmoins fait remarquer qu'il avait un doute ; M. Grosso

et lui-même allaient se renseigner auprès du SECO. En qualité de responsable, M. Grosso se chargerait de prendre contact avec M. Dupraz, du SECO.

d. M. Grosso a confirmé les déclarations de M. Toihen.

M. Dupraz lui avait indiqué, lors d'un entretien téléphonique, qu'il devait réfléchir sur le cas de la recourante étant donné qu'il s'agissait d'un nouveau type d'activité. Néanmoins, lorsqu'il lui avait demandé si ATR pouvait bénéficier de l'exception de l'article 40 OLT 2, M. Dupraz lui avait dit « un oui qui n'était pas sûr » et qu'il allait se renseigner. M. Dupraz l'avait finalement rappelé pour lui dire que « cela ne passerait pas ». Une réponse définitive du SECO devait parvenir à M. Grosso, réponse que celui-ci n'a pas reçue avant son départ à la retraite en mai 2003. M. Dupraz avait également pris sa retraite quelques mois plus tard.

e. Pour le représentant de l'autorité intimée, « Summer forever » pouvait ouvrir le dimanche, car il était exploité par une personne « exerçant une fonction dirigeante élevée » au sens de l'article 3 lettre d LTr. Il a, en outre, déposé des pièces complémentaires, à savoir un échange de messages électroniques entre fonctionnaires du SECO, dont M. Dupraz. Ces courriels, datés du 10 octobre 2003, illustraient le fait qu'il n'était alors pas question pour le SECO de mettre la recourante au bénéfice de l'article 40 OLT 2.

23. Le 24 juin 2004, Mme Farida Visinand, employée de la recourante, a été entendue par le Tribunal administratif.

Mme Visinand a déclaré que le 24 juillet 2004, MM. Toihen et Grosso avaient non seulement visité ATR mais s'étaient également renseignés sur les horaires du personnel et sur les horaires d'ouverture de l'établissement. Les inspecteurs avaient déclaré qu'ATR était assimilable à un fitness de sorte que l'ouverture dominicale était autorisée. Tous leurs concurrents, c'est-à-dire les hôtels et leur spa, travaillaient également le dimanche et jamais elle n'avait été contactée par les inspecteurs précités ou par quiconque d'autre à ce sujet.

24. M. Pahud a été entendu le 29 juin 2004.

Il connaissait Mme Nordmann depuis déjà plusieurs années, raison pour laquelle il avait accepté d'effectuer certaines recherches à sa demande. L'inspection du commerce l'avait informé qu'un établissement de ce type pouvait être ouvert tous les jours, sans restriction d'horaire, au gré du propriétaire, à condition de ne vendre aucun produit. M. Pahud avait consigné ces informations dans un rapport qu'il avait remis à Mme Nordmann.

25. La recourante a déposé des conclusions après enquêtes le 19 août 2004.

Elle persistait, invoquant comme argument principal la violation du principe de l'égalité de traitement.

26. L'OCIRT a dupliqué le 17 septembre 2004. Il rejetait l'intégralité des griefs invoqués par la recourante, persistant dans ses conclusions.

27. A la requête du juge délégué, l'OCIRT a apporté les précisions suivantes, par courrier du 5 novembre 2004 :

Les hôtels La Réserve et Noga Hilton avaient non seulement un spa mais également des installations sportives de type fitness, voire tennis et piscines, ce qui conduisait l'autorité intimée à les mettre au bénéfice des articles 23, respectivement 40 OLT 2.

Les centres de fitness Silhouette et Holmes place (fitness, piscine, hammam, sauna, massage) exploitaient avant tout des installations sportives au sens de l'article 40 OLT2. Le second ne prodiguait pas de massage le dimanche.

Depuis quelques années déjà, les Bains des Pâquis mettaient à la disposition de leur clientèle, 7 jours sur 7, des saunas ainsi que des massages. Actifs au sein de l'Association des usagers des Bains des Pâquis, les masseurs n'étaient pas soumis à la LTr, dans la mesure où ils travaillaient en qualité d'indépendants payés à la prestation.

L'OCIRT s'était également renseigné auprès de l'inspection fédérale du travail, organe compétent en matière de permis régulier pour le travail dominical. Le critère de l'activité prépondérante devait être retenu pour décider si un spa correspondait ou non à une entreprise au sens des articles 23 ou 40 OLT 2. En d'autres termes, seuls les spas attenant à une salle de fitness, à une piscine ou à un hôtel pouvaient occuper du personnel affecté aux soins esthétiques le dimanche sans autorisation. Par conséquent, sur le plan suisse, les centres de bien-être soumis à la LTr et n'entrant pas dans l'un ou l'autre des cas précités n'étaient pas autorisés à occuper des travailleurs le dimanche.

Enfin, l'OCIRT ignorait si les établissements susnommés étaient ouverts au public étant donné qu'il n'était pas autorisé à contrôler l'accès de la clientèle à ces locaux. Cette compétence relevait de l'office cantonal de l'inspection du commerce et des prix.

28. La recourante a déposé des observations le 15 novembre 2004, en persistant dans ses conclusions.

29. Sur quoi, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable (art. 56A de la loi sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 - LOJ

- E 2 05 ; art. 63 al. 1 litt. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).

2. La recourante se plaint de ne pas pouvoir ouvrir son établissement le dimanche, sans autorisation, en application de l'article 4 OLT 2. ATR est un centre de « mise en forme ». Conformément au commentaire de la LTr établi par le SECO (SECO, Loi sur le travail : commentaire de la loi sur le travail et des ordonnances 1 et 2, 2001), il entrerait dans la catégorie des « installations et équipements de sport » de l'article 40 OLT 2 et devrait être mis au bénéfice de l'article 4 OLT 2. L'OCIRT affirme au contraire qu'ATR est un centre de « bien-être » si bien que l'OLT 2 ne lui est pas applicable.

a. La LTr a pour objectif de protéger la santé du travailleur de tout préjudice imputable au poste de travail, c'est pourquoi l'article 18 LTr pose le principe de l'interdiction de travail le dimanche (c.f., au sujet de la justification de ce principe, l'ATF 120 Ib 332, consid. 3a p. 333-334) en prescrivant à son alinéa 1 que, du samedi à 23 heures au dimanche à 23 heures, il est interdit d'occuper des travailleurs.

Ce principe souffre cependant différentes exceptions. C'est ainsi que l'article 27 alinéa 1 LTr dispose que «en tant que leur situation particulière le rend nécessaire, certaines catégories d'entreprises ou de travailleurs peuvent être soumises par ordonnance à des dispositions spéciales remplaçant en tout ou en partie les articles 9 à 21, 23 à 25, 31, 34 et 36 ». Sur cette base, le Conseil fédéral a édicté l'OLT 2.

L'article 4 OLT 2 dispose que :

« L'employeur peut, sans autorisation officielle, occuper des travailleurs pendant la totalité ou une partie de la nuit.

L'employeur peut, sans autorisation officielle, occuper des travailleurs pendant la totalité ou une partie du dimanche.

L'employeur peut, sans autorisation officielle, occuper des travailleurs dans un système de travail continu. ».

L'article 40 OLT 2 met au bénéfice de l'exception de l'article 4 OLT 2 les « installations et équipements de sport ». Il a la teneur suivante :

« Sont applicables aux travailleurs affectés à l'entretien des installations et équipements de sports, ainsi qu'au service à la clientèle, à son assistance et à son instruction, l'art. 4 pour toute la nuit et tout le dimanche, ainsi que les art. 8, al. 1, 10, al. 3, 12, al. 2, et 14, al. 1.

L'application des art. 4, al. 1, et 10, al. 3, se limite aux cas où le travail de nuit est nécessaire pour entretenir les installations ».

b. La législation actuelle ne donne pas de définition de la notion d'«installations ou équipements de sport ». La LTr et ses deux ordonnances révisées présentent en effet, en matière de systématique, de transparence et d'intelligibilité, certaines carences essentiellement imputables au processus politique dont elles sont l'aboutissement et à la matière complexe qui la caractérise. Procéder à l'application correcte de la LTr et de ses ordonnances sans disposer des explications et interprétations indispensables s'avère une tâche difficile, raison pour laquelle le SECO s'est proposé de combler les lacunes dans son commentaire (SECO, op. cit., avant-propos, p. AP-3).

Le commentaire du SECO précise ainsi que : « sont considérés comme installations ou équipements de sport les bâtiments, locaux, installations et équipements dont dispose la clientèle pour s'adonner à des jeux ou à des sports au sens large du terme : sports de compétition, de masse ou de loisir ou autre activité à caractère ludique. Sont entre autres, considérés comme bâtiments, locaux, installations de sports, les piscines, les salles de gymnastique, de mise en forme et de danse, les salons de jeu, les terrains de golf et de minigolf, les pistes de ski et de snowboard, les patinoires » (SECO, op. cit., ad art. 40 OLT 2, p. 240-1).

c. Selon la jurisprudence, le législateur ayant édicté des normes pour protéger les travailleurs, toute dérogation à la LTr doit s'interpréter de manière restrictive sous peine de vider le principe général de son contenu (ATF 2A.166/2003 du 7 août 2003, ARV 2004 p. 43 ; ATF 2A.127/1999 du 28 février 2000, SJ 2000 I p. 530 ; ATF du 30 juin 2000, RJJ 2001, p. 142).

d. En l'occurrence, l'établissement en cause est un spa, soit « un centre de beauté et de remise en forme, souvent dans un cadre luxueux » (Le Grand Robert de la langue française, Tome 6, 2001). Il ne comporte aucune installation sportive, ce qu'admet la recourante.

La notion de « sport », définie dans une ordonnance fédérale, jouit d'une force normative supérieure à celle de « mise en forme » qui seule peut prêter à interprétation en l'espèce. Cette dernière expression n'est autre que la traduction française du terme « fitness » qu'utilisent les germanophones (sic) et qui peut être lui-même défini comme étant un « ensemble d'activités visant au maintien de la forme physique (gymnastique, exercices …), pratiquée à l'aide d'appareils » (Le Grand Robert de la langue française, tome 3, 2001, p. 793). En recourant à la notion de « mise en forme », le SECO visait donc l'activité purement sportive qui se pratique dans un fitness. D'ailleurs, le commentaire fait apparaître cette notion non pas seule mais en lien avec une autre activité sportive puisque il parle expressément de « mise en forme et de danse ».

Par conséquent, rien dans la loi ou l'ordonnance, ni dans le commentaire du SECO ne plaide en faveur de l'interprétation faite par la recourante si bien que celle-ci ne pourra être mise au bénéfice de l'article 4 OLT 2.

3. Invoquant les articles 8 et 27 de la Constitution fédérale (Cst – RS 101), la recourante se plaint d'une violation de la liberté économique et d'une inégalité de traitement qu'elle subirait face à ses principaux concurrents que sont les grands hôtels et les fitness. Ceux-ci fourniraient des services identiques aux siens mais seraient les seuls à bénéficier des dérogations prévues respectivement par les articles 23 et 40 OLT 2 et à pouvoir ainsi ouvrir leurs établissements le dimanche, sans aucune forme d'autorisation.

a. La liberté économique garantie par la Constitution fédérale comprend notamment le libre choix de la profession, le libre accès à une activité économique lucrative privée et son libre exercice. La liberté économique, telle que garantie par l'article 27 Cst, protège toute activité économique, privée, exercée à titre professionnel et tendant à la production d'un gain ou d'un revenu (ATF 123 I 12 consid. 2a p. 15 ; 119 Ia 378 consid. 4b p. 381 et les arrêts cités).

La recourante peut invoquer la protection de l'article 27 Cst puisqu'elle exerce une activité lucrative tendant à la production d'un gain (A. AUER, G. MALINVERNI, M. HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, les Droits fondamentaux, vol. II, 2000, N° 633 p. 329).

Selon le principe de l'égalité de traitement entre personnes appartenant à la même branche économique découlant de l'article 27 Cst, les mesures qui causent une distorsion de la compétition entre concurrents directs, c'est à dire qui ne sont pas neutres sur le plan de la concurrence, sont interdites (ATF 123 II 385 consid. 11 p. 401 et la jurisprudence citée).

Dans le cas particulier des exceptions à l'interdiction du travail dominical, la jurisprudence a affirmé que ces exceptions doivent 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 (ATF 120 Ib consid. 5a; 116 Ib 284 consid. 4c p. 289).

b. Une décision viole le principe de l'égalité de traitement lorsqu'elle établit des distinctions juridiques qui ne se justifient par aucun motif raisonnable au regard de la situation de fait à réglementer ou lorsqu'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 lorsque ce qui est dissemblable ne l'est pas de manière différente (ATF 116 Ia 83 consid. 6b ; 115 Ia 287 consid. 6 et références ; ATA/792/2004 du 19 octobre 2004 ; ATA/608/2004 du 5 août 2004 ; ATA/400/2004 du 18 mai 2004 ; A. AUER, G. MALINVERNI, M. HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, les Droits fondamentaux, vol. II, 2000, N° 1014 – 1031 pp. 497-506). Cela suppose que le traitement différent ou semblable injustifié se rapporte à une situation de fait importante (ATF 114 Ia 323 consid. 3a). La question de savoir si une distinction juridique repose sur un motif raisonnable peut recevoir une réponse

différente selon les époques et suivant les conceptions idéologiques et situations du moment (ATF 116 Ia 323 consid. 3c ; 110 Ia 14).

c. Il ressort des mesures d'instruction et du dossier que la situation d'ATR n'est pas semblable à celle des établissements de La Réserve, du Noga Hilton, de Silhouette S.A. ou du Holmes Place. En effet, si l'activité prépondérante des deux premiers est l'hôtellerie, celle des autres est l'activité sportive que l'on appelle fitness. Pour ces quatre établissements, les hammams, saunas, massages et autres soins esthétiques ne représentent donc qu'une activité accessoire, raison pour laquelle ils peuvent bénéficier des articles 23 et 40 OLT 2.

En revanche, l'activité unique d'ATR consiste en des activités de bien-être et de détente, plus connues sous la dénomination générique de « spa ».

La recourante a également cité dans le cadre de la procédure le nom de deux autres établissements, « Summer forever » et le Spatio qui seraient également ouverts le dimanche. Concernant le premier de ces établissements, l'OCIRT a clairement expliqué que le travail dominical était justifié par le fait que ce centre était exploité le dimanche par sa directrice uniquement, soit une personne « exerçant une fonction dirigeante élevée » au sens de l'article 3 lettre d LTr. Quant au second établissement, dont le type d'activité est similaire à celui de la recourante, son ouverture le dimanche n'est pas établie. La consultation de son site internet (www.spatio.ch) permet de constater que le Spatio est ouvert du lundi au samedi uniquement.

Enfin, les Bains des Pâquis qui mettent à disposition de leur clientèle saunas et massages, ouvrent également le dimanche mais jouissent d'une situation particulière. En effet, les masseurs qui y pratiquent sont tous des indépendants et ne sont donc pas soumis à la LTr.

Au vu de ce qui précède, la situation d'ATR, exploitée par la recourante, est différente de celle des centres des grands hôtels et des fitness dont l'activité prépondérante est couverte par l'OLT 2. De plus, aucun établissement exerçant une activité similaire à celle de la recourante n'est ouvert le dimanche. Dans ces conditions, la concurrence n'est nullement biaisée si bien que la recourante ne saurait se plaindre d'une violation de sa liberté économique ou d'une inégalité de traitement.

4. La recourante reproche à l'OCIRT d'avoir méconnu le principe de la bonne foi de l'administration au motif qu'elle aurait reçu des assurances des inspecteurs précités.

a. En vertu du principe de la bonne foi, énoncé de manière générale par l'article 5 alinéa 3 Cst, et consacré sous la forme d'un droit individuel par l'article 9 Cst, l'autorité qui fournit des renseignements inexacts est, à certaines conditions, liée par ces renseignements, en dépit d'un texte légal contraire. Le justiciable est ainsi protégé dans la confiance légitime qu'il place dans les assurances reçues des autorités,

lorsqu'il a réglé sa conduite en fonction des décisions, des déclarations ou encore d'un comportement déterminé de l'administration (C. ROUILLER, Protection contre l'arbitraire et protection de la bonne foi, in : D. THÜRER/J.-F. AUBERT/J.-P. MÜLLER (éd.), Droit constitutionnel suisse, 2001, p. 687 ; P. MOOR, Droit administratif, vol. I, 1988, p. 360).

b. Pour se plaindre avec succès de la violation d'une promesse donnée par l'autorité administrative, il faut que celle-ci soit intervenue dans une situation concrète à l'égard de personnes déterminées, qu'elle ait agi ou soit censée avoir agi dans les limites de sa compétence, que l'administré ait eu de sérieuses raisons de croire à la validité de l'acte suivant lequel il a réglé sa conduite, qu'il n'ait pu se rendre compte immédiatement de l'inexactitude du renseignement fourni et, en outre, qu'il se soit fondé sur les assurances et le comportement dont il se prévaut pour prendre des dispositions qu'il ne saurait modifier sans subir un préjudice; il faut encore que la législation n'ait pas subi de modification entre le moment où le renseignement a été fourni et celui où la bonne foi est invoquée ; enfin, aucun intérêt public prépondérant ne doit s'opposer à l'intérêt de l'administré à se prévaloir du principe de la bonne foi (FF 1997 I 147 ; JAAC 2001, no 97 ; no 77 ; SJ 1996, p. 613, 622 ; ATF 117 Ia 285, 287 consid. 2b).

Le droit à la protection de la bonne foi garanti par la Constitution s'éteint si son titulaire n'a pas vérifié les renseignements sur lesquels il s'est fondé et dont il aurait pu reconnaître l'inexactitude en faisant preuve de la diligence requise par les circonstances. Cette règle exprime le principe selon lequel l'administré n'est protégé contre les conséquences dommageables de certains comportements de l'Etat que s'il est lui-même de bonne foi (ATA/56/2003 du 28 janvier 2003 ; C. ROUILLER, op. cit., p. 688). L'article 5 alinéa 3 Cst confirme la responsabilité qui incombe au justiciable qui entend se prévaloir du principe de la bonne foi, en soulignant que cette dernière représente un principe de l'activité de l'Etat régi par le droit, qui est également opposable aux particuliers, et non uniquement aux organes de l'Etat (Y. HANGARTNER, Artikel 5, in : B. EHRENZELLER/Ph. MASTRONARDI/ R.-J. SCHWEIZER/K.-A.VALLENDER, Die schweizerische Bundesverfassung. (Kommentar, 2002, p. 62).

c. Les conditions précitées ne sont pas réalisées dans le cas d'espèce. La recourante ne pouvait déduire de bonne foi de l'attitude des inspecteurs de l'OCIRT que son établissement était mis au bénéfice de l'article 40 OLT 2 et que par conséquent, il pouvait ouvrir ses portes le dimanche. Certes, l'OCIRT a toléré l'ouverture dominicale de l'établissement de la recourante dans l'attente d'une réponse du SECO, mais à aucun moment ses inspecteurs ne lui ont confirmé qu'ATR pouvait être ouvert le dimanche. Lors des audiences d'enquêtes, les inspecteurs de l'OCIRT ont tous indiqué avoir toujours fait part à la recourante de leurs doutes quant au statut à donner à son établissement et partant, quant au fait que celui-ci puisse être ouvert le dimanche sans autorisation.

La recourante ne dispose d'ailleurs d'aucune décision de l'OCIRT lui confirmant l'ouverture dominicale d'ATR. Le courriel de M. Bousquet du 19 septembre 2003, rédigé au conditionnel, ne pouvait en aucun cas lui donner à penser que son établissement pouvait être ouvert le dimanche.

5. Mal fondé, le recours sera donc rejeté. Un émolument de CHF 1'500.- sera mis à la charge de la recourante. Il ne lui sera pas alloué d'indemnité de procédure (art. 87 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS,
LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 16 janvier 2004 par After the rain S.A. contre la décision de l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail du 16 décembre 2003 ;

au fond :

le rejette ;

met à la charge de la recourante un émolument de CHF 1'500.- ;

dit que, conformément aux articles 97 et suivants de la loi fédérale d'organisation judiciaire, le présent arrêt peut être porté, par voie de recours de droit administratif, dans les trente jours dès sa notification, par devant le Tribunal fédéral ; 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 en trois exemplaires au moins au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14 ; le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyen de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

communique le présent arrêt à Me Yves Bertossa, avocat de la recourante ainsi qu'à l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail.

Siégeants **:** Mme Bovy, présidente, M. Paychère, Mme Hurni, M. Thélin, Mme Junod, juges.

Au nom du Tribunal administratif :

la greffière-juriste :	la vice-présidente :
C. Del Gaudio-Siegrist	L. Bovy

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le la greffière :