

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1274/2010-PE

ATA/326/2011

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Décision du 19 mai 2011

sur effet suspensif et mesures provisionnelles

dans la cause

Mesdames I_____ et C_____

représentées par Me Jean-Pierre Garbade, avocat

contre

OFFICE CANTONAL DE L'INSPECTION ET DES RELATIONS DU TRAVAIL

**Recours contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du
1^{er} mars 2011 (JTAPI/102/2011)**

Vu le recours interjeté auprès de la chambre administrative de la section administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) le 8 avril 2011 par Mesdames I_____ et C_____ contre un jugement du 1^{er} mars 2011 du Tribunal administratif de première instance (ci-après : TAPI), rejetant le recours contre une décision du 8 mars 2011 de l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail (ci-après : OCIRT).

Attendu, en fait, que :

1. Mme I_____ est de nationalité roumaine et exerce la profession de prostituée à Genève.

Mme C_____ exploite depuis avril 2003, sous la raison individuelle H_____, un salon érotique à l'enseigne V_____ sis 2, rue W_____ à Genève, proposant à l'amateur une palette de prestations sexuelles énoncées dans un « menu des plaisirs » et dispensées par ses hôtesse moyennant paiement d'un prix affiché.

2. Mme C_____ a conclu avec Mme I_____, comme avec les autres « hôtesse » œuvrant au sein du salon, une « convention » rappelant dans son préambule qu'elle ne constituait pas un contrat de travail mais un contrat passé entre le salon V_____ et une « prestataire de services indépendante ». Etaient définies dans ce document les conditions dans lesquelles le salon offrait à la prestataire pendant les périodes de location convenues la possibilité d'utiliser les locaux avec une mise à disposition de produits et services précisés dans ce dernier à des conditions qu'il fixait, dans le but d'offrir aux clients des prestations à caractère sexuel dénommées « passes ».

3. Le 9 décembre 2009, l'OCIRT a envoyé à tous les salons de massage à Genève, dont le salon V_____, une lettre d'information en vertu de laquelle les ressortissantes, en l'occurrence, de l'Union Européenne (Association européenne de libre échange ; ci-après : UE/AELE) se prostituant dans les salons de massage ne pourraient plus bénéficier, dès le 1^{er} mars 2010, de la procédure d'annonce pour prestataires de services indépendants, étant considérés depuis cette date comme des travailleurs salariés. Le changement de statut était décidé en vertu du ch. 2.3.3.1 des Directives de l'office fédéral des migrations (ci-après : ODM) sur l'Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes (ALCP - RS 0.142.112.681 ; version 01.6.09) selon lesquelles le début de l'exercice de la prostitution était considéré comme une prise d'emploi auprès d'un employeur suisse. Cela avait pour conséquence que, pour les ressortissantes de dix-sept pays européens dont la liste était donnée, la prise d'une activité dans un salon devait être annoncée dès le 1^{er} jour et qu'au cas où celle-ci durait plus de nonante jours effectifs par année civile, une autorisation de séjour serait requise. De même, pour les ressortissantes de la Communauté Européenne, provenant d'Estonie, de Hongrie, de Lituanie, de

Lettonie, de Pologne, de Slovaquie, de Slovénie, de Tchéquie, de Roumanie et de Bulgarie, le propriétaire de l'établissement devait requérir une autorisation de séjour pour son employé.

4. Le 27 janvier 2010, Mme I_____ a annoncé à l'OCIRT ses activités en tant que prestataire de services au sein du salon V_____ pour une période allant du 28 janvier au 5 avril 2010.
5. Le 28 janvier 2010, l'OCIRT a établi une attestation d'annonce d'une activité pour indépendante en faveur de Mme I_____, valable du 28 janvier au 28 février 2010 uniquement.
6. Le 8 mars 2010, après que la brigade des mœurs ait entendu le conseil de Mme I_____ le 24 février 2010, l'OCIRT a refusé de délivrer à Mme I_____ une attestation d'annonce d'une activité lucrative pour indépendante en qualité de prostituée dans le salon V_____ exploité par Mme C_____ pour la période allant du 1^{er} mars au 5 avril 2011. La prostitution en salons de massage constituait une activité lucrative dépendante comme le rappelait le ch. 2.3.3.1 des Directives l'ODM, dans leur version 01.6.09. Cela signifiait que, pour les ressortissantes de dix-sept pays de la Communauté Européenne de libre échange, la prise d'une activité dans un salon devait être annoncée dès le 1^{er} jour, une autorisation de séjour étant requise au cas où l'activité en question durait plus de nonante jours effectifs par année civile. Pour les ressortissantes de huit autres pays européens qu'elles énonçaient, dont ceux de Roumanie et de Bulgarie, la prise d'une activité dans un salon impliquait de la part du propriétaire de l'établissement qu'il requière une autorisation de séjour pour son employée.

Mme I_____ se trouvait dans cette dernière situation et le salon V_____ devait déposer une demande d'autorisation pour qu'elle puisse exercer ses activités pour la période allant du 1^{er} mars au 5 avril 2010. L'art. 28 du règlement genevois d'application de l'ordonnance sur l'introduction progressive de la libre circulation des personnes entre, d'une part, la Confédération suisse et, d'autre part, la Communauté Européenne et ses Etats membres, ainsi qu'entre les Etats membres de l'Association européenne de libre échange (RaOILC - F 2 10.02), prévoyait que les employeurs ne pouvaient occuper les travailleurs en cause durant la procédure d'examen et jusqu'à ce qu'une décision définitive soit prise.

7. Le 1^{er} mars 2010, Mme I_____ et Mme C_____ ont recouru auprès du TAPI contre les décisions orales qui, selon elles, avaient été communiquées le 24 février précédent à leur conseil. Elles ont conclu à ce que la première soit autorisée à exercer son activité dans les locaux de la deuxième pendant une période ne dépassant pas nonante jours de travail effectif par année, sans avoir à solliciter un titre de séjour ou une autorisation de travail. Le TAPI était également invité à constater que Mme C_____ n'était pas tenue de solliciter la délivrance d'une autorisation de travail, respectivement de déposer une telle demande avant la poursuite de l'activité dans ses

locaux de Mme I_____ et d'une ses collègues - qui n'est pas partie à la présente procédure, Madame M_____, au delà du 28 février 2010, quelle qu'en soit la durée. La convention passée entre les deux recourantes présentait les caractéristiques d'une activité exercée à titre d'indépendante et non d'un contrat de travail. De ce fait, la seule obligation des prestataires de services indépendantes œuvrant dans l'industrie du sexe était de s'annoncer.

8. Le 1^{er} mars 2011, le TAPI a rejeté le recours. Le Tribunal fédéral avait considéré que les prostituées étrangères se trouvaient dans un rapport de dépendance vis-à-vis de l'exploitant d'un salon, si bien que l'on ne pouvait pas considérer que Mme I_____ était indépendante, l'exploitante du salon se devant, pour employer une prostituée, de requérir une autorisation de séjour pour celle-ci.

9. Le 8 avril 2011, Mme I_____ et Mme C_____ ont recouru auprès de la chambre administrative contre la décision du TAPI précitée.

a. Sur le fond, Mme I_____ a conclu à l'annulation du jugement du TAPI du 1^{er} mars 2011 et à ce qu'il soit constaté qu'elle était considérée comme une prestataire de services indépendante au sens de l'ALCP et qu'elle était autorisée à exercer son activité d'hôtesse dans les locaux du salon V_____ pendant une période de dépassant pas nonante jours de travail effectif par année civile, sans avoir à solliciter de titre de séjour ou d'autorisation de travail.

Mme C_____ a également conclu à l'annulation du jugement du TAPI précité et à ce qu'il soit constaté qu'elle n'était pas tenue de solliciter la délivrance d'une autorisation de travail, respectivement de déposer une telle demande, pour la poursuite de l'activité dans les locaux de son salon V_____ de Mmes I_____ et M_____ en qualité d'hôtesse, au delà du 28 février 2010 et quelle qu'en soit la durée.

Toutes deux contestaient le changement de pratique de l'administration et la qualification d'activité lucrative dépendante de l'activité de prostituée en salon.

b. A titre préalable, Mme I_____ conclut à la confirmation que le recours déployait un effet suspensif, s'agissant de l'interdiction qui lui avait été faite de poursuivre son activité d'hôtesse au sein du salon V_____ au delà du 28 février 2010.

Quant à Mme C_____ elle conclut à ce que l'effet suspensif du recours soit confirmé, s'agissant de l'obligation qui lui était imposée de solliciter une autorisation de travail préalablement à la poursuite de l'activité de Mme I_____ et de Mme M_____ comme hôtesse au sein du salon V_____.

Elles admettaient que l'effet suspensif n'avait pas pour effet d'accorder le permis sollicité dans l'attente de l'issue du recours. Toutefois, l'objet d'un litige ne concernait pas une décision de refus de permis mais une obligation nouvelle imposée

à la tenancière du salon V_____, qui modifiait une situation juridique antérieure aux termes de laquelle celle-ci était autorisée à laisser des hôtesse offrir leurs prestations au sein de son salon sans devoir solliciter d'autorisation, de quelque nature qu'elle soit. Il s'agissait également d'une obligation nouvelle imposée à la prostituée, restreignant son droit à exercer une activité économique indépendante au sein du salon. L'autorité de recours devait confirmer que, par cette démarche et ceci jusqu'à droit jugé dans la présente procédure, la situation prévalant avant le 1^{er} mars 2010 était maintenue.

10. Le 2 mai 2011, l'OCIRT s'est opposé à l'octroi de l'effet suspensif au recours du 8 avril 2011. Dès lors que la décision prise constituait une décision négative, elle ne pouvait faire l'objet d'une restitution de l'effet suspensif. En outre, l'art. 28 RaOILC prévoyait expressément que les employeurs ne pouvaient occuper le travailleur en cause durant la procédure d'examen et jusqu'à décision définitive. Il n'était donc pas possible que, par le biais de l'effet suspensif, la chambre de céans permette à Mme I_____ de continuer à travailler comme indépendante dans le salon de Mme C_____ alors que la procédure n'était pas terminée.

Considérant, en droit, que :

1. Interjeté en temps utile et devant la juridiction compétente, le recours est, *prima facie*, recevable sous cet angle (art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05 ; art. 62 al. 1 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).
2. a. Selon la jurisprudence et la doctrine, un effet suspensif ne peut être restitué lorsque le recours est dirigé contre une décision négative, soit contre une décision qui porte refus d'une prestation. La fonction de l'effet suspensif est de maintenir un régime juridique prévalant avant la décision contestée. Si, sous le régime antérieur, le droit ou le statut dont la reconnaissance fait l'objet du contentieux judiciaire n'existait pas, l'effet suspensif ne peut être restitué car cela reviendrait à accorder au recourant d'être mis au bénéfice d'un régime juridique dont il n'a jamais bénéficié (ATF 126 V 407 ; 116 Ib 344 ; ATA/84/2009 du 9 avril 2009 ; P. MOOR, Droit administratif, Berne 2002, n° 5. 7. 3. 3 p. 680 ; F. GYGI, L'effet suspensif et les mesures provisionnelles en procédure administratives, RDAF 1976 p. 217, notamment pp. 221-223).
- b. La jurisprudence a encore précisé que, lorsqu'une décision négative 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 celle de celui qui ne disposait d'aucun droit. Dans le premier cas, la chambre administrative pourra entrer en matière sur une requête en restitution de l'effet suspensif, aux conditions de l'art. 66 al. 2 LPA, l'acceptation de celle-ci induisant, jusqu'à droit jugé, le maintien des conditions antérieures. Il ne pourra pas en faire de

même dans le deuxième cas, vu le caractère purement négatif de la décision administrative contestée. Dans cette dernière hypothèse, seul l'octroi de mesures provisionnelles, aux conditions cependant restrictives de l'art. 21 LPA, est envisageable (ATA/280/2009 du 11 juin 2009 et ATA/278/2009 du 4 juin 2009).

3. Le titre IV de la LPA, concernant la procédure de recours en général, ne contient aucune disposition expresse en matière de mesures provisionnelles. A teneur de l'art. 21 al. 1 LPA, l'autorité peut d'office ou sur requête ordonner des mesures provisionnelles, en exigeant au besoin des sûretés. Celles-ci sont de la compétence du président, s'il s'agit d'une autorité collégiale ou d'une juridiction administrative (al. 2).

A teneur de l'art. 21 al. 1 LPA, les mesures provisionnelles à disposition de l'autorité administrative ont pour objet de régler transitoirement la situation en cause, jusqu'à ce que soit prise la décision finale (P. MOOR, op. cit., n° 2.2.6.8 p. 267). Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, reprise par la chambre de céans, elles ne sont cependant légitimes que si elles s'avèrent nécessaires au maintien de l'état de fait ou à la sauvegarde des intérêts compromis. En revanche, de telles mesures ne sauraient, en principe tout au moins, anticiper sur le jugement définitif, ni équivaloir à une condamnation provisoire sur le fond, ni non plus aboutir à rendre d'emblée illusoire le procès au fond (ATF 109 V 506 ; ATA/248/2009 du 19 mai 2009 ; ATA/213/2009 du 29 avril 2009 et les références citées ; I. HAENER, « Vorsorglichen Massnahmen in Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess » in Les mesures provisoires en procédure civile, administrative et pénale, 1987, p. 26).

4. La modification de la pratique de l'OCIRT en matière d'autorisation d'exercice d'une activité de prostituée au sein d'un salon de massage est consécutive à l'arrêt du Tribunal fédéral ATF 128 IV 170. Sur cette base, l'ODM a modifié ses directives et considéré que les prostituées en salon devaient désormais être considérées comme des travailleuses, ce qui imposait pour l'étrangère et leur employeur, soit le directeur de l'établissement dans lequel elles œuvraient, le respect des dispositions de la loi fédérale sur les étrangers du 16 décembre 2005 (LEtr - RS 142.20) pour la prise d'emploi.
5. Cette modification fait l'objet de griefs qui seront examinés avec le fond du litige, dans la mesure de la recevabilité du recours interjeté. Les recourantes sollicitant par des conclusions distinctes que, pendant la durée de la procédure, le statut antérieur soit maintenu. Leurs situations seront examinées distinctement.

Requête de Mme I

La recourante était au bénéfice d'une autorisation d'exercer une activité lucrative indépendante jusqu'au 28 février 2010, selon décision de l'OCP du 28 janvier 2010. Dès le 1^{er} mars 2011, l'administration fédérale et cantonale qui, en vertu du principe de la légalité consacré à l'art. 5 al. 2 de la Constitution fédérale de

la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101) doit suivre les injonctions du Tribunal fédéral (ATF 90 I 159 ; P. MOOR, op. cit., vol. 1, 2^{ème} éd., 1994, n° 2.1.5.2, p. 74), ne peut plus autoriser la recourante à continuer à exercer son activité sous une forme indépendante.

Dans ces circonstances, la décision attaquée constitue une décision purement négative vis-à-vis de laquelle un recours ne peut déployer d'effet suspensif. La demande de la recourante d'être autorisée à poursuivre comme indépendante, au delà du 1^{er} mars 2010 et pendant la durée de la procédure, ne peut être examinée qu'au regard des conditions de l'art. 21 LPA. En l'espèce, accorder à la recourante le droit d'exercer son activité comme indépendante au delà du 1^{er} mars reviendrait à lui allouer de manière anticipée ce qu'elle réclame au fond, ce qui empêche l'octroi de mesures provisionnelles au sens de cette disposition.

Requête de Mme C

La recourante n'est pas la destinataire de la décision attaquée. Celle-ci ne vise qu'à régler le sort de la demande de Mme I_____ de pouvoir continuer à exercer son activité en salon comme indépendante dans les locaux de Mme C_____. Sa qualité initiale pour recourir est, *prima facie*, problématique, eu égard aux conditions de l'art. 60 LPA. En effet, il est douteux qu'elle ait un droit direct, en s'associant au recours de sa cocontractante, d'obtenir l'examen de ses obligations de tenancière de salon érotique sous l'angle de la LEtr. Quoiqu'il en soit, dès lors qu'elle n'est pas la destinataire de la décision attaquée, celle-ci ne peut déployer d'effet suspensif vis-à-vis d'elle et elle n'est pas légitimée à en demander la restitution ou à requérir que la chambre administrative ordonne des mesures provisionnelles.

PAR CES MOTIFS

LA PRÉSIDENTE DE LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

statuant sur mesures provisionnelles

rejette la demande d'octroi de l'effet suspensif, traitée comme une demande de mesures provisionnelles, formée par Madame I_____ ;

rejette, en tant qu'elle est recevable, la demande de restitution de l'effet suspensif, traitée comme demande de mesures provisionnelles, formée par Mme C_____ ;

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

dit que, conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), la présente décision peut être portée 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. La présente décision et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

communique la présente décision, en copie, à Me Jean-Pierre Garbade, avocat des recourantes et à l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail.

Le président siégeant :

Ph. Thélin

Copie conforme de cette décision a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :

Extraits de la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110)

consultable sur le site: http://www.admin.ch/ch/f/rs/c173_110.html

Recours en matière de droit public (art. 82 et ss LTF)

Art. 82 Principe

Le Tribunal fédéral connaît des recours :

- a. contre les décisions rendues dans des causes de droit public ;
- ...

Art. 83 Exceptions

Le recours est irrecevable contre :

- ...
- c. les décisions en matière de droit des étrangers qui concernent :
 1. l'entrée en Suisse,
 2. une autorisation à laquelle ni le droit fédéral ni le droit international ne donnent droit,
 3. l'admission provisoire,
 4. l'expulsion fondée sur l'art. 121, al. 2, de la Constitution ou le renvoi,
 5. les dérogations aux conditions d'admission,
 6. la prolongation d'une autorisation frontalière, le déplacement de la résidence dans un autre canton, le changement d'emploi du titulaire d'une autorisation frontalière et la délivrance de documents de voyage aux étrangers sans pièces de légitimation ;
- d. les décisions en matière d'asile qui ont été rendues :
 1. par le Tribunal administratif fédéral,
 2. par une autorité cantonale précédente et dont l'objet porte sur une autorisation à laquelle ni le droit fédéral ni le droit international ne donnent droit ;
- ...

Art. 89 Qualité pour recourir

¹ A qualité pour former un recours en matière de droit public quiconque :

- a. a pris part à la procédure devant l'autorité précédente ou a été privé de la possibilité de le faire ;
- b. est particulièrement atteint par la décision ou l'acte normatif attaqué, et
- c. a un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification.
- ...

Art. 95 Droit suisse

Le recours peut être formé pour violation :

- a. du droit fédéral ;
- b. du droit international ;
- c. de droits constitutionnels cantonaux ;
- d. de dispositions cantonales sur le droit de vote des citoyens ainsi que sur les élections et votations populaires ;
- e. du droit intercantonal.

Art. 100 Recours contre une décision

¹ Le recours contre une décision doit être déposé devant le Tribunal fédéral dans les 30 jours qui suivent la notification de l'expédition complète.

Recours constitutionnel subsidiaire (art. 113 et ss LTF)

Art. 113 Principe

Le Tribunal fédéral connaît des recours constitutionnels contre les décisions des autorités cantonales de dernière instance qui ne peuvent faire l'objet d'aucun recours selon les art. 72 à 89.

Art. 115 Qualité pour recourir

A qualité pour former un recours constitutionnel quiconque :

- a. a pris part à la procédure devant l'autorité précédente ou a été privé de la possibilité de le faire et
- b. a un intérêt juridique à l'annulation ou à la modification de la décision attaquée.

Art. 116 Motifs de recours

Le recours constitutionnel peut être formé pour violation des droits constitutionnels.

Art. 100 Recours contre une décision

¹ Le recours contre une décision doit être déposé devant le Tribunal fédéral dans les 30 jours qui suivent la notification de l'expédition complète.

Recours ordinaire simultané (art. 119 LTF)

¹ Si une partie forme contre une décision un recours ordinaire et un recours constitutionnel, elle doit déposer les deux recours dans un seul mémoire.

² Le Tribunal fédéral statue sur les deux recours dans la même procédure.

³ Il examine les griefs invoqués selon les dispositions applicables au type de recours concerné.