



**2C 849/2021**

**Arrêt du 17 janvier 2023**

**Ile Cour de droit public**

Composition

Mmes et MM. les Juges fédéraux  
Aubry Girardin, Présidente, Donzallaz,  
Hänni, Hartmann et Ryter.  
Greffière : Mme Colella.

Participants à la procédure

1. A. \_\_\_\_\_,
  2. B. \_\_\_\_\_,
- recourants,

*contre*

1. Association C. \_\_\_\_\_,  
représentée par Me Franco Saccone, avocat,
2. Ville de Genève Service de la petite enfance, avenue Dumas 24, 1206 Genève,  
intimées.

Objet

Procédure administrative cantonale, compétence, garantie du juge

recours contre l'arrêt de la Cour de justice de  
la République et canton de Genève, Chambre administrative, du 21 septembre 2021 (ATA/964/2021).

**Faits :**

**A.**

**A.a.** Association C. \_\_\_\_\_ (ci-après: l'Association) est une association sans but lucratif, au sens des art. 60 ss du Code civil suisse, basée à Genève. L'Association est une structure d'accueil de la petite enfance subventionnée par la Ville de Genève qui, selon ses statuts, a notamment pour but d'accueillir des enfants en âge préscolaire. Les membres de l'Association sont notamment les parents des enfants inscrits dans la structure d'accueil, tandis que la Ville de Genève ou un représentant de cette dernière - qui n'est pas membre de l'Association - a une voix consultative lors de l'assemblée générale.

**A.b.** B. \_\_\_\_\_ et A. \_\_\_\_\_ sont les parents de D. \_\_\_\_\_, née en 2017. Le 27 juin 2017, les parents ont signé les trois parties du contrat d'accueil avec l'Association relatif à la prise en charge de

D.\_\_\_\_\_. Entre le 1er juin 2018 et le 15 octobre 2019, ils ont signé trois avenants au contrat d'accueil du 27 juin 2017 pour tenir compte de modifications de leurs revenus.

**A.c.** Par lettre circulaire distribuée en août 2019 puis en octobre 2019, l'Association a informé B.\_\_\_\_\_ et A.\_\_\_\_\_ qu'un changement de tarification entrerait en vigueur dès le 1er novembre 2019. Cette lettre mentionnait notamment que les éventuelles augmentations de tarifs seraient compensées par le fait que la loi genevoise sur l'imposition des personnes physiques offrait de nouvelles possibilités de réductions d'impôts, en permettant dorénavant de déduire les frais de garde à concurrence de 25'000 fr. par enfant au titre de l'impôt cantonal et communal, au lieu de 3'992 fr. jusqu'alors. De plus, dès le 1er novembre 2019, le prix de pension serait calculé sur la base de l'avis de taxation de l'année précédente et serait plafonné à 20'000 fr. par an.

## **B.**

**B.a.** Le 11 juillet 2020, B.\_\_\_\_\_ et A.\_\_\_\_\_ ont signé les quatre parties du nouveau contrat d'accueil avec l'Association pour la prise en charge de D.\_\_\_\_\_, valable dès le 1er novembre 2019. La troisième partie du contrat, portant sur les conditions générales, prévoyait que le revenu déterminant du groupe familial était établi sur la base des éléments ressortant de l'avis de taxation de l'administration fiscale cantonale, que les parents s'engageaient à fournir.

Sur la base des documents reçus de B.\_\_\_\_\_ et A.\_\_\_\_\_, l'Association leur a adressé, le 22 décembre 2020, un avenant au contrat d'accueil du 11 juillet 2020 faisant état d'un revenu déterminant de 336'286 fr., soit un montant supérieur au plafond fixé à 220'000 fr. Il en résultait un prix de pension mensuel de 1'454.60 fr., avec effet rétroactif au 1er novembre 2019.

Le 22 janvier 2021, suite à la production de documents complémentaires par A.\_\_\_\_\_, l'Association a adressé à ce dernier et à B.\_\_\_\_\_ un nouvel avenant au contrat d'accueil du 11 juillet 2020, intitulé "fréquentation et prix de pension", qui tenait compte de déductions supplémentaires sur leurs revenus bruts. Cet avenant retenait un revenu déterminant de 232'364 fr., soit un montant toujours supérieur au plafond fixé à 220'000 fr., de sorte que le prix mensuel de la pension restait inchangé à 1'454.60 fr.

**B.b.** Par acte déposé à la Chambre administrative de la Cour de justice du canton de Genève (ci-après: la Cour de justice) le 22 février 2021, B.\_\_\_\_\_ et A.\_\_\_\_\_ ont formé un "recours" contre l'avenant du 22 janvier 2021, en concluant principalement à son annulation.

Par arrêt du 21 septembre 2021, la Cour de justice a déclaré l'"action contractuelle" interjetée par ces derniers irrecevable, au motif que la contestation qui lui était soumise relevait du droit privé, de sorte qu'elle n'avait pas la compétence matérielle pour en connaître.

## **C.**

Agissant par la voie du recours en matière de droit public, B.\_\_\_\_\_ et A.\_\_\_\_\_ demandent au Tribunal fédéral d'annuler l'arrêt de la Cour de justice du 21 septembre 2021 et de lui renvoyer la cause pour qu'elle procède à un examen au fond et rende un nouveau jugement.

La Cour de justice renonce à formuler des observations et persiste dans les considérants et le dispositif de son arrêt. L'Association et la Ville de Genève, au travers de son Service de la petite enfance, concluent à l'irrecevabilité du recours et, subsidiairement, à son rejet. Les recourants ont répliqué.

### **Considérant en droit :**

#### **1.**

Le Tribunal fédéral examine d'office sa compétence (art. 29 al. 1 LTF). Il contrôle librement la recevabilité des recours qui lui sont soumis (ATF 145 I 239 consid. 2).

**1.1.** La voie de droit ouverte devant le Tribunal fédéral - recours en matière civile (art. 72 ss LTF) ou recours en matière de droit public (art. 82 ss LTF) - dépend de la nature civile ou publique de la contestation et non pas de la procédure suivie ou du type d'autorité qui s'est prononcée précédemment (ATF 137 II 399 consid. 1.8). Lorsque la nature de la procédure était déjà litigieuse devant l'instance précédente, qui a décliné sa compétence à raison de la matière, la voie de droit

ouverte devant le Tribunal fédéral se détermine en fonction de la procédure suivie sur le plan cantonal (arrêt [2C\\_254/2018](#) du 29 août 2019 consid. 1.1 non publié aux [ATF 145 II 252](#)).

En l'espèce, la Cour de justice a dénié sa compétence et déclaré irrecevable le recours, au motif que la cause relevait du droit privé. Les recourants se plaignent de la qualification, à leur avis erronée, de droit privé de la cause par l'instance précédente. Il s'ensuit que la voie du recours en matière de droit public est en principe ouverte.

**1.2.** Interjeté par les recourants, directement touchés par la décision attaquée et qui ont un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification (art. 89 al. 1 LTF), le recours est dirigé contre une décision finale d'irrecevabilité prise en dernière instance cantonale (art. 86 al. 1 lettre d et al. 2 et 90 LTF). Déposé dans le délai (art. 100 al. 1 LTF) et la forme (art. 42 LTF) prévus par la loi, il convient donc d'entrer en matière.

**1.3.** Lorsque l'autorité précédente déclare irrecevable le recours interjeté devant elle, seule la question de l'irrecevabilité peut être portée devant le Tribunal fédéral. Dans la mesure où le recours devait être admis, le Tribunal fédéral renverrait la cause à l'autorité précédente pour un examen sur le fond (cf. [ATF 144 II 184](#) consid. 1.1; [135 II 38](#) consid. 1.2). Pour cette raison, la conclusion tendant au renvoi de la cause à l'autorité précédente est recevable (cf. [ATF 138 III 46](#) consid. 1.2).

## 2.

**2.1.** Le Tribunal fédéral conduit son raisonnement juridique sur la base des faits constatés par l'autorité précédente (art. 105 al. 1 LTF), sous réserve des cas prévus à l'art. 105 al. 2 LTF. Selon l'art. 97 al. 1 LTF, le recours ne peut critiquer les constatations de fait que si les faits ont été établis de façon manifestement inexacte - notion qui correspond à celle d'arbitraire - ou en violation du droit au sens de l'art. 95 LTF et si la correction du vice est susceptible d'influer sur le sort de la cause ([ATF 142 II 355](#) consid. 6). Conformément à l'art. 106 al. 2 LTF, la partie recourante doit expliquer de manière circonstanciée en quoi ces conditions seraient réalisées. A défaut, il n'est pas possible de tenir compte d'un état de fait qui diverge de celui qui est contenu dans l'acte attaqué ([ATF 137 II 353](#) consid. 5.1; arrêt [2C\\_665/2017](#) du 9 janvier 2018 consid. 2.1).

**2.2.** Saisi d'un recours en matière de droit public, le Tribunal fédéral contrôle librement le respect du droit fédéral et du droit international (cf. art. 106 al. 1 LTF; arrêt [2C\\_887/2020](#) du 18 août 2021 consid. 2.1). Sous réserve des cas non pertinents visés à l'art. 95 let. c à e LTF, le recours en matière de droit public ne peut pas être formé pour violation du droit cantonal ou communal en tant que tel. Il est néanmoins possible de faire valoir que l'application du droit cantonal ou communal consacre une violation du droit fédéral, en particulier qu'elle est arbitraire au sens de l'art. 9 Cst. ou contraire à un autre droit fondamental (cf. [ATF 143 I 321](#) consid. 6.1). Le Tribunal fédéral n'examine toutefois le moyen tiré de la violation de droits fondamentaux et du droit cantonal ou communal que si ce grief a été invoqué et motivé de manière précise par le recourant (art. 106 al. 2 LTF).

## 3.

Dans la partie "En fait" de leur mémoire, les recourants invoquent une constatation arbitraire des faits.

Selon eux, la Cour de justice aurait ignoré plusieurs éléments qui ressortaient pourtant de pièces qu'ils avaient produites, à savoir que la Ville de Genève aurait délégué à l'Association la tâche publique que constitue l'accueil préscolaire des enfants, d'une part, et que le prix des pensions arrêté dans l'avenant litigieux découlerait d'une réglementation publique que l'Association serait tenue d'appliquer, d'autre part.

**3.1.** Selon la jurisprudence, il y a arbitraire dans l'appréciation des preuves ou l'établissement des faits lorsque l'autorité ne prend pas en compte, sans raison sérieuse, un élément de preuve propre à modifier la décision, lorsqu'elle se trompe manifestement sur son sens et sa portée, ou encore lorsque, en se fondant sur les éléments recueillis, elle en tire des constatations insoutenables (cf. [ATF 140 III 264](#) consid. 2.3; [137 I 58](#) consid. 4.1.2).

**3.2.** En l'espèce, il est vrai que la Cour de justice a retenu que l'Association n'était pas délégataire de tâches publiques. Toutefois, le point de savoir si l'accueil préscolaire est une tâche publique et si, le cas échéant, cette tâche a été déléguée à l'Association par la Ville de Genève, ne relève pas d'un éventuel établissement arbitraire des faits mais concerne la bonne application du droit, qui sera

examinée ci-après (cf. infra consid. 5). Il en va de même des critiques des recourants relatives à la réglementation que l'Association serait tenue d'appliquer lors de la fixation du prix des pensions, cet argument étant invoqué afin de démontrer l'existence d'une délégation de tâche publique en faveur de l'Association. Le Tribunal fédéral se fondera donc exclusivement sur les faits tels qu'ils ressortent de l'arrêt attaqué.

#### 4.

Le litige porte sur le point de savoir si l'avenant du 22 janvier 2021 - établissant le revenu déterminant des recourants et le prix de pension mensuelle pour la prise en charge de leur fille - au contrat d'accueil conclu le 11 juillet 2020 est une décision relevant du droit public, comme l'allèguent les recourants, ou s'il s'agit d'un acte de nature contractuelle relevant du droit privé, comme l'a retenu l'autorité précédente.

**4.1.** Dans l'arrêt attaqué, la Cour de justice a considéré que la prise en charge de la fille des recourants par l'Association faisait l'objet d'une relation contractuelle, et non d'une décision. En effet, selon les juges précédents, le contrat d'accueil et l'avenant litigieux avaient été conclus entre les recourants et l'Association elle-même. En outre, les intéressés correspondaient uniquement avec celle-ci et ses organes, mais pas avec les autorités communales. Ces dernières n'auraient pris aucune décision concernant l'accueil ou la pension de la fille des recourants, et le fait que la Ville de Genève subventionne l'Association n'en faisait pas une entité publique pour autant. La Cour de justice a également relevé qu'il ne résultait ni de la réglementation communale ni des statuts de l'Association que cette dernière serait délégataire de tâches publiques. Ainsi, l'Association n'était pas une entité publique mais une entité de droit privé, dotée d'organes et de la personnalité juridique, bénéficiant d'une complète autonomie financière et organisationnelle, et qui n'était contrôlée ni par le canton ni par la Ville de Genève. Les relations entre les parents et l'Association étant laissées à l'autonomie contractuelle, elles étaient soumises par défaut au droit privé, de sorte que les juges précédents ont jugé qu'ils n'étaient pas compétent pour connaître du litige au fond.

**4.2.** Selon les recourants, il ressort de la Constitution et de la législation cantonales que l'accueil préscolaire est une tâche publique. La Ville de Genève aurait délégué cette tâche aux structures d'accueil subventionnées, telles que l'Association, dans le cadre d'une réglementation communale très stricte portant notamment sur la constitution, la gestion et le fonctionnement desdites structures. Selon cette réglementation, l'Association serait tenue d'appliquer le système de tarification édicté par la Ville de Genève, de sorte que la fixation du prix des pensions échapperait à l'autonomie contractuelle des parties. Sur ce point, l'Association disposerait donc d'un pouvoir décisionnel délégué par la Ville de Genève, ce qui impliquerait que l'avenant litigieux ne serait pas régi par le droit privé, mais constituerait bien une décision administrative.

#### 5.

Les recourants se plaignent d'une application arbitraire (art. 9 Cst.) du droit cantonal et communal. Selon eux, l'interprétation faite par les juges précédents des dispositions cantonales et communales pertinentes est arbitraire en ce qu'elle aboutit à conclure que l'avenant litigieux est un contrat de droit privé et non une décision administrative.

**5.1.** Selon l'art. 132 al. 2 de la loi genevoise du 26 septembre 2010 sur l'organisation judiciaire (LOJ/GE; RS/GE E 2 05), le recours à la Chambre administrative de la Cour de justice est notamment ouvert contre les décisions des autorités et juridictions administratives au sens de l'article 4 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA/GE; RS/GE E 5 10). Aux termes de l'art. 4 al. 1 LPA/GE, sont considérées comme des décisions au sens de l'article 1, les mesures individuelles et concrètes prises par l'autorité dans les cas d'espèce fondées sur le droit public fédéral, cantonal, communal et ayant pour objet a) de créer, de modifier ou d'annuler des droits ou des obligations; b) de constater l'existence, l'inexistence ou l'étendue de droits, d'obligations ou de faits; c) de rejeter ou de déclarer irrecevables des demandes tendant à créer, modifier, annuler ou constater des droits ou obligations. L'art. 132 al. 3 LOJ/GE précise que la Chambre administrative de la Cour de justice connaît également, en instance cantonale unique, des actions fondées sur le droit public qui ne peuvent pas faire l'objet d'une décision au sens de l'alinéa 2 et qui découlent d'un contrat de droit public.

**5.2.** Appelé à revoir l'interprétation d'une norme cantonale ou communale sous l'angle de l'arbitraire, comme en l'espèce, le Tribunal fédéral ne s'écarte de la solution retenue par l'autorité cantonale de

dernière instance que si celle-ci apparaît insoutenable, en contradiction manifeste avec la situation effective, adoptée sans motifs objectifs et en violation d'un droit certain; en revanche, si l'application de la loi défendue par l'autorité cantonale ne s'avère pas déraisonnable ou manifestement contraire au sens et au but de la disposition ou de la législation en cause, cette interprétation sera confirmée, même si une autre solution - même préférable - paraît possible (cf. [ATF 144 I 113](#) consid. 7.1 et la référence).

**5.3.** La résolution du litige implique de clarifier la nature juridique de l'avenant litigieux, autrement dit de déterminer s'il constitue une décision administrative ou s'il s'insère dans un contrat et, dans ce dernier cas de figure, s'il relève du droit privé ou du droit public. En effet, seul un acte rendu dans l'exercice de la puissance publique ouvrirait la voie du recours (cf. art. 132 al. 2 LOJ/GE et 4 LPA/GE), respectivement de l'action (cf. art. 132 al. 3 LOJ/GE), devant la Chambre administrative de la Cour de justice.

**5.4.** En l'espèce, l'avenant litigieux, intitulé "fréquentation et prix de pension", comporte des engagements pris réciproquement par l'Association et les recourants, à savoir l'accueil de l'enfant des recourants au sein de l'Association durant les périodes de fréquentation mentionnées dans l'avenant, en contrepartie du paiement du prix de pension qui y est mentionné. L'avenant ne constitue donc pas un acte unilatéral adopté par une autorité, au sens de l'art. 4 LPA/GE. De plus, l'avenant concrétise une manifestation concordante des volontés des intéressés sur les éléments essentiels relatif à la prise en charge de l'enfant - mise à part le mode de fixation du prix de pension, contesté en l'espèce - ce qui est le propre d'une relation contractuelle (cf. art. 1 al. 1 CO; [ATF 127 III 248](#) consid. 3d; arrêt 4A\_69/2019 du 27 septembre 2019, consid. 3.1). L'avenant litigieux s'inscrit ainsi dans une relation contractuelle, comme l'a constaté l'instance précédente.

**5.5.** Reste à déterminer la nature juridique de cette relation, respectivement si celle-ci se rapproche du droit privé ou du droit administratif.

**5.5.1.** En principe, le Tribunal fédéral s'appuie sur plusieurs critères pour déterminer si une contestation relève du droit public ou du droit privé, à savoir sur le critère des intérêts, le critère dit fonctionnel, le critère du sujet ou de la subordination et le critère modal (ou critère de la sanction); aucune de ces théories ne l'emportant a priori sur les autres (cf. [ATF 138 I 274](#) consid. 1.2; [138 II 134](#) consid. 4.1 et références; arrêt [2C\\_727/2018](#) du 5 juin 2019 consid. 1.2).

Toutefois, tant la jurisprudence que la doctrine s'accordent pour dire que, lorsqu'il s'agit de déterminer la nature juridique d'un contrat qu'aucune législation ne définit elle-même, le critère privilégié à prendre en compte est celui de son *objet*, considéré sous l'angle des intérêts en présence et de la fonction du contrat (cf. [ATF 134 II 297](#) consid. 2.2; [126 II 171](#) consid. 2b; [105 Ia 392](#) consid. 3; [103 Ia 31](#) consid. 2a; Thierry Tanquerel, Manuel de droit administratif, 2e éd., Genève 2018, p. 343; Pierre Moor, Droit administratif, vol. II, 3e éd., Berne 2011, p. 428; Ulrich Häfelin/Georg Müller/ Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8e éd., Zurich 2020, n°1294). En ce sens, le critère de la subordination ou du sujet n'est pas déterminant, car tant la jurisprudence fédérale que la doctrine ont admis que deux entités de droit public peuvent conclure un contrat de droit privé, de même que deux sujets de droit privé peuvent passer un contrat de droit administratif (cf. [ATF 103 Ib 335](#) consid. 3; [99 Ib 115](#) consid. 2; Ulrich Häfelin/Georg Müller/ Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8e éd., Zurich 2020, n°1340; Thierry Tanquerel, Manuel de droit administratif, 2e éd., Genève 2018, pp. 349 et 343; Pierre Moor, op. cit., p. 433; Pierre Tschannen/Markus Müller/Markus Kern, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5e éd., Bern 2022, n°978).

Selon le critère des intérêts, un contrat est de droit administratif lorsqu'il sauvegarde exclusivement ou principalement l'intérêt public (cf. [ATF 138 II 134](#) consid. 4.1; arrêt [2C\\_727/2018](#) du 5 juin 2019 consid. 1.3). Quant au critère fonctionnel, il prévoit qu'un contrat appartient au droit administratif lorsqu'il tend directement à l'accomplissement de tâches publiques, à moins que la législation topique ne soumette cette activité au droit privé (cf. [ATF 138 II 134](#) consid. 4.3.1 et références; arrêt [2C\\_727/2018](#) du 5 juin 2019 consid. 4.1). Les tâches publiques sont déterminées par la Constitution et les lois et procèdent d'un choix politique. Le cas échéant, il appartient au législateur de déterminer si la tâche publique incombe aux organes étatiques ou si elle est déléguée à des personnes ou entités privées. En d'autres termes, c'est l'interprétation des normes légales ou constitutionnelles qui détermine ce qui est une tâche publique, qui assume cette tâche et comment celle-ci doit être menée à bien (cf. [ATF 138 II 134](#) consid. 4.3.1; arrêt [2C\\_727/2018](#) du 5 juin 2019 consid. 1.4).

L'application du critère des intérêts et du critère fonctionnel à l' *objet* du contrat s'effectue en examinant les prestations contractuelles qui revêtent des caractéristiques particulières sous l'angle de la distinction à établir (cf. Jacques Dubey/Jean-Baptiste Zufferey, Droit administratif général, Bâle 2014, p. 377; Pierre Moor, op. cit. p. 434). Lorsque coexistent, dans un même contrat, des prestations ou des clauses relevant aussi bien du droit public que du droit privé, le Tribunal fédéral soumet la contestation aux règles de droit applicables en fonction de la prestation ou de la clause litigieuse (cf. ATF 103 II 314 consid. 3c).

**5.5.2.** Il convient ainsi d'examiner si les prestations caractéristiques ou les clauses de l'avenant litigieux poursuivent principalement des intérêts publics ou privés, respectivement si elles tendent ou non à l'accomplissement d'une tâche publique.

**5.5.3.** L'instance précédente a conclu que le contrat liant les recourants à l'Association était régi par le droit privé principalement du fait que l'Association était une entité de droit privé jouissant de la personnalité juridique, qu'elle était autonome tant financièrement que dans son organisation, et qu'elle n'était contrôlée ni par le canton ni par la Ville de Genève. Ce raisonnement ne saurait toutefois être suivi. En effet, si les caractéristiques des co-contractants jouent un rôle dans l'examen du critère du sujet ou de la subordination, ledit critère n'est toutefois pas pertinent pour déterminer la nature juridique de la relation nouée entre eux, et plus particulièrement de la prestation ou clause litigieuse réglée par l'avenant, car comme on l'a déjà indiqué, il n'est pas exclu qu'un contrat de droit administratif puisse être conclu entre deux sujets de droit privé (cf. supra consid. 5.5.1).

**5.5.4.** Dans la présente cause, tant la prestation effectuée par l'Association, à savoir l'accueil d'un enfant en âge préscolaire, que la contre-prestation des recourants, à savoir le paiement d'un prix de pension fixé sur la base d'un tarif émanant d'une réglementation communale qui est à la base du litige, revêtent des caractéristiques qui sont propres à chacune de ces prestations. Pour définir ces caractéristiques, un survol des fondements juridiques de l'accueil préscolaire des enfants dans le canton de Genève s'impose au préalable.

#### I. De l'accueil des enfants en âge préscolaire

**5.5.5.** Dans le canton de Genève, l'accueil des enfants en âge préscolaire est régi par les art. 200 à 203 de la Constitution de la République et canton de Genève du 14 octobre 2012 (Cst.-GE; RS 131.234;), qui figurent au titre VI, chapitre 3 de ladite Constitution, intitulé "Tâches publiques". Ces dispositions prévoient que l'offre de places d'accueil de jour pour les enfants en âge préscolaire est adaptée aux besoins (art. 200 Cst.-GE) et que le canton et les communes organisent l'accueil préscolaire (art. 201 al. 1 Cst.-GE), évaluent les besoins, planifient, coordonnent et favorisent la création de places d'accueil (art. 201 al. 2 Cst.-GE). Les communes ou groupements de communes financent la construction et l'entretien des structures d'accueil de jour, tandis que le canton et les communes ou groupements de communes en financent l'exploitation après déduction de la participation des parents et d'éventuelles autres recettes (art. 202 Cst.-GE). L'art. 203 Cst.-GE prévoit que le canton et les communes encouragent la création et l'exploitation de structures d'accueil de jour privées, en particulier les crèches d'entreprise (al. 1); ils favorisent le développement du partenariat entre acteurs publics et privés (al. 2).

Ces dispositions constitutionnelles, en vigueur depuis le 1er juin 2013, ont fait suite à une initiative populaire cantonale (IN 143 "Pour une véritable politique d'accueil de la Petite enfance") qui visait à inscrire dans la constitution genevoise un nouvel article 160G relatif à l'accueil préscolaire. En substance, l'initiative prévoyait que chaque enfant en âge préscolaire devait avoir un droit à une place d'accueil de jour et que le canton et les communes étaient tenus de réaliser ce droit en créant et maintenant des places d'accueil, les communes pouvant toutefois déléguer cette tâche aux associations ou fondations autorisées à exercer cette activité. Cette initiative a cependant été rejetée en votation populaire le 17 juin 2012 au profit d'un contreprojet, dont la teneur est désormais consacrée aux actuels art. 200 à 203 Cst.-GE. Selon le rapport de la Commission en charge de rédiger le contreprojet, ce dernier renonçait à créer un large droit constitutionnel à une place d'accueil - contrairement au souhait des initiants - au profit d'une formulation plus atténuée, qui adapte l'offre d'accueil aux besoins (cf. Rapport du 24 novembre 2011 de la Commission chargée de l'élaboration du contreprojet à l'IN 143, IN 143-D PL 10895, p. 4). Eu égard à la mise en oeuvre de ces nouvelles dispositions, ledit rapport précise qu'il "apparaît préférable que la délégation de toute tâche, en rapport avec le présent contreprojet, ne soit ni expressément exclue, ni expressément prévue. Il n'appartient

pas à une loi de rang constitutionnel de verrouiller la manière dont la loi d'application doit être rédigée" (Rapport du 24 novembre 2011, op. cit., p. 9-10).

Les art. 200 à 203 Cst.-GE énoncent donc un cadre général qui est précisé par la loi du 12 décembre 2019 sur l'accueil préscolaire (LAPr; RS/GE J 6 28), entrée en vigueur le 1er janvier 2020. Le législateur cantonal y a ainsi indiqué que les communes, ou groupements de communes, offrent des places dans les différents modes d'accueil pour les enfants en âge préscolaire et qu'à cette fin, elles peuvent collaborer entre elles ou confier à une association ou à une fondation à but non lucratif la mise à disposition de places d'accueil préscolaire. Les modalités de cette collaboration sont définies statutairement, par voie réglementaire ou contractuelle (art. 6 al. 1 LAPr).

Dans ce contexte, la Ville de Genève s'est dotée d'un Règlement du 20 avril 2016 relatif à l'accueil préscolaire en Ville de Genève et aux conditions d'octroi des subventions aux structures d'accueil (Règlement communal pour l'accueil préscolaire; RS/GE LC 21 551, dont l'art. 1 al. 1 prévoit que, conformément à ses missions et obligations découlant de la constitution et de la législation cantonales, la Ville de Genève dirige la politique de la petite enfance, planifie, organise et assure le maintien et le développement de l'offre de places d'accueil sur son territoire. A cette fin, elle subventionne les structures d'accueil de la petite enfance sises sur son territoire, aux conditions et dans la mesure définies par le présent règlement (art. 1 al. 2 let. a). La Ville de Genève définit également les priorités en matière d'accueil, les conditions de tarification et les termes de la collaboration avec les autres acteurs publics ou privés actifs dans le domaine de la petite enfance (art. 2). L'art. 13 al. 1 dudit Règlement prévoit que les structures d'accueil appliquent les barèmes des prix de pension fixés par le Conseil administratif et qu'elles ne peuvent y déroger qu'en cas de situation exceptionnelle, moyennant l'accord préalable de leur comité ou conseil de fondation et du Service de la petite enfance. L'art. 14 du Règlement, relatif aux "Conditions de subventionnement", précise en outre que les structures d'accueil peuvent être organisées sous la forme de personnes morales de droit privé ou de droit public (al. 1); mais que leurs statuts ou acte constitutif et règlement doivent avoir été approuvés par le Service de la petite enfance (al. 2).

**5.5.6.** D'un point de vue historique, il sied encore d'indiquer qu'à l'origine, les structures d'accueil préscolaire en Ville de Genève étaient entièrement privées et n'étaient soutenues ni par la commune, ni par le canton. Progressivement, la Ville de Genève a introduit un mode de subventionnement assorti d'un contrôle de la gestion administrative des structures d'accueil (cf. Rapport du 12 juin 2007 de la Commission chargée d'examiner la proposition en vue de l'extension du service public au domaine de la petite enfance et annexe, PR-476 A). A compter de 1984, des manquements dans la gestion du dispositif de la petite enfance par les associations de bénévoles en Ville de Genève ont été recensés. Ainsi, en 1998, la centralisation de la gestion de l'accueil préscolaire sous la houlette d'un employeur unique, à savoir une municipalisation complète du dispositif ou une extension du service public partielle, sous forme d'une fondation de droit public, a été recommandée (Rapport n°170 de la Cour des comptes du canton de Genève, "Audit de performance - Dispositif de la petite enfance - Ville de Genève", Mars 2022, p. 26 ss). Des réflexions ont été menées depuis et, en 2021, le Conseil administratif de la Ville de Genève a validé le principe d'une "municipalisation par étapes" des nouvelles structures d'accueil de la petite enfance, qui sera mise en oeuvre à partir de 2023. Cette démarche vise notamment à "reconnaître l'éducation préscolaire comme une mission de service public" (cf. communiqué de presse du Conseil administratif, daté du 31.08.2021, disponible sous: <https://www.geneve.ch>) et la Ville de Genève a indiqué, dans ses observations, que si les discussions en cours visant à municipaliser la prestation d'accueil préscolaire devaient se concrétiser, la réglementation communale devrait alors être adaptée en ce sens.

**5.5.7.** Il ressort des dispositions constitutionnelles précitées que l'accueil préscolaire dans le canton de Genève comprend différentes tâches qui incombent non seulement au canton et aux communes genevoises, mais également aux associations et fondations à but non lucratif oeuvrant dans le domaine de la petite enfance. Plus précisément, l'exécution de tâches liées à la planification, la coordination, l'encouragement à la création de structures d'accueil, l'aide à l'organisation de ces structures et la prise en charge financière incombe à la Ville de Genève (en partie avec le canton), de sorte que ces tâches revêtent indéniablement la caractéristique de tâches publiques. Par contre, la tâche d'exploiter des structures d'accueil subventionnées, autrement dit celle d'accueillir des enfants en âge préscolaire, n'est mentionnée dans aucune disposition figurant parmi les "tâches publiques" énoncées au titre VI, chapitre 3 de la Cst.-GE.

Certes, au terme d'une interprétation littérale de l'art. 6 al. 1 LAPr, soutenue par les recourants, les communes auraient la tâche publique d'offrir directement des places d'accueil préscolaire, tâche qui

pourrait être confiée, le cas échéant, à une association de droit privé ou une fondation. En ce sens, l'exploitation des places d'accueil, qui incombait historiquement à des entités de droit privé de type association ou fondation indépendantes de la commune, incomberait dorénavant directement à cette dernière, qui pourrait la déléguer à une entité subventionnée, telle que l'Association. Dans ce cas de figure, les relations entre la structure d'accueil subventionnée et les parents, en leur qualité d'usager d'un service communal, relèveraient donc du droit public.

Néanmoins, une interprétation téléologique, historique et systématique de cette disposition, à la lumière des art. 200 et 201 al. 1 Cst.-GE, impose de nuancer ce constat. En effet, le but poursuivi par le législateur cantonal au travers de l'art. 6 al. 1 LAPr est clair: mettre en place un dispositif permettant d'adapter l'offre de places d'accueil aux besoins et formaliser dans la loi la collaboration préexistante entre les communes et les structures d'accueil subventionnées. Les travaux préparatoires ne font toutefois pas état d'une volonté du législateur de modifier le mode de gouvernance de la petite enfance prévalant jusqu'alors en Ville de Genève, en faisant de l'accueil proprement dit des enfants en âge préscolaire une tâche publique à la charge des communes, et le rejet de l'initiative populaire cantonale poursuivant cet objectif démontre du reste le contraire.

A cet égard, le fait que la Ville de Genève participe au financement de l'exploitation des structures d'accueil privées par le biais du subventionnement (art. 8 al. 1 LAPr) ne saurait suffire à faire d'une telle exploitation une tâche publique déléguée aux dites structures. En effet, les subventions sont un instrument important permettant la réalisation d'objectifs politiques communaux et cantonaux sans que l'Etat ne doive agir directement (cf. FF 2008 5651, p. 5661). Dans ce contexte, le fait que la Ville de Genève puisse exercer une certaine surveillance sur l'Association - en disposant d'une voie consultative lors de l'assemblée générale (art. 15 al. 4 du Règlement pour l'accueil préscolaire), en approuvant ses statuts (art. 14 al. 2 du Règlement pour l'accueil préscolaire) ou encore en fixant les barèmes servant de base pour la fixation du prix des pensions des parents (art. 13 al. 1 du Règlement pour l'accueil préscolaire) - est essentiellement la contrepartie de son obligation de financer l'exploitation des structures d'accueil préscolaire qu'elle subventionne, dans la mesure où les frais ne sont pas couverts par les autres sources de financement (art. 202 Cst.-GE; 8 al. 2 LAPr; cf. ég. arrêt 8C\_559/2021 du 20 janvier 2022 consid. 8.2.2). Contrairement à ce que semblent penser les recourants, toute activité privée soumise à une surveillance communale ne correspond pas nécessairement à une tâche publique déléguée par ladite commune (cf. Anne-Christine Favre, La délégation d'activités non économiques ou "à caractère ministériel", in Favre/Martenet/Poltier, La délégation d'activités étatiques au secteur privé, Genève 2016, pp. 145-192, p. 152).

**5.5.8.** Par conséquent, l'accueil par l'Association de l'enfant des recourants tend principalement à sauvegarder leurs intérêts privés en leur permettant, moyennant une participation financière, de maintenir chacun une activité professionnelle. En l'absence de choix politique visant à faire de l'accueil de tels enfants une tâche publique, tant le critère des intérêts que celui de la fonction imposent de retenir que la prestation déployée par l'Association ressortit au droit privé. Reste à examiner ce qu'il en est de la contre-prestation requise, et plus particulièrement de son mode de fixation.

## II. Du paiement du prix de pension

**5.5.9.** L'art. 8 LAPr prévoit que les communes ou groupements de communes financent la construction et l'entretien des structures d'accueil préscolaire qu'elles exploitent ou subventionnent (al. 1), et cette disposition précise qu'elles en financent l'exploitation après déduction de la participation des parents, du canton et des autres recettes (al. 2). L'art. 20 LAPr précise que la participation financière des parents pour les places d'accueil préscolaire subventionnées ou exploitées par les communes est fixée en fonction de leur capacité économique et du nombre d'enfants à leur charge. Rappelons également que l'art. 13 al. 1 du Règlement communal pour l'accueil préscolaire, précité, prévoit que les structures d'accueil appliquent les barèmes des prix de pension fixés par le Conseil administratif et qu'elles ne peuvent y déroger qu'en cas de situation exceptionnelle, moyennant l'accord préalable de leur comité ou conseil de fondation et du Service de la petite enfance. A cet égard, dans ses observations, la Ville de Genève a précisé que cette disposition avait pour but de veiller à ce que le prix des pensions pratiqué par les structures d'accueil qu'elle subventionne respecte les principes de la capacité économique des parents et de l'égalité de traitement.

**5.5.10.** A teneur de la clause 2.4. de l'avenant litigieux, les recourants s'engagent, conformément à l'art. 3 des conditions générales du contrat d'accueil, à payer une pension déterminée sur la base des barèmes fixés par le Conseil administratif de la Ville de Genève et de leurs modifications ultérieures.

Cette disposition du contrat d'accueil, qui renvoie à l'art. 13 du Règlement communal pour l'accueil préscolaire, empêche tant l'Association que les recourants de déterminer librement le prix de pension pour l'accueil de l'enfant, ce prix étant impérativement fixé par le Conseil administratif et ne pouvant être modifié qu'en cas de situation exceptionnelle. Il en découle une restriction à la liberté contractuelle tant de l'Association que des recourants, restriction qui est motivée par l'objectif de garantir l'égalité de traitement entre les parents des enfants qui fréquentent une structure d'accueil subventionnée et celui de fixer un prix correspondant à leur capacité économique. Ces objectifs constituent indéniablement des intérêts publics, au sens de l'art. 20 LAPr, et la tâche de fixer le barème des prix de pension, dont l'exécution incombe exclusivement au Conseil administratif, doit également être qualifiée de tâche publique.

**5.6.** Dans la mesure où les recourants s'en prennent uniquement au barème qui leur est appliqué pour déterminer le prix de pension, et non aux clauses de l'avenant relatives aux périodes d'accueil ou aux jours de présence de l'enfant, leur contestation relève du droit public. En effet, l'adoption du barème litigieux fixant le prix de pension à payer par les recourants est de la compétence exclusive du Conseil administratif de la Ville de Genève, conformément à l'art. 13 al. 1 du Règlement communal pour l'accueil préscolaire, de sorte que ledit barème constitue une clause relevant du droit public au sens de l'art. 132 al. 3 LOJ/GE. Par conséquent, la motivation de l'instance précédente selon laquelle l'action contractuelle des recourants est irrecevable au motif que la contestation - pourtant limitée au mode de fixation du prix de pension - relève du droit privé, procède d'une interprétation arbitraire du droit cantonal. Cette interprétation a pour conséquence de priver les recourants de la voie de droit ordinaire pour faire contrôler la conformité au droit de la fixation du prix de pension sur la base d'un barème étatique. Il en découle que la Cour de justice a violé l'art. 9 Cst. en refusant d'entrer en matière sur le recours au motif que la clause de l'avenant litigieux fixant le prix des pensions dû par les recourants relevait du droit privé.

## **6.**

Les considérants qui précèdent conduisent à l'admission du recours, sans qu'il n'y ait besoin d'examiner les autres griefs soulevés par les recourants. L'arrêt attaqué doit être annulé et la cause renvoyée à la Chambre administrative de la Cour de justice pour qu'elle traite le "recours" du 22 février 2021 en application de l'art. 132 al. 3 LOJ/GE, selon lequel elle est compétente pour connaître, en instance cantonale unique, des actions fondées sur le droit public qui ne peuvent pas faire l'objet d'une décision et qui découlent d'un contrat de droit public.

**7.** Compte tenu de l'issue du litige, les frais de la procédure fédérale sont, solidairement (art. 66 al. 5 LTF), mis à la charge de l'Association et de la Ville de Genève (art. 66 al. 1 LTF), cette dernière succombant dans l'exercice de ses attributions officielles alors que son intérêt patrimonial est en cause (art. 66 al. 4 LTF). Obtenant gain de cause sans l'aide d'un mandataire professionnel, les recourants, dont l'un exerce d'ailleurs la profession d'avocat, n'ont pas droit à une indemnité de dépens (art. 68 al. 1 LTF).

## **Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce :**

### **1.**

Le recours est admis et l'arrêt rendu le 21 septembre 2021 par la Cour de justice du canton de Genève est annulé. La cause est renvoyée à la Cour de justice afin qu'elle procède dans le sens des considérants.

### **2.**

Les frais judiciaires, arrêtés à 2'000 fr., sont solidairement mis à la charge de la Ville de Genève et de l'Association.

### **3.**

Il n'est pas alloué de dépens.

### **4.**

Le présent arrêt est communiqué aux recourants, au mandataire de l'Association, au mandataire de la Ville de Genève, Service de la petite enfance, et à la Cour de justice de la République et canton de Genève, Chambre administrative.

Lausanne, le 17 janvier 2023

Au nom de la IIe Cour de droit public  
du Tribunal fédéral suisse

La Présidente : F. Aubry Girardin

La Greffière : S. Colella