

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1401/2020-EXPLOI

ATA/624/2020

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Décision du 26 juin 2020

sur effet suspensif et mesures provisionnelles

dans la cause

A _____ SA

représentée par Me Robert Hensler, avocat

contre

OFFICE CANTONAL DE L'INSPECTION ET DES RELATIONS DU TRAVAIL

Attendu, en fait, que :

- 1) Inscrite au registre du commerce de Genève le _____ 1967, la société A_____ SA (ci-après : A_____) a pour but « fabrication, vente et achat en gros de tous articles de boulangerie, pâtisserie, confiserie et produits diététiques, destinés notamment à approvisionner les hôtels, grands magasins, cantines et autres établissements du même genre ».

A_____ exploite en Suisse romande plusieurs boulangeries ainsi que divers établissements publics tels que tea-rooms et restaurants, sous diverses enseignes totalisant environ trente points de vente et près de six cents employés.

- 2) Par décision du 15 avril 2020, l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail (ci-après : OCIRT) a décidé de prononcer à l'encontre d'A_____ des sanctions administratives prévues à l'art. 45 al. 1 de la loi sur l'inspection et les relations du travail du 12 mars 2004 (LIRT - J 1 05), soit de lui délivrer l'attestation visée à l'art. 25 LIRT pour une durée de deux ans (ch. 1 du dispositif de la décision) et l'exclure de tout marché public futur, également pour une durée de deux ans (ch. 2 du dispositif), l'exclusion prononcée ne visant que les marchés publics futurs et non ceux actuellement en cours. Le refus de délivrer une attestation était déclaré exécutoire nonobstant recours, alors que l'exclusion de tout marché public prendrait effet le lendemain de l'entrée en force de ladite décision.

En substance, l'OCIRT reprochait à l'entreprise d'avoir commis des infractions aux usages de manière continue et répétée depuis 2018, soit notamment en matière de pauses, de durée journalière du travail, de durée hebdomadaire du travail, de traitement des heures supplémentaires, de travail pendant plusieurs jours consécutifs, de compensation du travail du dimanche et de droit aux vacances et jours fériés.

- 3) Par acte posté le 15 mai 2020, A_____ a interjeté recours auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre cette décision. Elle conclut préalablement, sur mesures provisionnelles, à la restitution de l'effet suspensif au recours relativement au ch. 1 du dispositif et au retrait de l'entreprise de la liste tenue selon l'art. 45 al. 3 LIRT jusqu'à droit jugé sur le recours ; et, principalement, à l'annulation de la décision et à sa réformation, à savoir le prononcé d'une amende administrative d'un montant maximum de CHF 10'000.-.

Le ch. 1 du dispositif ne concernait pas une décision négative puisqu'A_____ ne s'était pas vu rejeter une requête. Aucun intérêt public ou privé prépondérant ne s'y opposait, tandis que les intérêts d'A_____ étaient gravement menacés par la sanction, puisque l'entreprise ne pourrait plus soumissionner dans des marchés publics ni obtenir certains contrats ou certains financements. La sanction était disproportionnée et menaçait des emplois.

Il convenait également de radier ou de retirer son nom de la liste prévue à l'art. 45 al. 3 LIRT, une telle inscription ayant probablement pour effet de porter durablement atteinte à son image auprès de ses contreparties.

Sur le fond, l'OCIRT avait violé le droit d'être entendu, en ne motivant pas le choix ni le cumul des sanctions, et avait abusé de son pouvoir d'appréciation, la loi ne prescrivant pas le cumul des sanctions et ce dernier n'étant en l'espèce pas nécessaire. De plus, la sanction choisie était trop forte et donc disproportionnée.

- 4) Le 2 juin 2020, l'OCIRT a conclu au rejet de la demande de restitution de l'effet suspensif et de mesures provisionnelles. A_____ n'étant plus titulaire de l'attestation de conformité aux usages, restituer l'effet suspensif reviendrait à lui accorder à titre provisoire ce qu'elle réclamait au fond, ce qui était proscrit par la jurisprudence. De plus, en déclarant la mesure prononcée exécutoire nonobstant recours, elle n'avait fait qu'appliquer la loi, qui n'octroyait aucune latitude en la matière lors du prononcé de la décision.

S'agissant du retrait de la liste, les risques allégués n'étaient pas démontrés. En outre, le service de police du commerce et de lutte contre le travail au noir (ci-après : PCTN) avait expressément assuré à A_____ que la mesure prononcée n'affecterait pas les autorisations d'exploiter de ses établissements publics. Enfin, retirer le nom de la liste ne permettrait pas à A_____ d'obtenir des marchés publics, en l'absence d'attestation de conformité aux usages. L'inscription sur la liste était la conséquence automatique d'une infraction au sens de l'art. 26A LIRT ainsi que des mesures prévues à l'art. 45 LIRT.

- 5) Sur ce, la cause a été gardée à juger sur effet suspensif et mesures provisionnelles.

Considérant, en droit, que :

- 1) Interjeté en temps utile et devant la juridiction compétente, le recours est, prima facie, recevable sous ces angles (art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05 ; art. 62 al. 1 let. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).
- 2) Les décisions sur effet suspensif ou sur mesures provisionnelles sont prises par la présidente de la chambre administrative, respectivement par le vice-président, ou en cas d'empêchement de ceux-ci, par un juge (art. 7 al. 1 du règlement interne de la chambre administrative du 26 mai 2020 ; ci-après : le règlement).
- 3) Sauf disposition légale contraire, le recours a effet suspensif à moins que l'autorité qui a pris la décision attaquée n'ait ordonné l'exécution nonobstant recours (art. 66 al. 1 LPA).

- 4) Lorsqu'aucun intérêt public ou privé prépondérant ne s'y oppose, la juridiction de recours peut, sur la demande de la partie dont les intérêts sont gravement menacés, retirer ou restituer l'effet suspensif (art. 66 al. 3 LPA). Cela vaut également lorsque l'effet suspensif est retiré ex lege, l'ordonnance procédurale valant décision incidente ressortant des effets ex tunc (Cléa BOUCHAT, l'effet suspensif en procédure administrative, 2015, p. 94 n. 251).

L'effet suspensif ne peut concerner que des décisions au sens de l'art. 4 LPA, dont la teneur et la portée correspond à celles de l'art. 5 de la loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968 (PA - RS 172.021) de nature formatrice, soit celles qui créent, modifient ou annulent des droits ou des obligations de l'administré (art. 4 al. 1 let. a LPA ; art. 5 al. 1 let. a PA) ayant pour objet d'imposer un certain comportement à celui-ci ou à lui octroyer, à modifier ou à suspendre certaines de ses prérogatives (Cléa BOUCHAT, op. cit., p. 101, n. 269 ; Thierry TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2011, Manuel de droit administratif, 2011, p. 281 n. 817), mais aussi les décisions de nature constatatoire, soit celles constatant l'existence, l'inexistence ou l'étendue de droits ou d'obligations, dans la mesure où la décision sur restitution ou non de l'effet suspensif est susceptible d'empêcher les effets juridiques d'un tel constat (ATA/132/2016 du 11 février 2016 consid. 3 et les références citées).

Dans tous les cas, dès lors que l'effet suspensif vise à maintenir une situation donnée et non à créer un état qui serait celui découlant du jugement au fond, seules les décisions précitées de nature positive sont concernées par l'octroi ou le refus de l'effet suspensif au recours. En revanche, les décisions négatives ne le sont pas, soit celles qui rejettent ou déclarent irrecevables les requêtes tendant à créer, modifier, annuler ou constater des droits et des obligations au sens de l'art. 4 al. 1 let. c LPA ou de l'art. 5 al. 1 let. c PA (Cléa BOUCHAT, op. cit., p. 104, n. 279).

- 5) Selon la jurisprudence constante de la chambre administrative, les mesures provisionnelles – au nombre desquelles compte la restitution de l'effet suspensif – ne sont légitimes que si elles s'avèrent indispensables au maintien d'un état de fait ou à la sauvegarde d'intérêts compromis, et ne sauraient, en principe tout au moins, anticiper le jugement définitif ni équivaloir à une condamnation provisoire sur le fond, pas plus qu'aboutir abusivement à rendre d'emblée illusoire la portée du procès au fond (ATF 119 V 503 consid. 3 ; ATA/176/2017 du 10 février 2017 ; ATA/884/2016 du 10 octobre 2016 consid. 1 ; ATA/658/2016 du 28 juillet 2016 consid. 1). Ainsi, dans la plupart des cas, les mesures provisionnelles consistent en un minus, soit une mesure moins importante ou incisive que celle demandée au fond, ou en un aliud, soit une mesure différente de celle demandée au fond (Isabelle HAENER, Vorsorgliche Massnahmen in Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess in RDS 1997 II 253-420, 265).

Leur prononcé présuppose l'urgence, à savoir que le refus de les ordonner crée pour l'intéressé la menace d'un dommage difficile à réparer (ATF 130 II 149

consid. 2.2 ; 127 II 132 consid. 3 = RDAF 2002 I 405). Toutefois, elles ne sauraient, en principe tout au moins, anticiper le jugement définitif, ni équivaloir à une condamnation provisoire sur le fond, pas plus qu'aboutir abusivement à rendre d'emblée illusoire la portée du procès au fond (arrêts précités ; Cléa BOUCHAT, op. cit., p. 105 n. 280).

6) a. Lorsque l'effet suspensif a été retiré ou n'est pas prévu par la loi, l'autorité de recours doit examiner si les raisons pour exécuter immédiatement la décision entreprise sont plus importantes que celles justifiant le report de son exécution. Elle dispose d'un large pouvoir d'appréciation qui varie selon la nature de l'affaire. La restitution de l'effet suspensif est subordonnée à l'existence de justes motifs, qui résident dans un intérêt public ou privé prépondérant à l'absence d'exécution immédiate de la décision ou de la norme (arrêt du Tribunal fédéral 2C_1161/2013 du 27 février 2014 consid. 5.5.1).

b. Pour effectuer la pesée des intérêts en présence, l'autorité de recours n'est pas tenue de procéder à des investigations supplémentaires, mais peut statuer sur la base des pièces en sa possession (ATF 117 V 185 consid. 2b ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_435/2008 du 6 février 2009 consid. 2.3 et les arrêts cités).

7) Toute entreprise soumise au respect des usages en vertu d'une disposition légale, réglementaire ou conventionnelle doit en principe signer un engagement de respecter les usages auprès de l'OCIRT, autorité compétente en vertu des art. 23 et 26 al. 1 LIRT, pour exercer le contrôle par ces entreprises du respect des usages pour le compte du département de la sécurité, de l'emploi et de la santé (ci-après : DSES). Dans ce cadre l'OCIRT délivre à l'entreprise une attestation, laquelle est de durée limitée (art. 25 al. 1 LIRT), soit trois mois (art. 40 al. 1 du règlement d'application de la LIRT du 23 février 2005 - RIRT - J 1 05.01). Cette dernière est réputée liée par un tel engagement dès l'instant où son personnel est amené à travailler sur un marché public (art. 25 al. 3 LIRT).

Les entreprises en infraction aux usages font l'objet des sanctions prévues à l'art. 45 LIRT (art. 26A LIRT).

La sanction d'une violation de l'obligation de collaborer dans le délai imparti, notamment suite au prononcé d'un avertissement au sens de l'art. 42A RIRT est le refus de délivrer l'attestation à l'employeur. En cas d'avertissement, au sens de la disposition précitée, s'il n'est pas donné suite dans les délais à la demande de l'OCIRT, celui-ci prononce les sanctions prévues à l'art. 45 al. 1 LIRT.

8) À teneur de l'art. 45 al. 1 LIRT, lorsqu'une entreprise visée par l'art. 25 LIRT ne respecte pas les conditions minimales de travail et de prestations sociales en usage, l'OCIRT peut notamment prononcer : une décision de refus de délivrance de l'attestation visée à l'art. 25 LIRT, pour une durée de trois mois à cinq ans laquelle

est exécutoire nonobstant recours (let. a) et/ou l'exclusion de tout marché public pour une période de cinq ans au plus (let. c).

Une liste des entreprises faisant l'objet d'une décision exécutoire de la part de l'OCIRT est établie, qui est accessible au public (art. 45 al. 3 LIRT).

9) En l'occurrence, la recourante a fait l'objet d'un refus de délivrance future d'une attestation de conformité aux usages au sens de l'art. 45 al. 1 let. a LIRT pendant deux ans, déclarée exécutoire nonobstant recours.

a. La chambre administrative relèvera tout d'abord que se pose la question de l'intérêt juridique actuel de la recourante à demander la restitution de l'effet suspensif s'agissant du refus de lui délivrer l'autorisation querellée, dans la mesure où elle n'indique pas avoir l'intention, dans l'immédiat, de soumissionner à un nouveau marché public à Genève et vouloir requérir une telle attestation ; cette question peut toutefois souffrir de rester ouverte compte tenu de ce qui suit.

b. Il ressort du dossier que l'OCIRT a procédé à un contrôle le 24 octobre 2018, ainsi qu'à des analyses de relevés d'heures de travail. Il a demandé à de nombreuses reprises entre la date précitée et celle du prononcé de la décision attaquée des renseignements concernant tel ou tel travailleur. À plusieurs reprises, l'OCIRT a indiqué avoir constaté des violations et prévenu du possible prononcé de mesures au sens de l'art. 45 LIRT. À plusieurs reprises également la recourante, qui s'est vu octroyer plusieurs délais et prolongations de délai, a indiqué avoir modifié ses pratiques et pris les mesures nécessaires.

c. En l'état du dossier, il apparaît que l'autorité intimée n'a fait qu'appliquer la loi, laquelle ne lui accorde aucune latitude d'opter ou non pour une telle sanction. Par ailleurs, restituer l'effet suspensif sollicité reviendrait à accorder à titre provisoire ce que la recourante veut sur le fond, avant même d'avoir instruit de manière complète la procédure. Un tel procédé est proscrit par la jurisprudence rappelée ci-dessus. Dans la mesure où la recourante ne conteste pas l'existence de manquements de sa part et a insisté à plusieurs reprises uniquement sur la difficulté de se conformer aux demandes de l'OCIRT, ses chances de succès n'apparaissent pas d'emblée manifestes. La décision prise échappant, à première vue, à tout grief d'arbitraire, la chambre administrative ne restituera pas l'effet suspensif au recours concernant cet aspect, sans qu'il y ait besoin de procéder à une pesée des intérêts (ATA/1806/2019 du 17 décembre 2019 consid. 9c ; ATA/1541/2019 du 14 octobre 2019 ; ATA/439/2016 du 26 mai 2016, consid. 9 à 11 b.)

10) La recourante sollicite, sur mesures provisionnelles, qu'il soit ordonné à l'OCIRT de la retirer de la liste répertoriant les entreprises en infraction jusqu'à droit connu sur le fond de la présente procédure.

L'inscription sur ladite liste est une conséquence, en principe automatique, d'une infraction au sens de l'art. 26A LIRT ainsi que des mesures prévues à l'art. 45 al. 1 LIRT.

Dès lors, l'effet suspensif ne pouvant pas être restitué pour ce qui est de la lettre a, il ne peut pas être, pour les mêmes motifs, donné droit sur mesures provisionnelles à la conclusion de la recourante tendant au retrait de son inscription sur la liste établie par l'OCIRT sur la base de l'art. 45 al. 3 LIRT (ATA/1806/2019 précité consid. 10 ; ATA/658/2016 précité consid. 3 ; ATA/439/2016 précité consid. 11).

De surcroît, il ressort, prima facie, du dossier que l'OCIRT a accordé à plusieurs reprises des délais à l'entreprise concernée, depuis octobre 2018, pour régulariser sa situation.

Dès lors, la requête de restitution d'effet suspensif et de mesures provisionnelles sera refusée.

11) Le sort des frais sera réservé jusqu'à droit jugé au fond.

Vu le recours interjeté le 15 mai 2020 par A_____ SA contre la décision de l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail du 15 avril 2020 ;

vu les art. 21 et 66 al. 3 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 ;

vu l'art. 9 al. 1 du règlement de la chambre administrative du 26 mai 2020 ;

LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

rejette la demande de restitution de l'effet suspensif au recours et la demande de mesures provisionnelles ;

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 jointes à l'envoi ;

communiqué la présente décision à Me Robert Hensler, avocat de la recourante ainsi qu'à l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail.

Le vice-président :

C. Mascotto

Copie conforme de cette décision a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :