

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3782/2013-EXPLOI

ATA/28/2014

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Décision du 15 janvier 2014

sur effet suspensif et mesures provisionnelles

dans la cause

X_____ S.A.

représentée par Me Andrea Rusca, avocat

contre

OFFICE CANTONAL DE L'INSPECTION ET DES RELATIONS DU TRAVAIL

Attendu, en fait, que :

- 1) X_____ S.A. (ci-après : l'entreprise) est une société active dans le domaine des transports en tous genres, déménagements, manutention et garde-meuble.
- 2) Elle participe à des procédures d'adjudication dans le cadre de marchés publics et est signataire, dans ce cadre, depuis 1991, auprès de l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail (ci-après : OCIRT), d'un engagement à teneur duquel elle respectait des conditions minimales de travail et de prestations sociales en usage à Genève dans le domaine du transport de choses pour compte de tiers.
- 3) En 2010, lesdits usages professionnels ont été codifiés par l'OCIRT dans une directive intitulée « Usages, transports de choses pour le compte de tiers (UTrans 2010) » (ci-après : UTrans), consultable sur le site internet de l'OCIRT www.ge.ch/relationstravail.
- 4) Le 6 août 2012, l'OCIRT a effectué un contrôle au sein de l'entreprise. Il a adressé le 13 avril 2012 à l'organe de cette dernière une synthèse de différents manquements aux UTrans qu'il avait constatés, tant au niveau de l'enregistrement des heures de travail des collaborateurs qu'à la rémunération des heures supplémentaires, à l'indemnisation des employés en cas d'incapacité de travail pour cause d'accident ou de maladie. Il a également demandé à l'entreprise qu'il lui communique certains documents, telle la liste des absences pour cause de maladie pour les années 2011 et 2012, certains documents liés à l'assurance perte de gain en cas de maladie ainsi que des explications en rapport avec la situation de certains employés, s'agissant du traitement de leur rémunération consécutivement à une incapacité de gain.
- 5) Le 11 septembre 2012, le directeur de l'entreprise s'est entretenu avec des collaborateurs de l'OCIRT. A la suite de cette rencontre, ce dernier lui a adressé un courrier le 12 septembre 2012 dans lequel il énumérait une liste de documents à produire par l'entreprise ainsi que d'informations à fournir, destinés à établir dans quelle mesure elle avait respecté les UTrans. Ces documents devaient être transmis à l'OCIRT d'ici au 30 septembre 2012 et celui-ci se réservait le droit de demander des renseignements complémentaires.
- 6) Par courrier du 1^{er} novembre 2012 et suite à un nouvel entretien, l'OCIRT a prolongé le délai précité au 15 novembre 2012. Il confirmait avoir reçu les attestations se rapportant à la récupération des heures supplémentaires pour l'année 2012 mais attendait encore celles de l'année 2011. Il rendait l'entreprise attentive au risque, s'il n'obtenait pas les informations demandées, qu'il prenne une décision de refus d'attestation « OCIRT » et qu'il en informe les autorités publiques concernées.

- 7) Par courrier du 14 novembre 2012, l'entreprise a apporté certaines explications sur la comptabilisation des heures supplémentaires effectuées par ses employés ainsi que sur le traitement de la rémunération de certains d'entre eux.
- 8) Le 20 novembre 2012, l'OCIRT a adressé à l'entreprise un courrier recommandé valant avertissement. Les explications de celle-ci n'étaient pas complètes. Il donnait une liste d'informations qu'elle devait encore apporter ou de différents documents qu'elle devait encore produire. Un délai au 5 décembre 2012 lui était imparti pour ce faire, sous la menace d'une sanction sous forme d'une exclusion des procédures d'octroi de marchés publics. Il se réservait de solliciter des renseignements complémentaires.
- 9) Le 4 décembre 2012, à la suite d'une nouvelle rencontre avec le représentant de l'entreprise, l'OCIRT lui a adressé un nouveau courrier d'avertissement. Il confirmait que le directeur de l'entreprise s'était engagé à lui transmettre les documents et informations requis dans le courrier du 20 novembre 2011, dont il rappelait le détail du contenu.
- 10) Après avoir obtenu un délai de l'OCIRT, l'entreprise a répondu le 27 décembre 2012. Elle transmettait différentes informations, par lesquelles elle considérait répondre à la demande de celui-ci.
- 11) Le 12 mars 2013, l'OCIRT a sollicité un complément d'information sur certains aspects particuliers :
- une version modifiée du formulaire utilisé dans l'entreprise pour quittance la reprise ou le paiement des heures supplémentaires ;
 - la liste des absences pour cause de maladie concernant le personnel en 2011 et 2012, dès le premier jour d'absence ;
 - des explications complémentaires concernant la situation d'un employé en rapport avec une incapacité de travail liée à un accident (transmission d'un document de la SUVA relatif à une éventuelle responsabilité de ce dernier dans son incapacité de travail) ainsi que des décomptes des assureurs maladie et accident pour deux autres collaborateurs, accompagnés des certificats médicaux qui attestaient de leur incapacité de travail pendant certaines périodes d'absence en 2011 et 2012.
- Un délai au 26 mars 2013 lui était imparti pour s'exécuter.
- 12) Le 29 mai 2013, l'OCIRT a adressé à l'entreprise un courrier valant troisième avertissement. Il constatait que celle-ci ne lui avait pas transmis les informations réclamées le 12 mars 2013 et la sommait de s'exécuter d'ici au 20 juin 2013, sous peine de sanctions.

- 13) L'entreprise a réagi par courrier du 30 mai 2013. Elle avait répondu à l'OCIRT par courrier du 12 mars 2013, adressé par pli recommandé. Ce courrier n'a pas été à ce stade versé à la procédure. Une attestation de la poste versée au dossier par la recourante établit qu'un pli recommandé a été distribué à l'OCIRT le 2 avril 2013.
- 14) Le 11 juin 2013, l'OCIRT a écrit à l'entreprise. Le pli recommandé auquel elle faisait référence contenait des documents répondant partiellement à ses demandes, sans aucun courrier d'explication. Depuis le 6 août 2012, l'entreprise n'avait que partiellement répondu à ses demandes. Il avait intégré les documents remis dans son dossier mais constaté que ce dernier était incomplet, raison pour laquelle il avait adressé à l'entreprise un avertissement en date du 29 mai 2013, qui tenait compte de l'ensemble des documents et informations transmis depuis la visite du 6 août 2012, et énumérait ceux restant à fournir. Le délai imparti au 20 juin 2013 était maintenu. Il rappelait le risque d'une sanction en cas de non collaboration.
- 15) Le 27 juin 2013, l'OCIRT a adressé un courriel à l'avocat que l'entreprise avait entretemps constitué. Il le renvoyait à son courrier du 29 mai 2013, s'agissant de la documentation ou des informations à fournir et lui accordait un délai au 30 août 2013 pour ce faire.
- 16) Le 29 août 2013, l'avocat a adressé un courriel à l'OCIRT. Il lui faisait parvenir un document modifié utilisé par l'entreprise, dont la teneur devait répondre à ses instructions. Sa cliente n'était pas en mesure de transmettre la liste des absences de tous les employés pour cause de maladie pour 2011 et 2012 car les rares maladies s'étaient produites pour des durées supérieures à sept jours. Il attendait le document qu'il avait réclamé à la SUVA. Pour le décompte détaillé et chiffré expliquant le paiement du salaire de deux employés, il proposait une rencontre.
- 17) Par courriel du 10 septembre 2013 venant clore un échange de courriels et de transmissions de certains compléments, l'OCIRT a écrit au conseil de l'entreprise. Il lui manquait encore :
- la liste des absences de tous les employés pour cause de maladie pour 2011 et 2012, dès le premier jour d'absence ;
 - la copie de la décision finale de la SUVA concernant un employé victime d'un accident, qui avait dû être transmise à l'employeur ;
 - une explication chiffrée et détaillée concernant le paiement du salaire dû à deux employés frappés d'incapacité de travail pour cause de maladie ou d'accident en 2011 et 2012.
- Un délai au 20 septembre 2013 était accordé à l'entreprise pour communiquer l'entier de ces documents, faute de quoi elle serait exclue des marchés publics.

- 18) Le 1^{er} octobre 2013, l'OCIRT a adressé à l'entreprise, en son domicile élu, un quatrième avertissement. Il n'avait pas reçu les informations et documents requis. Il lui accordait un délai au 10 octobre 2013 pour s'exécuter, sous peine du prononcé de la sanction annoncée.
- 19) Par courriel du 3 octobre 2013, le conseil de l'entreprise a proposé une entrevue et a demandé une copie de l'intégralité des documents auxquels l'OCIRT s'était référé dans son courrier du 1^{er} octobre 2013, correspondant à l'intégralité de l'échange de correspondances entre les parties après le 6 août 2012.
- 20) Par courrier du 4 octobre 2013, l'OCIRT a maintenu son délai au 10 octobre 2013.
- 21) Il s'en est suivi un échange de courriels, l'avocat de l'entreprise considérant que le courriel du 4 octobre 2013 valait décision et demandant la communication des voies de droit pour qu'il puisse recourir à son encontre, tandis que l'OCIRT lui signifiait que la procédure suivrait son cours.
- 22) Par décision du 24 octobre 2013, l'OCIRT a notifié à l'entreprise un refus de lui délivrer les attestations lui permettant de soumissionner dans des marchés publics, dit refus valant pour une durée de deux ans. Les procédures de contrôle et de mise en conformité au droit public étaient réservées.

Lors du contrôle du 6 août 2012, il avait constaté l'absence de tenue d'un registre des heures, conformément à l'art. 46 de la loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce du 13 mars 1964 (LTr - RS 822.11), le non-paiement des majorations prévues à l'art. 6 UTrans pour des heures supplémentaires effectuées durant les années 2011 et 2012, le non-paiement de l'indemnité maladie prévue à l'art. 10 UTrans, l'entreprise n'indemnisant son personnel qu'à partir du troisième jour de maladie. En outre, il avait demandé des explications complémentaires concernant des situations d'employés dont les fiches de salaire n'étaient pas compréhensibles.

Si l'entreprise avait démontré par son courrier du 14 novembre 2012 qu'elle s'était mise en conformité aux usages pour ce qui concernait le respect de la LTr et qu'elle avait fourni, le 29 août 2013, le document adéquat demandé pour la quittance des heures supplémentaires, elle restait, à la date de la décision, malgré les délais qui lui avaient été accordés, devoir fournir la liste des absences de tous les employés pour cause de maladie pour 2011 et 2012, dès le premier jour d'absence, la transmission d'une décision finale de la SUVA concernant une réduction de 100 % à 50 % de l'indemnité journalière payée à un employé (Monsieur Y_____) en raison d'une faute imputable à celui-ci, ainsi que des explications écrites détaillées et chiffrées permettant de déterminer de quelle façon avait été traitée, sous l'angle de leur rémunération, la situation de deux employés frappés d'incapacité de travail en 2011 et 2012 (Messieurs Z_____ et A_____).

La décision pouvait faire l'objet d'un recours auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) dans les trente jours suivant sa notification. Le recours n'avait pas d'effet suspensif.

- 23) Par acte du 25 novembre 2013, l'entreprise a recouru auprès de la chambre administrative contre la décision précitée, concluant à son annulation. Elle contestait toute violation des art. 45 de la loi sur l'inspection et les relations du travail du 12 mars 2004 (LIRT - J 1 05) et de son obligation de collaborer au sens de l'art. 24 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10). Son droit d'être entendu n'avait pas été respecté car l'OCIRT avait rendu sa décision sans attendre sa détermination à la suite de ces avertissements.

Préalablement, elle concluait, sur mesures provisionnelles, à ce que l'OCIRT lui délivre, tout au moins à titre provisoire, des attestations lui permettant de soumissionner dans des marchés publics et de constater que le recours entraînait l'effet suspensif de la décision attaquée. Cette dernière avait été prise en violation de son droit d'être entendu, sans aucun motif juridique et de manière disproportionnée. Elle lui causait un grave préjudice, si bien que son intérêt au report de l'exécution de cette décision était supérieur à son exécution immédiate. Ces mesures provisionnelles devaient être ordonnées à défaut d'une restitution de l'effet suspensif, qui empêcherait cette décision de déployer ses effets.

- 24) Le 12 décembre 2013, l'OCIRT a conclu au rejet de la demande de restitution de l'effet suspensif ainsi que de la demande de mesures provisionnelles. L'effet suspensif ne pouvait être accordé à une décision négative. Aucune mesure provisionnelle ne pouvait être accordée, dans la mesure où une telle décision reviendrait à anticiper le jugement définitif ou à rendre d'emblée illusoire la procédure au fond.
- 25) Sur ce, la cause a été gardée à juger sur effet suspensif et mesures provisionnelles.

Considérant, en en droit, que :

- 1) La compétence pour ordonner, d'office ou sur requête, des mesures provisionnelles en lien avec un recours appartient au président de la chambre administrative (art. 21 al. 1 et 66 al. 2 LPA ; art. 7 ch. 1 du règlement interne de la chambre administrative du 21 décembre 2010).
- 2) Sauf disposition légale contraire ou décision de retrait prise par l'autorité compétente, le recours a effet suspensif (art. 66 al. 1 LPA). Lorsqu'une décision est exécutoire nonobstant recours, la juridiction de recours peut, sur la demande de la partie dont les intérêts sont gravement menacés, lorsqu'aucun intérêt public ou privé prépondérant ne s'y oppose, restituer l'effet suspensif même si le caractère exécutoire nonobstant recours est prévu par la loi (art. 66 al. 2 LPA).

3) Selon la jurisprudence et la doctrine, la question de la restitution de l'effet suspensif ne se pose pas lorsque le recours est dirigé contre une décision purement 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 ne bénéficiait pas (ATF 127 II 132 ; 126 V 407 ; 116 Ib 344 ; ATA/15/2013 du 8 janvier 2013 ; ATA/84/2009 du 9 avril 2009 ; P. WEISSENBERG / A. HIRZEL, *Der suspensiveeffekt und andere vorsorgliche Massnahme*, p. 166 in I. HAENER / B. WALDMANN, *Brennpunkte im Verwaltungsprozess*, Fribourg 2013 ; U. HÄFELIN / G. MÜLLER / F. UHLMANN, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 6^{ème} éd., 2010, n. 1800 ; P. MOOR / E. POLTIER, *Droit administratif*, vol. 2, 3^{ème} éd., 2010, p. 814 n. 5, 8. 3. 3).

4) a. Pour le personnel appelé à travailler sur le territoire genevois, les soumissionnaires participant à des marchés publics doivent respecter les dispositions relatives à la protection sociale des travailleurs et aux conditions de travail applicables à Genève dans leur secteur d'activité (art. 20 al. 1 du règlement sur la passation des marchés publics du 17 décembre 2007 - RMP - L 6 05.01).

A teneur des art. 26 al. 1 LIRT et 20 al. 2 RMP, l'OCIRT est compétent pour contrôler le respect des usages au sein des entreprises concernées.

b. Selon l'art. 25 al. 1 LIRT, toute entreprise soumise au respect des usages, en vertu d'une disposition légale, réglementaire ou conventionnelle, doit en principe signer auprès de cette autorité un engagement de respecter les usages. l'OCIRT lui délivre alors l'attestation correspondante, qu'elle doit produire à titre de critère d'aptitude dans le cadre de son dossier de soumission (art. 32 al. 1 let. b ch. 2 et al. 2 RMP).

c. Pour être valable, l'attestation ne doit pas être antérieure de plus de trois mois à la date fixée pour sa production, sauf dans les cas où elle a, de par son contenu, une durée de validité supérieure (art. 32 al. 3 RMP).

5) En vertu de l'art. 26 al. 2 LIRT, en cas d'infraction aux usages, les entreprises concernées font l'objet des sanctions prévues à l'art. 45 LIRT.

6) Depuis le 16 novembre 2013, à la suite de l'adoption, le 20 septembre 2013, du projet de loi modifiant la loi sur l'inspection et les relations du travail (PL 11172), la teneur de l'art. 45 LIRT a été modifiée. En cas de non-respect des usages par une entreprise assujettie, l'OCIRT est en droit de prendre les mesures et sanctions suivantes :

- une décision de refus de délivrance de l'attestation pour une durée de trois mois à cinq ans. Une telle décision est immédiatement exécutoire (art. 45 al. 1 let. a LIRT).
- une amende administrative de CHF 60'000.- au plus (art. 45 al. 1 let. b LIRT)
- l'exclusion de tous marchés publics pour une période de cinq ans au plus (art. 45 al. 1 let. c LIRT)

Selon l'ancien texte (ci-après : art. 45 aLIRT) :

« 1. Lorsqu'une entreprise visée par l'art. 25 de la présente loi ne respecte pas les usages, l'office rend une décision de refus de délivrance de l'attestation prévue par ledit article. Il en va de même lorsque l'entreprise conteste les usages que l'office entend lui appliquer.

2. De plus, selon la fréquence et la gravité de la violation des usages, l'office peut refuser la délivrance de toute nouvelle attestation pour une durée de trois mois à cinq ans. »

- 7) La décision attaquée ayant été prise le 24 octobre 2013, elle est, *prima facie*, soumise à l'art. 45 al. 1 let. a aLIRT et n'est pas *ex lege* exécutoire nonobstant recours, comme le prévoit la nouvelle disposition légale. Il y a cependant lieu de s'arrêter sur la nature d'une telle décision afin de déterminer si un recours interjeté contre celle-ci l'empêche de déployer ses effets en vertu de l'art. 66 al. 1 LPA.

Selon le droit des marchés publics, la délivrance à l'entreprise d'une attestation de respect des usages n'a pas un caractère permanent. Une telle attestation ne déploie ses effets, en vertu de l'art. 32 al. 3 RMP, que pour une durée limitée de de trois mois. Cela signifie que, passé ce délai, toute entreprise qui désire soumissionner dans un marché public, doit demander la délivrance d'une nouvelle attestation, ce qui nécessitera un nouvel examen complet de sa situation. *Prima facie*, le refus de l'OCIRT de délivrer une telle attestation dès lors que cette autorité constate qu'une entreprise ne respecte pas les usages constitue une décision à caractère négatif destinée, de par sa nature, à déployer un effet immédiat. Dans un tel cas, ainsi que la chambre de céans l'a déjà décidé dans le domaine des relations du travail, l'effet suspensif ne peut être restitué (ATA/10/2007 du 12 janvier 2007 ; ATA/310/2012 du 22 novembre 2012).

- 8) A teneur de l'art. 21 LPA, l'autorité administrative peut ordonner, d'office ou sur requête, des mesures provisionnelles lorsqu'il est nécessaire de régler provisoirement la situation en cause jusqu'au prononcé de la décision finale.
- 9) Selon la jurisprudence constante, les mesures provisionnelles ne sont légitimes que si elles s'avèrent indispensables au maintien d'un état de fait ou à la sauvegarde d'intérêts compromis (ATF 119 V 503 consid. 3 ; ATA/744/2013 du

7 novembre 2013 ; ATA/248/2011 du 13 avril 2011 consid. 4 ; ATA/197/2011 du 28 mars 2011 ; ATA/248/2009 du 19 mai 2009 consid. 3 ; ATA/213/2009 du 29 avril 2009 consid. 2). 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 (T. TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2011, p. 290 n. 846 et les arrêts cités). 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 (I. HAENER, Vorsorgliche Massnahmen in Verwaltungs-verfahren und Verwaltungsprozess, RDS 1997 II 253-420, 265).

- 10) En l'espèce, la recourante sollicite que, par le biais de mesures provisionnelles, il soit ordonné à l'OCIRT de lui délivrer l'attestation que celui-ci lui refuse sans attendre l'issue de la procédure de recours. Lui accorder ce droit reviendrait à obtenir de la chambre administrative qu'elle lui accorde ce qui fait l'objet du fond du contentieux judiciaire. Or, c'est exactement le type de mesures provisionnelles proscrites par la jurisprudence et la doctrine précitées. Sous l'angle des conditions de l'art. 21 LPA, la requête formée par la recourante ne peut qu'être refusée.

LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

rejette la demande en mesures provisionnelles du 25 novembre 2013 formée par X_____ S.A. dans le cadre du recours interjeté contre la décision de l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail du 24 octobre 2013 ;

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,

communiquent la présente décision, en copie, à Me Andrea Rusca, avocat de la recourante, ainsi qu'à l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail.

Le président :

Ph. Thélin

Copie conforme de cette décision a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :