

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2153/2016-EXPLOI

ATA/658/2016

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Décision du 28 juillet 2016

sur effet suspensif

dans la cause

A_____ SA

représentée par Me Philippe Gorla, avocat

contre

OFFICE CANTONAL DE L'INSPECTION ET DES RELATIONS DU TRAVAIL

Attendu, en fait, que :

1. A_____ SA (ci-après : A_____ ou la société) est une société anonyme sise à E_____ (GE), dont le but est la fabrication, la distribution et la vente de produit à base de soja.

Elle occupe à son service des employés.

2. Par convention signée le 22 mars 2013, A_____ s'est vu accorder par la Fondation d'aide aux entreprises (ci-après : FAE) une limite de crédit leasing d'un montant maximal de CHF 400'000.-.

L'une des obligations de la société était la remise à la FAE de l'attestation d'adhésion à la convention collective de travail (CCT) de la branche d'activité concernée ou, à défaut, l'engagement à respecter le droit du travail et les exigences sociales.

3. Par courrier du 26 janvier 2015 complétant sa demande de soutien auprès de la FAE, A_____ a transmis à cette dernière une attestation de l'office cantonal de l'inspection et des relations de travail (ci-après : OCIRT), d'une validité limitée à trois mois, certifiant qu'elle s'était engagée, par signature du 7 août 2014, à respecter pour le personnel appelé à travailler sur le territoire genevois les conditions minimales de travail et de prestations sociales en usage à Genève dans son secteur d'activité. Dans sa lettre et en tant que de besoin, la société renouvelait les engagements pris en la matière.

4. Le 8 décembre 2015, A_____ a déposé le formulaire « engagement à respecter les usages » selon l'art. 25 de la loi sur l'inspection et les relations du travail du 12 mars 2004 (LIRT - J 1 05). Cette demande a été enregistrée le 10 décembre 2015 par l'OCIRT.

Selon le formulaire, A_____ déclarait avoir pris connaissance des conditions générales figurant au verso de l'engagement, dont l'art. 6, intitulé « sanctions », stipulait qu'en cas d'infraction aux usages, l'office était compétent pour infliger les sanctions prévues à l'art. 45 LIRT, celles-ci étant assorties d'un émolument.

5. Par lettre du 18 février 2016, la fondation de prévoyance LPP pour le personnel de A_____, constatant que le montant encore dû et réclamé ne lui avait pas encore été versé, a prié celle-ci de verser le montant de CHF 66'862.75 au plus tard jusqu'au 9 mars 2016, au moyen d'un bulletin de versement joint, à défaut de quoi elle se verrait dans l'obligation d'intenter immédiatement des poursuites à son encontre.

6. Par courrier du 18 mars 2016 qui faisait suite à un contrôle spontané du 8 décembre 2016 et à des échanges de courriels dont le premier datait du 8 décembre

2015, l'OCIRT a rappelé à A_____ être dans l'attente d'une attestation récente de la prévoyance professionnelle (LPP) mentionnant qu'elle était à jour avec le paiement de ses cotisations, avec délai pour répondre au 1^{er} avril 2016. Faute de réception des documents demandés dans le délai indiqué, l'office se verrait dans l'obligation de considérer que la société ne respectait pas les usages professionnels et conformément à l'art. 45 LIRT, de prononcer une décision de refus de délivrance de l'attestation pour une durée de trois mois à cinq ans, et d'en informer le maître d'ouvrage concerné.

7. Par lettre du 2 mai 2016, rappelant à A_____ qu'elle restait dans l'attente de l'attestation demandée le 18 mars 2016, l'OCIRT lui a communiqué « un avertissement – droit d'être entendu » à cette fin. Si la société ne donnait pas entièrement suite à sa demande d'ici au 17 mai 2016, l'office rendrait à son encontre la sanction prévue à l'art. 45 LIRT, laquelle entraînait l'exclusion des procédures d'octroi de marchés publics. Dans le même délai, A_____ pouvait faire valoir, par écrit, ses observations.

8. Par décision du 24 mai 2016, notifiée le 26 mai 2016, l'OCIRT a, en application de l'art. 45 LIRT, refusé de délivrer à A_____ les attestations lui permettant de soumissionner des marchés publics, fixé à deux ans la durée de refus de délivrance de toute attestation permettant de soumissionner des marchés publics et exclu l'entreprise de tout marché public pour une période de deux ans ou plus, et, en application de l'art. 66 a du règlement d'application de la loi sur l'inspection et les relations du travail du 23 février 2005 (RIRT - J 1 05.01), fixé un émolument de CHF 100.-, enfin réservé les procédures de contrôle et de mise en conformité au droit public.

En référence à l'art. 45 al. 1 let. a LIRT, le recours n'avait pas d'effet suspensif.

En application de l'art. 45 al. 3 LIRT, le refus de délivrer à la société les attestations permettant de soumissionner des marchés publics serait porté à la connaissance du public.

En cas de demande formelle de reconsidération, cette sanction pourrait être réduite, voire levée, si l'entreprise acceptait de se soumettre au contrôle de l'OCIRT et était en mesure de prouver que les usages qui lui étaient applicables avaient été respectés pour toute la période correspondant aux créances non prescrites au sens de l'art. 128 de la loi fédérale complétant le Code civil suisse du 30 mars 1911 (Livre cinquième : Droit des obligations (CO - RS 220)).

9. Par acte expédié le 27 juin 2016 au greffe de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative), A_____ a formé recours contre cette décision. Elle a conclu, sur mesures provisionnelles, à ce que la chambre administrative restitue l'effet suspensif s'agissant de son inscription sur la liste tenue

en vertu de l'art. 45 al. 3 LIRT et ordonne à l'OCIRT de la retirer de la liste précitée jusqu'à droit connu sur le fond du recours. Elle a, au fond, conclu préalablement à ce que ladite chambre lui réserve la possibilité de compléter éventuellement son acte de recours et de produire des pièces supplémentaires, principalement annule la décision de l'OCIRT du 24 mai 2016 en tant qu'elle ordonnait l'inscription de A_____ de la liste tenue en vertu de l'art. 45 al. 3 LIRT, qu'elle refusait la délivrance d'une attestation durant deux ans et qu'elle prononçait son exclusion de tous les marchés publics durant deux ans. Une indemnité pour les frais occasionnés par le recours devait lui être octroyée.

Elle avait été inscrite sur la « liste des entreprises en infraction aux usages, entreprises faisant l'objet d'une décision exécutoire en vigueur fondée sur les articles 45 LIRT, 9 [de la loi fédérale sur les conditions minimales de travail et de salaire applicables aux travailleurs détachés en Suisse et sur les mesures d'accompagnement du 8 octobre 1999 (LDét - RS 823.20)] ou 13 [de la loi fédérale concernant des mesures en matière de lutte contre le travail au noir du 17 juin 2005 (LTN - RS 822.41)] », établie par l'OCIRT (dernière mise à jour : lundi 20 juin 2016).

À la suite de cette publication, la B_____ des C_____ (ci-après : C_____) et du D_____ (ci-après : D_____) (ci-après : B_____ VD-GE) lui avait adressé un courrier du 8 juin 2016 lui indiquant qu'en tant qu'établissement public, elle était dans l'obligation de stopper la collaboration avec la société, ce durant la période imposée par l'OCIRT, étant précisé que les commandes engagées étaient maintenues et honorées.

C'était en raison de difficultés de trésorerie, découlant notamment des délais nécessaires au référencement des produits et la mise en rayons – de deux à trois ans – que la recourante n'avait pas été en mesure de s'acquitter de l'arriéré de paiement de CHF 66'862.75 des cotisations LPP pour l'année 2015, de sorte qu'elle n'avait pas pu fournir l'attestation LPP requise par l'OCIRT.

Elle n'était pas active sur les marchés publics et ne l'avait jamais été ; elle n'avait jamais participé à une quelconque procédure d'adjudication publique ni n'avait envoyé de soumission à cette fin, tant en Suisse qu'à l'étranger, ni n'en avait l'intention.

Si d'autres entreprises avaient connaissance que la recourante figurait dans la liste de l'OCIRT, elles risquaient d'agir comme la B_____ VD-GE et de rompre toute relation commerciale, alors même qu'elle n'était pas active sur les marchés publics ; en outre, des négociations, à bout touchant, avec de grandes enseignes de la distribution, dans le cadre du référencement des produits de la société, étaient menacées d'être abandonnées. À brève échéance, l'inscription de A_____ sur la liste de l'OCIRT mettait en péril son existence même et, par corollaire, les emplois qu'elle générait.

10. Dans ces observations du 6 juillet sur effet suspensif, l'OCIRT a conclu au rejet de la demande de restitution de l'effet suspensif formulée par A_____.

Le fait que la recourante reconnaissait avoir un arriéré relatif aux cotisations LPP de l'année 2015, admettant ainsi le motif ayant amené l'office à ordonner les mesures visées à l'art. 45 LIRT, justifiait d'autant plus le rejet de sa demande.

L'entreprise était par ailleurs belle et bien active sur les marchés publics puisque, comme elle l'indiquait elle-même dans son écriture de recours, elle fournissait des prestations aux C_____ et au D_____ par le biais de la B_____ VD-GE.

11. Le 19 juillet 2016, A_____ a spontanément répliqué, précisant notamment que les commandes ponctuelles, de semaine en semaine, de la B_____ VD-GE, pour différents établissements hospitaliers, ne permettaient pas de conclure à une activité soumise à la législation sur les marchés publics.

12. Par lettre du 21 juillet 2016, la chambre administrative a informé les parties de ce que la cause était gardée à juger sur effet suspensif.

Considérant, en droit, que :

1. a. Aux termes de l'art. 66 LPA, 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 (al. 1) ; toutefois, lorsque 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 (al. 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/257/2014 du 14 avril 2014 ; ATA/28/2014 du 15 janvier 2014 ; ATA/15/2013 du 8 janvier 2013 ; ATA/84/2009 du 9 avril 2009 ; Philippe WEISSENBERG/Astrid HIRZEL, Der suspensiveffekt und andere vorsorgliche Massnahme, in Irène HAENER/Bernhard WALDMANN, Brennpunkte im Verwaltungsprozess, Fribourg 2013, p. 166 ; Ulrich HÄFELIN/Georg MÜLLER/Felix UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2016 n. 1166 ; Pierre MOOR/Etienne POLTIER, Droit administratif, vol. 2, 3^{ème} éd., 2011, p. 814 n. 5.8.3.3).

b. À teneur de l'art. 21 LPA, l'autorité peut d'office ou sur requête ordonner des mesures provisionnelles en exigeant au besoin des sûretés (al. 1) ; ces mesures sont ordonnées par le président s'il s'agit d'une autorité collégiale ou d'une juridiction administrative (al. 2).

Selon la jurisprudence constante, 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/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). 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).

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

En vertu de l'art. 32 al. 1 let. b RMP, ne sont prises en considération que les offres accompagnées, pour le soumissionnaire et ses sous-traitants, des documents suivants : attestation certifiant pour le personnel appelé à travailler sur territoire genevois : 1° soit que le soumissionnaire est lié par la convention collective de travail de sa branche, applicable à Genève, 2° soit qu'il a signé, auprès de l'office cantonal, un engagement à respecter les usages de sa profession en vigueur à Genève, notamment en ce qui concerne la couverture du personnel en matière de retraite, de perte de gain en cas de maladie, d'assurance-accident et d'allocations familiales. L'al. 3 de cette disposition réglementaire précise que 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.

b. À 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.

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 l'office un engagement de respecter les usages ; l'office délivre à l'entreprise l'attestation correspondante, d'une durée limitée.

En vertu de l'art. 26A LIRT, les entreprises en infraction aux usages font l'objet des sanctions prévues à l'art. 45 LIRT (al. 1) ; l'art. 45 al. 1 let. a LIRT est applicable lorsqu'une entreprise conteste les usages que l'office entend lui appliquer (al. 2).

Conformément à l'art. 45 LIRT, dans sa version en vigueur 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), lorsqu'une entreprise visée par l'art. 25 LIRT ne respecte pas les conditions minimales de travail et de prestations sociales en usage, l'office peut prononcer : a) une décision de refus de délivrance de l'attestation visée à l'art. 25 LIRT pour une durée de trois mois à cinq ans ; la décision est immédiatement exécutoire ; b) une amende administrative de CHF 60'000.- au plus ; c) l'exclusion de tous marchés publics pour une période de cinq ans au plus (al. 1) ; les mesures et sanctions visées à l'al. 1 sont infligées en tenant compte de la gravité et de la fréquence de l'infraction ainsi que des circonstances dans lesquelles elle a été commise ; elles peuvent être cumulées (al. 2) ; l'office établit et met à jour une liste des entreprises faisant l'objet d'une décision exécutoire ; cette liste est accessible au public (al. 3).

c. Par disposition conventionnelle au sens de l'art. 25 al. 1 LIRT, on entend notamment certains contrats de prestation régie par la loi sur les indemnités et les aides financières (LIAF - D 1 11 ; Message du Conseil d'État à l'appui du projet de loi modifiant la LIRT du 15 mai 2013, ad art. 25 LIRT, p. 16).

Conformément à l'art. 3 de la loi sur l'aide aux entreprises du 1^{er} décembre 2005 (LAE - I 1 37), applicable à la recourante vu la convention du 22 mars 2013, comme condition générale pour bénéficier des aides au sens de ladite future loi, l'entreprise respecte les conventions collectives ou l'usage local en matière de conditions de travail.

d. La volonté du législateur, lorsqu'il a prévu que le refus de l'OCIRT de délivrer l'attestation visée par l'art. 25 LIRT pendant une période déterminée à une entreprise contrevenant aux usages professionnels en matière de relations du travail en vigueur à Genève était exécutoire nonobstant recours, fait partie des adaptations de la LIRT destinées à optimiser le dispositif existant afin de lutter efficacement contre les entreprises contrevenants aux conditions de travail en usage (Message du Conseil d'État précité, ad art. 45 LIRT, p. 20).

Le rôle de la chambre administrative en matière de relations du travail se limite à contrôler la conformité au droit des décisions prises par l'OCIRT mais non à se substituer à celui-ci dans l'appréciation qu'il fait de l'évolution de la situation (ATA/608/2015 du 15 juin 2015 ; ATA/257/2014 précité).

À teneur de la loi, seule la décision de refus de délivrance future de l'attestation visée à l'art. 25 LIRT selon l'art. 45 al. 1 let. a LIRT est exécutoire

nonobstant recours, tandis que la décision d'exclusion de tout marché public pour une certaine période au sens de l'art. 45 al. 1 let. c LIRT reste soumise au régime ordinaire de l'art. 66 al. 1 LPA, à savoir que, sauf décision spécifique de retrait prise par l'autorité ou le juge, elle est soumise à la règle générale qui voit ses effets suspendus en cas de recours. Il y a dès lors lieu de traiter distinctement et successivement la situation de chacune de ces mesures (ATA/439/2016 du 26 mai 2016 consid. 11).

e. L'al. 3 de l'art. 45 LIRT prévoit l'établissement d'une liste des entreprises en infraction aux usages qui est régulièrement mise à jour par l'OCIRT. Cette liste contient les noms d'entreprises qui ont fait l'objet d'une sanction devenue exécutoire. La 2^{ème} phr. de alinéa habilite l'office à rendre cette liste accessible au public. À l'instar de la LDét et de la LTN, l'efficacité de la mesure est liée à la connaissance qu'en ont les cocontractants des entreprises ou les autorités concernées. C'est en effet par le biais de cette information que ces dernières sont rendues attentives au fait que les entreprises ne réalisent plus les conditions d'octroi de marchés publics, respectivement des avantages qui leur ont été accordés. Grâce à cette information, les cocontractants de ces entreprises ou les entités publiques concernées peuvent entreprendre les démarches prescrites par leur propre cadre légal. La publication de la liste est une mesure nécessaire pour atteindre l'intérêt public visé par la réglementation (Message du Conseil d'État précité ad art. 45 LIRT, p. 20 s.).

3. En l'espèce, de par la convention qu'elle a signée avec la FAE et l'art. 3 let. d LAE, la recourante est soumise au respect des usages selon l'art. 25 al. 1 LIRT ainsi qu'au contrôle de l'OCIRT. En outre, la recourante ne conteste pas que l'intimé ne pouvait pas délivrer l'attestation au sens de l'art. 25 LIRT, en raison de son arriéré dans le paiement des cotisations LPP pour l'année 2015, le paiement des cotisations sociales LPP, disposition impérative applicable à l'entreprise en vertu du droit fédéral, faisant ainsi partie des usages à respecter.

La recourante n'a pas sollicité la restitution de l'effet suspensif contre le refus de délivrance de l'attestation selon l'art. 45 al. 1 let. a LIRT, ni contre l'exclusion de tout marché public pour une certaine période au sens de l'art. 45 al. 1 let. c LIRT. Elle n'a conclu à la restitution de l'effet suspensif qu'afin qu'elle soit retirée de la liste prévue par l'art. 45 al. 3 LIRT.

Or, il découle des considérants juridiques qui précèdent que 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. Ainsi, dans la mesure où la société n'a pas contesté les mesures prises par l'intimé en vertu de l'art. 45 al. 1 let. a et c LIRT, elle ne paraît *prima facie* pas fondée à solliciter le retrait, même à titre provisoire, de son inscription sur la liste prévue par l'art. 45 al. 3 LIRT.

En tout état de cause, une restitution de l'effet suspensif concernant la mesure prévue par l'art. 45 al. 1 let. a LIRT aurait revêtu à titre provisoire ce que la société aurait le cas échéant sur le fond, avant même d'avoir instruit de manière complète la procédure, un tel procédé étant proscrit par la jurisprudence (ATA/439/2016 précité consid. 11). Dans le cas présent, la recourante ne conteste pas être en infraction aux usages au sens de la LIRT, en raison du non-paiement des cotisations LPP pour l'année 2015, en violation des dispositions de la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité du 25 juin 1982 (LPP - RS 831.40). En outre, on ne voit *prima facie* pas en quoi la décision attaquée pourrait être arbitraire, la recourante ne le prétendant du reste pas. Enfin, le grief de non-conformité de l'art. 45 al. 3 LIRT au droit fédéral et au droit cantonal supérieur ne peut être examiné qu'au fond.

Dès lors malgré l'effet suspensif concernant la mesure de l'art. 45 al. 1 let. c LIRT, l'effet suspensif ne pouvant pas être restitué pour ce qui est de la lettre a, il ne peut pas être, sur mesures provisionnelles, donné droit 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.

4. Vu ce qui précède, la restitution de l'effet suspensif et/ou des mesures provisionnelles au recours ne peuvent qu'être refusées, le sort des frais de la procédure étant réservé jusqu'à droit jugé au fond.

LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

refuse de restituer l'effet suspensif au recours de A_____ SA et/ou d'ordonner des 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 joints à l'envoi ;

communique la présente décision, en copie, à Me Philippe Gorla, 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 :