

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/154/2024-EXPLOI

ATA/1086/2024

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 6 septembre 2024

1^{ère} section

dans la cause

A _____

représentée par Me Romanos SKANDAMIS, avocat

recourante

contre

**OFFICE CANTONAL DE L'INSPECTION ET DES RELATIONS DU
TRAVAIL**

intimé

EN FAIT

- A.** A_____ (ci-après : A_____), inscrite depuis le 16 mai 2019 au registre du commerce et ayant son siège à B_____, a pour but toutes activités, tous conseils et tous services dans les domaines du courtage en assurance et du courtage immobilier, notamment.
- B. a.** En juin 2023, l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail (ci-après : OCIRT) a ouvert une procédure de contrôle du respect du salaire minimum cantonal auprès d'A_____ pour la période de novembre 2020 à mai 2023.

b. Le 26 septembre 2023, par un courrier intitulé « avertissement et droit d'être entendu avant le prononcé d'une sanction administrative », l'OCIRT a enjoint à A_____ de transmettre, dans un délai fixé au 6 octobre 2023, une nouvelle liste du personnel actif pour la période visée, de préciser la date de début des rapports de travail en incluant les semaines de formation, d'indiquer les renseignements et/ou documents déjà transmis qui ne seraient pas conformes à la vérité, de rectifier ceux-ci et de les transmettre, de transmettre tout élément de preuve quant à la durée du travail tels que les agendas des rendez-vous des conseillers et les relevés de leurs connexions à la centrale téléphonique.

Les documents reçus jusque-là, et les renseignements transmis les 30 juin, 16 août et 4 septembre 2023, étaient pour certains, de nature à induire en erreur l'autorité, voire, s'agissant notamment de contrats de travail dont la teneur paraissait avoir été modifiée, susceptibles d'être constitutifs d'infractions pénales.

Des infractions au salaire minimum étaient constatées après examen des documents et informations déjà transmis, pour autant que ceux-ci reflètent la réalité. Les cas de sous-enchère étaient détaillés.

Une fois que les renseignements seraient complets, un courrier de mise en conformité avec le montant final de la sous-enchère salariale serait adressé à l'entreprise et il lui serait enjoint de corriger les salaires des employés concernés avec effet rétroactif au mois de novembre 2020.

Bien que la sous-enchère déjà constatée pour certains travailleurs ait été rattrapée après l'ouverture de la procédure de contrôle, l'entreprise n'avait pas respecté le versement de la rémunération conforme au salaire horaire minimum sur une base mensuelle concernant les sept employés nommés. Pour les travailleurs rémunérés de façon variable, il fallait modifier par avenants les contrats de travail afin de garantir le paiement du salaire minimum mensuellement et annuellement et transmettre copie desdits avenants dans le délai fixé.

D'éventuelles observations devaient être transmises dans le même délai.

À défaut de procéder dans le délai imparti à ces mesures de collaboration requises par la loi ainsi que de régularisation, une amende administrative de CHF 30'000.-

au plus, montant pouvant être doublé en cas de récidive, pourrait être prononcée. De plus, dans ce cas, l'entreprise figurerait sur une liste accessible au public des employeurs faisant l'objet d'une décision exécutoire.

c. Le 7 décembre 2023, A_____ a requis de l'OCIRT, dans le délai que celui-ci avait accepté de prolonger, une décision préjudicielle de droit matériel, subsidiairement une décision en constat portant sur l'inapplicabilité du salaire minimum aux salaires à la commission et sur son droit de ne pas s'auto-incriminer.

Le contrôle devait être restreint au salaire des employés qui ne percevaient pas exclusivement un salaire à la commission, selon une liste jointe de treize noms.

Le contrôle portait également sur d'éventuelles infractions pénales, de telle sorte que les garanties procédurales accordées par l'art. 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (CEDH - RS 0.101) trouvaient application : elle avait ainsi, de même que ses employés et administrateurs, le droit de ne pas collaborer au contrôle, ce qui devait être constaté.

d. Le 21 décembre 2023, l'OCIRT a fixé un nouveau délai au 22 janvier 2024 à A_____ pour transmettre l'ensemble des documents et renseignements cités dans son courrier du 26 septembre 2023. Il maintenait dans son intégralité la position exposée dans ce courrier d'avertissement.

- C. a.** Par acte mis à la poste le 12 janvier 2024, A_____ a formé un recours avec requête de mesures superprovisionnelles contre le courrier de l'OCIRT du 21 décembre 2023. Elle concluait principalement à l'annulation de la « décision » du 21 décembre 2023 et à ce qu'il soit constaté : que ses employés rémunérés sur commissions, n'étaient pas soumis au contrôle sur le salaire minimum actuellement mené par l'OCIRT ; que le contrôle était limité aux treize employés non exclusivement rémunérés à la commission ; qu'elle était dispensée de produire les documents demandés et qu'il lui était donné acte qu'elle n'encourait pas de sanctions si elle ne collaborait pas dans le cadre de la procédure de contrôle. À titre superprovisionnel, il convenait de prononcer l'effet suspensif au recours en lien avec le délai imparti échéant le 22 janvier 2024.

La majorité des employés d'A_____ étaient rémunérés selon un système basé sur des commissions. De ce fait, leur rémunération devait être considérée comme tombant dans les exceptions prévues par l'art. 39J de la loi sur l'inspection et les relations du travail du 12 mars 2004 (LIRT - J 1 05).

Le contrôle de l'OCIRT portait également sur l'éventuelle commission d'infractions pénales, selon les termes de leur avertissement. Cette formulation donnait naissance aux droits découlant de l'art. 6 CEDH et en particulier au droit de se taire et à celui de ne pas contribuer à sa propre incrimination.

Son droit d'être entendue avait été violé, la décision attaquée rejetant la totalité des requêtes qu'elle avait formulées, sans motivation.

Le fait de garder le silence sur une demande qui exigeait une décision constituait un refus de statuer. Elle avait demandé une décision préjudicielle de droit matériel, subsidiairement de constat. Ses prétentions étaient en lien avec la conduite de la procédure de contrôle en cours et étaient dûment motivées. En ne se prononçant pas sur ces demandes, l'OCIRT avait commis un déni de justice formel à son encontre et il y avait lieu de lui enjoindre de rendre une décision susceptible de recours.

Il fallait prononcer l'effet suspensif et annuler le délai au 22 janvier 2024 pour produire les documents et renseignements mentionnés dans le courrier du 26 septembre 2023.

b. Le 26 janvier 2024, l'OCIRT a conclu au rejet du recours et de la demande d'effet suspensif.

Sa mission était de contrôler le respect par les employeurs des dispositions sur le salaire minimum. La requête de production de documents n'était qu'une étape lui permettant de rendre par la suite une décision. En qualité d'employeur, A_____ avait l'obligation de participer à l'administration des preuves. Les documents demandés étaient nécessaires et le courrier du 21 décembre 2023 ne constituait pas une décision susceptible de recours. À défaut de décision, les mesures provisionnelles et l'effet suspensif ne pouvaient être accordés.

c. Le 7 février 2024, A_____ a répliqué sur effet suspensif.

Le courrier du 21 décembre 2023 devait être qualifié de décision incidente dans la mesure où il représentait une étape vers la décision finale.

Vu le recours, l'effet exécutoire de la décision était suspendu pendant la procédure de recours. Elle sollicitait la constatation de cet effet suspensif vu le délai fixé dans la décision. Elle avait toujours intérêt à ce constat.

d. Le 4 mars 2024, l'OCIRT a répondu sur le fond, reprenant pour l'essentiel l'argumentation déjà développée dans sa réponse sur effet suspensif.

Aucune décision incidente n'avait été rendue. L'office ne saurait au demeurant être contraint par la demande d'un administré à rendre une décision.

Ce ne serait qu'à l'occasion de la décision finale à venir qu'il se prononcerait notamment sur l'applicabilité du salaire minimum aux employés rémunérés à la commission, laquelle ne faisait cependant aucun doute.

e. Le 29 avril 2024, la recourante a répliqué sur le fond.

Dans la mesure où l'OCIRT avait déclaré maintenir dans son intégralité sa position exposée le 26 septembre 2023, sa réponse ne pouvait qu'être interprétée comme une décision négative. Même le refus de statuer de l'autorité aurait pu donner lieu au présent recours.

Elle avait déjà exposé les risques, notamment pénaux, auxquels elle s'exposerait si la décision devait être maintenue : il s'agissait là d'un préjudice irréparable.

f. Le 30 avril 2024, les parties ont été informées que la cause était gardée à juger.

EN DROIT

1. La chambre administrative examine d'office sa compétence, qui est déterminée par la loi et ne peut être créée par accord entre les parties (art. 11 al. 1 et 2 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10 ; ATA/1226/2023 du 14 novembre 2023 consid. 1.1).

1.1 Selon l'art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 (LOJ - E 2 05), et sous réserve des compétences dévolues à la chambre constitutionnelle et à la chambre des assurances sociales de la Cour de justice, la chambre administrative est l'autorité supérieure ordinaire de recours en matière administrative (al. 1). Sauf exceptions prévues par la loi, les décisions des autorités et juridictions administratives au sens des art. 4, 4A, 5, 6 al. 1 let. a et e et 57 LPA sont en principe attaquables devant elle (al. 2).

1.2 Sont susceptibles de recours (art. 57 LPA) les décisions finales (let. a) et les décisions incidentes si elles peuvent causer un préjudice irréparable ou si l'admission du recours peut conduire immédiatement à une décision finale qui permet d'éviter une procédure probatoire longue et coûteuse (let. c).

1.3 Constitue une décision finale au sens de l'art. 90 de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110) et de l'art. 57 let. a LPA celle qui met un point final à la procédure, qu'il s'agisse d'une décision sur le fond ou d'une décision qui clôt l'affaire en raison d'un motif tiré des règles de la procédure (ATA/487/2023 du 9 mai 2023 consid. 2a et les références citées). Est en revanche une décision incidente (art. 4 al. 2 LPA) celle qui est prise pendant le cours de la procédure et ne représente qu'une étape vers la décision finale (ATA/487/2023 du 9 mai 2023 consid. 2a) ; elle peut avoir pour objet une question formelle ou matérielle, jugée préalablement à la décision finale (ATF 139 V 42 consid. 2.3 ; ATA/115/2023 du 7 février 2023 consid. 1b).

1.4 L'autorité peut inviter les parties à la renseigner, notamment en produisant les pièces en leur possession ou à se prononcer sur les faits constatés ou allégués et leur fixer un délai à cet effet (art. 24 al. 1 LPA).

1.5 L'OCIRT et l'inspection paritaire des entreprises sont compétents pour contrôler le respect par les employeurs des dispositions sur le salaire minimum de la LIRT (art. 39M al. 1 LIRT). En vue de ce contrôle, tout employeur doit pouvoir fournir en tout temps à l'OCIRT ou à l'inspection paritaire un état détaillé des salaires versés à chaque travailleur et du nombre correspondant d'heures de travail effectuées (art. 39M al. 2 LIRT).

1.6 L'acte par lequel une autorité demande un renseignement ou un document en application de l'art. 24 LPA n'est pas considéré comme une décision au sens de l'art. 4 LPA car un tel acte n'affecte pas la situation juridique de l'administré (Stéphane GRODECKI/Romain JORDAN, Code annoté de procédure administrative genevoise, 2017, n. 418 ad art. 24 LPA).

1.7 En l'espèce, le courrier de l'OCIRT confirmant les demandes déjà faites antérieurement de production de documents et renseignements lui permettant de procéder au contrôle des salaires n'affecte pas la situation juridique de la recourante, et ce même si l'OCIRT demande une modification des contrats de travail dès lors qu'il ne s'agit pas là d'une injonction. L'acte ne constitue donc pas une décision et le recours déposé doit, en principe, être déclaré irrecevable.

- 2.** Cette conclusion serait identique s'il fallait retenir que le courrier contre lequel le recours a été déposé constituait une décision.

2.1 Cette décision devrait être qualifiée d'incidente, car elle ne représente qu'une étape de la procédure de contrôle (ATA/1040/2017 du 30 juin 2017 consid. 2), laquelle se termine par une décision finale, soit par une décision de sanction telle que prévue à l'art. 39N et 45 LIRT, soit par la constatation que les salaires minimaux sont respectés.

2.2 Le recours contre les décisions incidentes n'est recevable que si l'une des deux hypothèses prévues à l'art. 57 let. c LPA est remplie.

La recourante se prévaut en l'espèce d'un éventuel préjudice irréparable au sens de l'art. 57 let. c LPA, faisant valoir son droit à ne pas s'auto-incriminer et à se taire déduit de l'art. 6 § 2 CEDH.

2.2.1 La recourante oublie que ce principe ne s'applique pas à la procédure administrative (arrêt du Tribunal fédéral 2C_644/2010 du 12 mars 2011 consid. 3.1) ni en amont d'une procédure pénale (ATA/1077/2023 du 3 octobre 2023 consid. 6.1). Ainsi la jurisprudence a déjà retenu, dans le domaine de la procédure fiscale, que le principe s'appliquera à la procédure pénale fiscale, y compris la procédure en soustraction d'impôt, mais qu'il n'était pas possible d'en tirer des conclusions pour l'organisation de la procédure de rappel d'impôt, que celle-ci soit menée avant, parallèlement ou après la procédure pénale. Il n'est donc pas possible de déduire de l'interdiction de l'obligation de s'auto-incriminer un « effet préalable » sur les procédures non pénales. Il serait manifestement excessif d'étendre la protection des droits fondamentaux de l'art. 6 § CEDH à cette procédure et de permettre ainsi au contribuable de se soustraire au moins partiellement à son obligation fiscale (arrêt du Tribunal fédéral 2C_288/2018 du 1er février 2019 consid. 2.2 et 2.4 ; ATA/1064/2023 du 26 juin 2023 consid. 5.1).

2.2.2 La procédure ouverte par l'OCIRT est de nature administrative, visant au contrôle de l'application de la loi sur les salaires minimums, et le fait que l'autorité intimée ait mentionné dans l'une de ses communications à la recourante que certains éléments ressortant de la procédure pouvaient avoir une connotation pénale ne modifie pas ce caractère. Une éventuelle procédure pénale, en l'état inexistante, ne relèverait au demeurant pas de la compétence de l'OCIRT.

En conséquence, l'hypothèse du préjudice irréparable ne peut être retenue dans ce cas.

2.2.3 Quant aux inconvénients qui découlent de la procédure et des frais qu'elle entraîne, ils ne correspondent, de jurisprudence constante, pas à l'hypothèse du préjudice irréparable (Stéphane GRODECKI/Romain JORDAN, op. cit, n 662 ad. art. 57 et les références citées ; Benoît BOVAY, procédure administrative, 2^e éd. 2015, p. 476-477 et les références citées).

La recourante n'allègue pour le surplus aucun autre préjudice irréparable, ses griefs concernant essentiellement le fond du litige en lien avec la décision finale portant sur l'examen des salaires versés à ses employés payés entièrement à la commission.

La première hypothèse visée par l'art. 57 let. c LPA n'est donc pas remplie.

2.3 Quant à la seconde hypothèse prévue à l'art. 57 let. c LPA, il s'agit de déterminer si l'admission du présent recours pourrait conduire immédiatement à une décision finale qui permettrait d'éviter une procédure probatoire longue et coûteuse.

2.4 En l'espèce, le contrôle ne porte pas uniquement sur les employés exclusivement rémunérés à la commission et pour autant que la recourante satisfasse à ses obligations, celui-ci n'engendrera pas de procédure longue et coûteuse. S'il fallait suivre le raisonnement de la recourante, cela reviendrait à lui permettre, par son attitude d'obstruction, d'obtenir une décision incidente.

L'admission du recours empêcherait l'autorité intimée de procéder au contrôle d'une partie des salaires versés par la recourante à ses employés, tâche prévue expressément par la LIRT, sans devoir rechercher auprès des anciens employés et des employés actuels les éléments relatifs à ces salaires et au nombre d'heures de travail déployées. L'obligation de fournir ces renseignements, prévue à l'art. 39M al. 2 LIRT, vise justement à éviter cette situation

En conséquence, la seconde hypothèse de l'art. 57 c LPA n'est pas non plus remplie.

Ainsi, même s'il fallait considérer le courrier litigieux comme une décision incidente au sens de l'art. 4 al. 2 LPA, elle ne pourrait faire l'objet d'un recours à défaut de remplir les conditions de recevabilité.

En réalité, la recourante souhaiterait que l'office, avant même la fin de la procédure d'établissement des faits, se prononce de manière abstraite sur la question de la soumission au salaire minimum prévu par la LIRT des salaires consistant exclusivement en des commissions. Aucune disposition légale n'impose toutefois à l'autorité intimée de procéder de la sorte, et la recourante n'en cite du reste aucune. Une saine application de la loi commande au contraire que la question de l'applicabilité du salaire minimum aux employés de la recourante soit examinée de manière concrète, une fois les éléments de fait pertinents réunis, dans le cadre d'une décision finale.

Le recours doit donc être déclaré irrecevable, ce qui rend sans objet les requêtes d'effet suspensif et de mesures provisionnelles.

3. Vu l'issue du litige, un émoulement de CHF 1'000.- sera mis à la charge de la recourante (art. 87 al. 1 LPA) et il ne sera pas alloué d'indemnité de procédure (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

déclare irrecevable le recours interjeté le 12 janvier 2024 par A_____ contre le courrier de l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail du 21 décembre 2023 ;

met un émoulement CHF 1'000.- à la charge d'A_____ ;

dit qu'il n'est pas alloué d'indemnité de procédure ;

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

communique le présent arrêt à Me Romanos SKANDAMIS, avocat de la recourante, ainsi qu'à l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail.

Siégeant : Francine PAYOT ZEN-RUFFINEN, présidente, Patrick CHENAUX, Eleanor McGREGOR, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière :

C. MEYER

la présidente siégeant :

F. PAYOT ZEN-RUFFINEN

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :