

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3099/2015-EXPLOI

ATA/120/2016

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 9 février 2016

1^{ère} section

dans la cause

SYNDICAT A_____

représenté par Me Christian Bruchez, avocat

et

B_____

représentée par Me Michael Biot, avocat

contre

OFFICE CANTONAL DE L'INSPECTION ET DES RELATIONS DU TRAVAIL

EN FAIT

- 1) Au début de l'année 2009, suite à des plaintes formées par des employés de la société B_____ (ci-après : B_____ ou l'employeur) occupés à des postes de travail ne disposant pas de lumière naturelle et de vue sur l'extérieur, l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail (ci-après : OCIRT) a ouvert une procédure à l'encontre de cet employeur aux fins d'examiner si des mesures compensatoires devaient être mises en place pour protéger leur santé.
- 2) Par décision du 24 septembre 2013, l'OCIRT a imposé à B_____ plusieurs mesures relatives à la prise des pauses compensatoires par le personnel privé de lumière naturelle.

Les enquêtes avaient en effet démontré que les mesures mises en place par l'employeur depuis 2010 étaient inefficaces et qu'il convenait de :

« 1. Mettre en place un système d'organisation permettant d'assurer aux employés de prendre leur pause de manière effective. Ce système peut revêtir une forme alternative, soit :

- a) Mettre en place des professions tournantes. Il faut entendre par professions tournantes le déploiement d'employés susceptibles de remplacer un employé à un poste de travail pendant le temps de la pause « lumière » compensatoire.
- b) Planifier et organiser les pauses compensatoires « lumière » en les intégrant de façon systématique dans les plannings horaires des employés ».

Il appartenait à B_____ d'informer l'OCIRT de l'alternative qu'elle aurait choisie et de l'appliquer. Ces mesures, lesquelles faisaient suite à l'avertissement qui avait été signifié à B_____ le 8 mai 2012, devaient être mises en œuvre sans délai.

- 3) Dans un arrêt ATA/978/2014 du 9 décembre 2014, la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) a admis le recours que le syndicat A_____ (ci-après : A_____ ou le syndicat) avait déposé contre la décision précitée. Le dispositif de cet arrêt avait la teneur suivante :

« à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 2 décembre 2013 par A_____ contre la décision de l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail du 24 septembre 2013 ;

au fond :

l'admet ;

dit que le point 1 de la décision de l'OCIRT du 24 septembre 2013 a la teneur suivante :

« 1. Mettre en place un système d'organisation permettant d'assurer aux employés de prendre leurs pauses de manière effective, en planifiant et organisant les pauses compensatoires lumières de manière systématique dans le planning des employés dont les postes sont privés de lumière naturelle et de vue sur l'extérieur. Ces pauses s'ajouteront aux pauses ordinaires. Elles seront à la charge de l'employeur. Elles seront d'une durée de vingt minutes par demi-journée et par employé (temps de déplacement non inclus). Elles devront pouvoir se dérouler, au choix de l'employé, à l'extérieur ou dans un local de pause pourvu de lumière naturelle et d'une vue sur l'extérieur» ;

confirme la décision pour le surplus (...) ».

- 4) Dans un arrêt 2C_115/2015 du 6 février 2015, le Tribunal fédéral a déclaré irrecevable le recours qu'avait déposé le département de la sécurité et de l'économie contre l'arrêt de la chambre administrative.
- 5) B_____ a mis en œuvre des mesures organisationnelles pour appliquer l'arrêt de la chambre administrative. Elle a ainsi notamment intégré dans les plans de travail des pauses compensatoires lumière, pour toutes personnes ayant une durée de présence ininterrompue de quatre heures, ainsi que l'adaptation des pointeuses permettant de contrôler le respect des temps de pause.
- 6) L'OCIRT, B_____ et A_____ se sont réunis les 19 février, 22 avril, 3 et 9 juin 2015, puis 3 juillet 2015.

Dans le cadre de ces rencontres, B_____ a indiqué que cette mise en œuvre, outre son coût, avait engendré de multiples problèmes. Plusieurs employés s'étaient plaints de la systématisation des pauses compensatoires qui augmentaient « de facto » leur temps de travail. Selon B_____, la notion de « demi-journée » contenue dans l'ATA/978/2014 signifiait une occupation ininterrompue du personnel concerné durant quatre heures.

A_____ a fait part de son désaccord avec les plans de travail mis en œuvre par l'employeur, notamment du fait qu'aucune pause compensatoire n'était prévue chaque fois que l'occupation ininterrompue du personnel était inférieure à quatre heures, même si la durée totale du travail durant une journée atteignait sept heures. Par exemple, lorsqu'un employé était occupé pendant trois heures trente le matin et que sa journée de travail était entrecoupée d'une pause ordinaire, B_____ ne lui octroyait pas de pauses compensatoires lorsque cet employé

complétait ensuite sa journée par une occupation de trois heures trente l'après-midi. B_____ contournait l'arrêt de la chambre administrative en plaçant les pauses repas juste avant que la demi-journée n'atteigne quatre heures. Il convenait donc d'accorder des pauses compensatoires de la manière suivante :

« Journée de travail de 9h00 et plus = 2 x 20 min + 1 x 10 min

Journée de travail entre 7h00 et 8h59 = 2 x 20 min de pause

Journée de travail entre 5h00 et 6h59 = 1 x 10 min + 1 x 20 min

Journée de travail entre 2h00 et 4h59 = 1 x 20 min

Journée de travail de moins de 2h00 = pas de pause lumière ».

- 7) L'OCIRT a consulté le secrétariat d'État à l'économie (ci-après : SECO), lequel a fait part de sa position dans un courriel du 9 juin 2015. Les pauses compensatoires étaient à accorder aux personnes travaillant au moins une demi-journée en bloc par jour. La question relative à la compensation par une pause de vingt minutes considérée comme temps de travail ne se posait « qu'à partir d'une demi-journée entière de travail (durée de présence ininterrompue de quatre heures par jour) ».
- 8) B_____ et A_____ ne trouvant pas d'accord, l'OCIRT leur a fait savoir qu'il formaliserait sa position dans le cadre d'une décision administrative.
- 9) Le 10 juillet 2015, B_____ a exercé son droit d'être entendu.

Elle n'arrivait pas à comprendre comment la notion de demi-journée, laquelle ne visait qu'une durée inférieure à la moitié d'une journée, soit au minimum quatre heures, pouvait être interprétée par l'OCIRT comme une durée de trois heures trente. Le SECO avait confirmé cette position et il convenait de s'y tenir, ses directives ayant pour but d'assurer une application uniforme de la loi fédérale.

- 10) A_____ a exercé son droit d'être entendu le 15 juillet 2015.

La formulation envisagée par l'OCIRT était ambiguë. En premier lieu, le terme « présence » était flou et il était préférable d'employer la notion de « durée du travail hors pauses compensatoires ». Ensuite, son projet de décision ne précisait pas que l'étalon sur lequel devait être calculé les trois heures trente et les sept heures ne pouvait pas être la demi-journée de travail mais bien la journée de travail, indépendamment du moment où étaient planifiées les pauses ordinaires. Dans le commerce de détail la notion de demi-journée ne pouvait se définir classiquement comme dans les autres branches. De nombreux horaires existaient chez B_____. Par exemple, il était possible de travailler plus de huit heures par

jour en commençant sa journée de travail en fin de matinée pour la terminer vers 19h30. Il n'était pas possible de considérer que, dans une telle hypothèse, l'employé concerné n'avait effectué qu'une demi-journée de travail ne donnant droit qu'à une seule pause compensatoire.

- 11) Le 22 juillet 2015, l'OCIRT a décidé qu'«une première pause compensatoire de vingt minutes devait être accordée au personnel intéressé à partir de trois heures trente de temps de travail effectif indépendamment d'éventuelles pauses ordinaires. Une deuxième pause compensatoire de vingt minutes devait être accordée au personnel intéressé à partir de deux fois trois heures trente de travail effectif, soit sept heures de travail effectif, indépendamment d'éventuelles pauses ordinaires. Seule, la durée effective de travail est pertinente pour déterminer le droit à la pause compensatoire. Une éventuelle interruption ne saurait dès lors écarter le droit à cette pause ».

a. La notion de demi-journée de travail contenue dans l'arrêt du 9 décembre 2014 de la chambre administrative était une notion indéterminée qui n'était définie ni dans la loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce du 13 mars 1964 (LTr - RS 822.11) ou ses ordonnances d'application, ni dans les commentaires du SECO. Elle n'était pas précisée par la jurisprudence. En raison des divergences constatées entre l'employeur et A_____, de son devoir de veiller à la protection de la santé des travailleurs et à la mise en œuvre par B_____ des mesures prévues tant par la loi que par l'arrêt de la chambre administrative, il était fondé à statuer par la voie d'une décision.

Dès lors que dans son arrêt la chambre administrative avait conclu que les pauses compensatoires de vingt minutes étaient dues par demi-journée et qu'elles étaient à la charge de l'employeur, il s'ensuivait qu'elles devaient être rémunérées par l'employeur et être considérées comme du temps de travail. Elles devaient être déduites du temps de travail effectué et l'employeur ne pouvait prolonger la journée de travail d'un employé pour les compenser.

Ces pauses compensatoires se distinguaient et devaient être octroyées en sus des pauses ordinaires, lesquelles ne comptaient pas comme temps de travail et n'étaient pas à la charge de l'employeur. Les pauses ordinaires ne pouvaient toutefois pas être prises en considération par l'employeur afin de compenser le temps passé sans lumière naturelle. Dans la mesure où ces pauses ordinaires interrompaient le travail en son milieu, le temps de présence était par principe interrompu par les pauses ordinaires. Retenir, comme le faisait B_____, comme critère d'octroi une présence ininterrompue contournait l'objectif des pauses compensatoires et devait être rejeté.

La demi-journée de travail ne pouvait pas être définie par rapport à un horaire classique standard, comme par exemple dans l'industrie, de huit heures divisées en deux demi-journées de durée égale de quatre heures. Il était en effet

nécessaire de tenir compte des spécificités liées au secteur du commerce de détail, en particulier l'amplitude des heures d'ouverture des magasins supérieure à huit heures, la multitude des types d'horaires et l'occupation nécessaire d'employés durant les « pauses de midi » en raison de la fréquentation du magasin par la clientèle.

b. Il ressortait de l'examen des plannings horaires mis en place par B_____ que certains employés étaient occupés durant trois heures trente pendant une matinée puis de nouveau durant trois heures trente l'après-midi sans disposer d'une pause compensatoire, B_____ considérant que le travailleur devait avoir effectué quatre heures de travail ininterrompu avant de pouvoir en bénéficier. Une telle interprétation était contraire à l'arrêt de la chambre administrative puisqu'il en découlait que pour un horaire de quatre heures, l'employé ne pouvait travailler de manière effective plus de trois heures quarante même si la référence de la demi-journée était standardisée à quatre heures. Le seuil des quatre heures ne pouvait être retenu puisque si selon son horaire un employé devrait travailler trois heures cinquante il dépasserait le maximum des trois heures quarante défini précédemment.

c. S'agissant de la proposition d'A_____ d'exiger une pause à compter de deux heures d'occupation déjà, elle ne pouvait pas être suivie car elle faisait abstraction de la notion de demi-journée prévue dans l'arrêt du 9 décembre 2014.

d. La position de l'OCIRT ne s'écartait pas de l'avis exprimé par le SECO le 9 juin 2015. Il devait toutefois tenir compte de l'arrêt de la chambre administrative, lequel prévoyait l'octroi des pauses compensatoires en sus des pauses ordinaires, ce qui ne permettait pas de retenir le critère de la présence interrompue pour déterminer le droit de l'octroi à la pause. Son rôle d'organe d'exécution cantonal consistait à appliquer la législation de façon concrète en tenant compte des exigences de terrain et des cas concrets. Sur la base des circonstances, notamment des cycles de travail présentés par B_____, il se justifiait de fixer à trois heures trente le temps de travail effectif permettant l'octroi de la pause compensatoire.

e. Cette décision, notifiée à B_____ et à A_____, a été déclarée exécutoire nonobstant recours.

12) Par acte déposé le 14 septembre 2015, B_____ a recouru contre cette décision auprès de la chambre administrative (cause n° A/3099/2015). Elle a conclu, « sous suite de dépens », préalablement à la restitution de l'effet suspensif à son recours, principalement, à l'annulation de la décision et, subsidiairement, au renvoi de la cause à l'OCIRT.

a. Les mesures qu'elle avait prises n'étaient contraire ni à la loi ni à l'arrêt de la chambre administrative du 9 décembre 2014. En conséquence, elle n'avait

commis aucune infraction et l'OCIRT avait rendu sa décision en violation de l'art. 51 LTr.

Le critère de la présence ininterrompue était le critère de référence établi par le SECO, autorité pour laquelle il fallait tenir compte du temps de présence et non du temps de travail dans des locaux dépourvus de lumière. Il importait que les employés aient un accès à la lumière du jour après avoir passé un certain laps de temps sans y avoir accès, sans se préoccuper si ce laps de temps était considéré en partie comme du temps de pause ou du temps de travail. Pour cette raison, le SECO faisait référence à la durée de présence ininterrompue et non à la durée de travail ininterrompue. En appliquant le critère de présence ininterrompue et en considérant les pauses ordinaires comme faisant partie intégrante du temps de présence, elle assurait au mieux le but poursuivi par la LTr.

L'OCIRT avait retenu à tort qu'un employé ne devait pas travailler plus de trois heures quarante par jour. Il ne ressortait en effet pas de l'ATA/978/2014 qu'une pause compensatoire devait être accordée à partir de trois heures quarante. On ne pouvait pas non plus déduire de cet arrêt que les pauses devaient être déduites du temps de travail, cet arrêt ne définissant par ailleurs pas la notion de demi-journée. S'il n'était pas contestable que les pauses compensatoires devaient être considérées comme temps de travail, elles ne devaient par contre pas être déduites du temps de travail effectué. Si les pauses compensatoires devaient être considérées comme temps de travail, elles devaient s'ajouter au temps de travail effectif et non en être déduites. Dès lors que l'approche retenue était une approche par seuil et non prorata temporis, une personne ayant travaillé durant trois heures cinquante n'avait pas droit à une pause compensatoire. Une durée d'occupation inférieure au seuil de quatre heures, à savoir une demi-journée, ne donnait pas lieu à une mesure compensatoire.

En octroyant une pause compensatoire de vingt minutes aux employés qui avaient été présents de manière ininterrompue durant quatre heures, elle remplissait ses obligations légales.

b. L'OCIRT avait en outre violé l'art. 38 al. 3 de l'ordonnance 3 relative à la loi sur le travail du 18 août 1993 (RS 822.113 - OLT 3) puisque les mesures qu'elle avait prise étaient conformes aux directives du SECO.

c. L'OCIRT n'avait pas correctement établi l'ensemble des faits pertinents en ne démontrant pas qu'une activité dans des locaux dépourvus de lumière naturelle durant une période de moins de trois heures trente nécessitait l'octroi de pauses compensatoires. Il était allé au-delà des recommandations du SECO sans documenter sa position.

d. L'OCIRT avait par ailleurs abusé et excédé son pouvoir d'appréciation, et porté atteinte à ses droits fondamentaux, à savoir à sa liberté économique et à la

personnalité de ses employés, dès lors que leur temps de travail devait se rallonger, l'atteinte étant en outre disproportionnée. L'OCIRT avait enfin appliqué le droit de manière arbitraire.

e. B_____ sollicitait l'audition de témoins afin de prouver certains des faits ou arguments sur lesquels elle appuyait son recours.

13) Par acte posté le 14 septembre 2015, A_____ a également recouru contre la décision de l'OCIRT auprès de la chambre administrative (cause n° A/3123/2015). Il a conclu, « sous suite de dépens » :

- à son annulation en tant qu'elle prévoyait l'octroi d'une première pause compensatoire de vingt minutes seulement à partir de trois heures trente de travail effectif par jour ;

- à son annulation en tant qu'elle prévoyait l'octroi d'une deuxième pause compensatoire de vingt minutes seulement à partir de sept heures de travail effectif par jour ;

- à ce qu'il soit ordonné à B_____ d'octroyer aux employés occupés à un poste sans accès à la lumière du jour et à la vue sur l'extérieur des pauses compensatoires d'une durée totale de vingt minutes au moins pour toute durée journalière effective de travail inférieure à cinq heures ;

- à ce qu'il soit ordonné à B_____ d'octroyer aux employés occupés à un poste sans accès à la lumière du jour et à la vue sur l'extérieur des pauses compensatoires d'une durée totale de quarante minutes au moins pour toute durée journalière effective de travail égale ou supérieure à cinq heures ;

- à la confirmation pour le surplus de la décision.

a. B_____ avait interprété l'arrêt de la chambre administrative comme lui permettant de n'octroyer aucune pause compensatoire chaque fois que la durée interrompue d'activité était inférieure à quatre heures, même si la durée effective totale de la journée de travail atteignait sept heures. Avec cette interprétation qui ne pouvait être suivie, un employé pourrait effectuer plus de huit heures effectives sans aucun accès à la lumière et sans bénéficier d'aucune pause compensatoire.

La pause compensatoire avait pour but de satisfaire aux exigences de protection de la santé même lorsque le travail était effectué dans des locaux sans accès à la lumière du jour. C'était dans cette perspective de mesure compensatoire que la pause de vingt minutes par demi-journée devait être comprise. Une proportion devait exister entre la durée d'activité et la durée minimale de la pause compensatoire.

La décision de l'OCIRT était correcte lorsqu'elle prenait en considération la durée totale de la journée de travail et pas seulement la durée de chaque période de travail pour déterminer la durée totale du droit quotidien aux pauses compensatoires. Cette décision n'était par contre pas soutenable lorsqu'elle revenait à priver de tout droit à une pause compensatoire les travailleurs qui effectuaient jusqu'à trois heures trente de travail effectif par jour sans accès à la lumière du jour et à la vue sur l'extérieur, tout travail effectué dans ces conditions nécessitant une pause compensatoire.

L'OCIRT ne pouvait être suivi lorsqu'il soutenait que l'arrêt du 9 décembre 2014 n'imposait l'octroi de pauses compensatoires qu'à partir du moment où une demi-journée entière de travail était atteinte.

b. Dans une perspective de protection de la santé, la position de l'OCIRT n'était pas non plus défendable lorsqu'il prétendait qu'une durée journalière de sept heures de travail effectif « ce qui correspond à une durée de sept heures et vingt minutes de travail, première pause compensatoire incluse » devait être atteinte pour qu'une deuxième pause compensatoire de vingt minutes soit octroyée.

Au vu de la notion courante de demi-journée, laquelle correspondait à une durée de quatre heures, il fallait considérer que lorsque cinq heures effectives d'activité, « ce qui correspondait à cinq heures vingt de durée du travail », étaient atteintes, la deuxième demi-journée était entamée. Il se justifiait donc d'octroyer aux travailleurs une deuxième pause compensatoire de vingt minutes à partir d'une durée journalière effective d'activité de cinq heures.

c. La décision de l'OCIRT devait être partiellement réformée en ce sens que B_____ devait octroyer aux employés concernés des pauses compensatoires d'une durée totale de vingt minutes au moins pour toute durée journalière effective de travail inférieure à cinq heures et des pauses compensatoires d'une durée totale de quarante minutes au moins pour toute durée journalière effective de travail égale ou supérieure à cinq heures.

- 14) Le 21 septembre 2015, par écritures séparées, l'OCIRT et A_____ se sont opposés à la restitution de l'effet suspensif au recours déposé par B_____ (cause n° A/3099/2015).
- 15) Le 24 septembre 2015, la présidence de la chambre administrative a restitué l'effet suspensif au recours déposé par B_____.
- 16) Le 15 octobre 2015, par deux écritures séparées, l'OCIRT a conclu aux rejets des recours (causes A/3099/2015 et A/3123/2015).

Il persistait dans ses conclusions et arguments.

- 17) Le 16 octobre 2015, A_____ s'est déterminé sur le recours déposé par B_____ (cause n° A/3099/2015). Il a également requis la jonction des causes A/3099/2015 et A/3123/2015.

Le recours de B_____ devait être rejeté. Il persistait en outre dans les conclusions de son propre recours.

- 18) Ce même 16 octobre 2015, B_____ s'est déterminée sur le recours déposé par A_____ (cause n° A/3123/2015). L'approche du syndicat devait être rejetée.

- 19) Le 2 novembre 2015, la chambre administrative a ordonné la jonction des causes A/3099/2015 et A/3123/2015 sous le n° A/3099/2015.

La chambre administrative a en outre imparti un délai au 12 novembre 2015 à l'OCIRT pour produire tous documents utiles relatif à « la non-conformité du dispositif mis en place par B_____ » selon son écriture du 15 octobre 2015, notamment les plannings horaires envisagés par B_____ pour mettre en application l'arrêt de la chambre du 9 décembre 2014.

Elle a imparti à B_____ un délai au 12 novembre 2015 pour produire une copie des plannings horaires en vigueur au 1^{er} novembre 2015.

- 20) Le 12 novembre 2015, l'OCIRT et B_____ ont versé les documents sollicités à la procédure.

- 21) Le 17 décembre 2015, dans le délai imparti par la juge déléguée, l'OCIRT a fait part de ses observations suite à l'examen par ses soins des plannings horaires versé à la procédure par B_____.

L'examen des plannings produits par B_____ mettait en évidence qu'aucun travailleur, à part un seul, ne bénéficiait de deux pauses lumières par jour bien qu'une majorité travaillait des journées entières allant jusqu'à une durée de neuf heures dix. Un certain nombre de travailleurs ne bénéficiait pas de pauses lumière.

- 22) Ce même 17 décembre 2015, B_____ a versé de nouvelles pièces à la procédure. Elle a en outre sollicité l'audition de quatre témoins.

- 23) Le 17 décembre 2015 toujours, A_____ s'est déterminé sur l'écriture de B_____ du 16 octobre 2015, ainsi que sur les pièces déposées le 12 novembre 2015.

Le syndicat mettait en évidence des employés auxquels aucune pause lumière n'était octroyée et d'autres auxquels une seule pause lumière était accordée malgré des journées de travail de plus de sept heures effectives.

Le système mis en place par l'employeur ne garantissait pas le respect de l'arrêt du 9 septembre 2014. Pour atteindre le but de protection de la santé visé, la première pause compensatoire devait intervenir dès que la première demi-journée de travail était entamée, la deuxième devant être accordée dès que la deuxième demi-journée de travail était entamée.

- 24) Sur quoi, la cause a été gardée à juger.
- 25) Pour le reste, les arguments des parties seront repris, en tant que de besoin, dans la partie en droit ci-après.

EN DROIT

- 1) Interjetés en temps utile devant la juridiction compétente, les recours sont recevables (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) Dans son recours du 14 septembre 2015, puis dans son écriture du 17 décembre 2015, B_____ sollicite l'audition de témoins. Elle précise dans cette dernière écriture, les noms et fonctions des quatre personnes qu'elle souhaite faire auditionner. Il s'agit tout d'abord de la directrice du département des ressources humaines et du directeur de B_____ à Genève, lesquels pourraient étayer les conséquences pratiques et économiques « d'un régime plus sévère que celui appliqué actuellement dans l'entreprise ». Il s'agit ensuite du représentant de Swiss Retail Federation SRF qui a participé aux discussions avec le SECO s'agissant de la mise en application des mesures compensatrices en matière d'accès à la lumière du jour et enfin d'un représentant du SECO à même d'explicitier les principes posés par ce dernier.

Tel qu'il est garanti par l'art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101), le droit d'être entendu comprend notamment le droit pour l'intéressé d'offrir des preuves pertinentes, de prendre connaissance du dossier, d'obtenir qu'il soit donné suite à ses offres de preuves pertinentes, de participer à l'administration des preuves essentielles ou à tout le moins de s'exprimer sur son résultat, lorsque cela est de nature à influencer sur la décision à rendre. Le droit de faire administrer des preuves n'empêche cependant pas le juge de renoncer à l'administration de certaines preuves offertes et de procéder à une appréciation anticipée de ces dernières, en particulier s'il acquiert la certitude que celles-ci ne l'amèneront pas à modifier son opinion ou si le fait à établir résulte déjà des constatations ressortant du dossier. Le droit d'être entendu ne contient pas non plus d'obligation de discuter tous les griefs et moyens de preuve du recourant ; il suffit que le juge discute ceux qui sont pertinents pour

l'issue du litige (ATA/18/2016 du 12 janvier 2016 consid. 3b et les nombreux arrêts cités).

Dans le cas d'espèce, les parties ont eu l'occasion de s'exprimer à plusieurs reprises devant l'OCIRT, puis de largement faire valoir leurs arguments dans les écritures qu'elles ont produites devant la chambre de céans. La juge déléguée a par ailleurs sollicité et obtenu l'ensemble des pièces utiles pour lui permettre de trancher le litige, dont le cadre est précisé ci-après. Il ne sera dès lors pas donné suite à la demande d'auditions de témoins formulées par B_____.

- 3) L'objet du litige est principalement défini par l'objet du recours (ou objet de la contestation) et les conclusions du recourant et accessoirement par les griefs ou motifs qu'il invoque. L'objet du litige correspond objectivement à l'objet de la décision attaquée (ATF 136 V 362 consid. 3.4 et 4.2 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_581/2010 du 28 mars 2011 consid. 1.5 ; ATA/138/2015 du 3 février 2015 ; ATA/751/2013 du 12 novembre 2013), qui délimite son cadre matériel admissible. La contestation ne peut excéder l'objet de la décision attaquée, c'est-à-dire les prétentions ou les rapports juridiques sur lesquels l'autorité inférieure s'est prononcée ou aurait dû se prononcer. L'objet d'une procédure administrative ne peut donc pas s'étendre ou qualitativement se modifier au fil des instances, mais peut tout au plus se réduire dans la mesure où certains éléments de la décision attaquée ne sont plus contestés (ATA/138/2015 précité ; ATA/336/2014 du 13 mai 2014 ; ATA/790/2013 du 3 décembre 2013 ; ATA/18/2013 du 8 janvier 2013 ; ATA/560/2006 du 17 octobre 2006). Par ailleurs, les conclusions prises postérieurement au dépôt de l'acte créant le lien d'instance, hors du délai de recours, sont irrecevables (ATA/643/2011 du 11 octobre 2011 ; ATA/645/2010 du 21 septembre 2010 ; ATA/572/2010 du 31 août 2010 ; ATA/537/2009 du 27 octobre 2009 ; ATA/19/2006 du 17 janvier 2006 ; ATA/780/2005 du 15 novembre 2005).

Dans le cas d'espèce, l'objet du litige est restreint à la décision de l'OCIRT du 22 juillet 2015, laquelle ne concerne que la mise en œuvre des pauses compensatoires lumière telle qu'elle résulte de l'ATA/978/2014 du 9 décembre 2014 entré en force.

- 4) Les parties recourantes concluent toutes les deux à l'annulation de la décision de l'OCIRT du 22 juillet 2015. Si elles font l'une et l'autre grief à ce dernier d'avoir fait une mauvaise application des art. 6 LTr, 15 et 24 OLT 3, elles invoquent des griefs différents qu'il conviendra d'examiner après avoir précisé ce que la chambre de céans a dit dans son arrêt précité, les parties n'étant pas d'accord sur ce point.
- 5) À teneur de l'art. 6 LTr, pour protéger la santé des travailleurs, l'employeur est tenu de prendre toutes les mesures dont l'expérience a démontré la nécessité, que l'état de la technique permet d'appliquer et qui sont adaptées aux conditions

d'exploitation de l'entreprise. Il doit en outre prendre toutes les mesures nécessaires pour protéger l'intégrité personnelle des travailleurs (al. 1). L'employeur doit notamment aménager ses installations et régler la marche du travail de manière à préserver autant que possible les travailleurs des dangers menaçant leur santé et du surmenage (al. 2). L'employeur fait collaborer les travailleurs aux mesures de protection de la santé. Ceux-ci sont tenus de seconder l'employeur dans l'application des prescriptions sur la protection de la santé (al. 3). Les mesures de protection de la santé qui doivent être prises dans les entreprises sont déterminées par voie d'ordonnance (al. 4).

L'art. 15 OLT 3 prescrit que les locaux, postes de travail et passages à l'intérieur et à l'extérieur des bâtiments doivent avoir un éclairage naturel ou artificiel suffisant, adapté à leur utilisation (al. 1). Les locaux de travail doivent être éclairés naturellement et être dotés d'un éclairage artificiel garantissant des conditions de visibilité (uniformité, éblouissement, couleur de la lumière, spectre de couleurs) adaptées à la nature et aux exigences du travail (al. 2). Les locaux sans éclairage naturel ne peuvent être utilisés comme locaux de travail que si des mesures de construction ou d'organisation particulières assurent, dans l'ensemble, le respect des exigences en matière de protection de la santé (al. 3).

Par ailleurs, selon l'art. 24 al. 5 OLT 3, les travailleurs doivent pouvoir bénéficier de la vue sur l'extérieur depuis leur poste de travail permanent. Dans les locaux sans fenêtres en façade, l'aménagement de postes de travail permanents n'est autorisé que si des mesures particulières de construction ou d'organisation garantissent que les exigences en matière de protection de la santé sont globalement respectées.

- 6) Dans le dispositif de son arrêt du 9 décembre 2014, la chambre de céans a dit que les pauses compensatoires lumière « seront d'une durée de vingt minutes par demi-journée (...) ».

Le terme de « demi-journée », comme l'ont d'ailleurs compris l'employeur et le syndicat, faisait référence à une période d'une durée de quatre heures. S'agissant du terme « par », il indique que la pause compensatoire lumière doit intervenir pendant cette période et non au terme de celle-ci. Dans le dispositif de l'ATA/978/2014, la chambre de céans n'a en effet pas utilisé les termes « après » ou à « à la fin de », mais bien le terme « par ». Cette compréhension de l'arrêt du 9 décembre 2014 était la seule possible, la définition même du terme « pause » impliquant une interruption du travail, ou, en d'autres termes, l'existence d'une période de travail avant la pause puis après celle-ci. La pause est en effet une suspension momentanée d'une activité selon le dictionnaire de français Larousse, consultable en ligne, ou encore une suspension, une interruption momentanée de l'action, de la tâche qu'on est en train d'accomplir selon l'Académie française, dont le dictionnaire est également consultable en ligne.

Il découle notamment de ce qui précède, que par demi-journée, soit une période d'une durée de quatre heures, un travailleur ne pourra pas travailler plus de trois heures quarante. Si l'employeur augmentait le temps pendant lequel le travailleur est à sa disposition, pour une pause lumière ou pour produire, dite attitude contreviendrait clairement à l'ATA/978/2014.

- 7) Dans son arrêt précité, la chambre administrative a précisé que les pauses lumière devaient s'ajouter aux pauses ordinaires. L'articulation des deux pauses semble litigieuse.

La législation fédérale actuelle impose que les pauses ordinaires interrompent le temps de travail en son milieu (art. 15 LTr et 18 OLT 1) ce qui a pour incidence que la « demi-journée » mentionnée dans le dispositif de l'ATA/978/2014 pourrait être entrecoupée d'une pause ordinaire.

Les parties s'opposent quant à savoir si, dans un tel cas de figure, la pause ordinaire interrompt, ou non, le calcul des heures nécessaires à composer la « demi-journée ». B_____ considère que les pauses ordinaires n'étant pas du temps de travail, elles interrompent valablement celui-ci. Le SECO fait mention de quatre heures de présence « ininterrompue », sans préciser l'articulation avec les pauses ordinaires ni se déterminer sur les particularités du secteur économique concerné. À juste titre, l'OCIRT relève que l'imputation du temps de cette pause ordinaire sur la demi-journée et la considération que celle-ci interrompt la demi-journée reviendrait à ne jamais accorder la pause lumière, ce qui contreviendrait à l'ATA/978/2014.

L'interprétation faite par l'OCIRT est ainsi conforme à l'arrêt du 9 décembre 2014.

- 8) Il découle de ce qui précède que la décision de l'OCIRT sera réformée (art. 69 al. 3 LPA), les trois heures trente retenues devant être remplacées par trois heures quarante. En effet, même à considérer que cette divergence entre l'ATA/978/2014 et la décision querellée repose sur une analyse complète et détaillée des plannings établis par l'employeur, les trois heures trente retenues s'écartent trop du dispositif de l'arrêt précité. Les critiques émises par les parties recourantes à l'encontre de ces trois heures trente s'avèrent en conséquence fondées, indépendamment des griefs qu'elles invoquent.

La même argumentation vaut pour la seconde phrase du dispositif de la décision querellée, laquelle sera également corrigée.

Enfin, les termes « à partir de » utilisés par l'OCIRT dans sa décision doivent, pour être conformes à l'ATA/978/2014, être compris au sens de « pendant une période d'une durée de quatre heures » comme expliqué ci-dessus.

La décision de l'OCIRT sera confirmée pour le surplus et les recours partiellement admis au sens de ce qui précède.

- 9) L'employeur fait grief à l'OCIRT d'avoir rendu sa décision en violation de l'art. 51 LTr, laquelle disposition prévoit qu'en cas d'infraction à la loi, à une ordonnance ou à une décision, l'autorité cantonale, l'Inspection fédérale du travail ou le service médical du travail signale l'infraction au contrevenant et l'invite à respecter la prescription ou décision qu'il a enfreinte (al. 1). Si le contrevenant ne donne pas suite à cette intervention, l'autorité cantonale prend la décision voulue, sous menace de la peine prévue à l'art. 292 du code pénal suisse (al. 2). Il estime en effet avoir agi conformément à la loi et à l'arrêt du 9 décembre 2014 et qu'en conséquence l'OCIRT ne pouvait pas intervenir.

Dès lors que, sans toutefois que l'on puisse ici mettre en cause sa bonne foi, l'employeur n'a pas mis correctement en œuvre l'ATA/978/2014, l'OCIRT, autorité en charge de la question des pauses compensatoires lumière chez B_____ depuis de nombreuses années, était donc fondé à rendre la décision litigieuse.

- 10) B_____ fait ensuite grief à l'OCIRT d'avoir violé l'art. 38 al. 3 OLT 3.

Selon l'art. 38 al. 3 OLT 3, s'il se conforme aux directives, l'employeur est présumé avoir satisfait à ses obligations en matière de protection de la santé. Il peut toutefois y satisfaire d'une autre manière s'il prouve que la protection de la santé au travail est garantie.

Dans l'ATA/978/2014 entré en force, la chambre de céans a, au considérant 12, rappelé que d'après la jurisprudence et afin d'assurer l'application uniforme de certaines dispositions légales, l'administration pouvait expliciter l'interprétation qu'elle leur donne dans des directives. Elle a de même rappelé que ces directives n'avaient pas force de loi, qu'elles ne liaient ni les administrés, ni les tribunaux, ni même l'administration et qu'elles ne dispensaient pas cette dernière de se prononcer à la lumière du cas d'espèce. La chambre de céans a ensuite précisé, au considérant 13 de son arrêt, que les directives du SECO étaient des ordonnances administratives interprétatives, puis développé les éléments dont la directive pertinente en matière d'éclairage faisait état.

C'est ainsi à la lumière de ces principes et de la directive pertinente du SECO que la chambre administrative a rendu son arrêt du 9 décembre 2014, lequel n'a pas été contesté par l'employeur. Dans la mesure où la mise en œuvre par l'employeur des pauses compensatoires lumière n'est, comme cela vient d'être examiné, pas conforme à l'ATA/978/2014, il ne peut prétendre être présumé avoir agi conformément aux directives. L'employeur sera d'autant moins être suivi dans ses explications qu'il fonde son argumentation non pas sur une directive SECO, mais sur une prise de position de ce dernier datée du 9 juin 2015.

Ce grief sera en conséquence écarté.

- 11) L'employeur fait ensuite grief à l'OCIRT de ne pas avoir correctement établi les faits pertinents. L'employeur lui reproche de ne pas avoir démontré qu'il existait un risque d'atteinte à la santé à partir d'une durée de travail de trois heures trente.

Comme cela vient d'être relevé au considérant 8 ci-dessus, la décision de l'OCIRT doit être corrigée en ce sens que ce n'est pas une durée de trois heures trente qui est pertinente mais, pour être conforme à l'ATA/978/2014, une durée de trois heures quarante. Dès lors que cette limite découle de la seule mise en œuvre de l'ATA/978/2014, à l'occasion duquel la question de l'effet du manque de lumière naturelle sur la santé des employés a déjà été examinée et prise en compte pour arrêter les mesures utiles imposées à l'employeur, il n'y a pas lieu de la remettre en cause à l'occasion du présent litige. Ce grief doit ainsi être écarté.

C'est au surplus parce que cette question a déjà été tranchée dans l'arrêt du 9 septembre 2014 que la juge déléguée n'a pas interpellé l'employeur s'agissant d'une éventuelle traduction des documents en langue anglaise qu'il a versé à la procédure et auxquels il se réfère à propos des études menées en matière des effets de lumière sur la santé, ces documents n'étant pas, quel que soit leur contenu, de nature à influencer sur l'issue de la présente cause. C'est également pour cette raison que l'audition d'un représentant du SECO n'a pas été jugée nécessaire, la chambre de céans ayant déjà indiqué la portée qu'elle entendait donner à la directive du SECO.

- 12) L'employeur reproche ensuite à l'OCIRT d'avoir excédé et abusé de son pouvoir d'appréciation.

Dans son arrêt du 9 décembre 2014, la chambre de céans a déjà eu l'occasion de préciser, au considérant 8, qu'elle disposait d'un libre pouvoir d'examen, car l'application des normes de fond en cause ne conféraient pas de pouvoir d'appréciation à l'OCIRT, mais un pouvoir d'interprétation. Dès lors que l'OCIRT n'a fait, dans sa décision litigieuse, que mettre en œuvre l'arrêt précité, il ne pouvait ni excéder ni abuser de son pouvoir d'appréciation. Pour le reste, sa décision sera, s'agissant des trois heures trente retenu, modifiée, cette durée relevant d'une mauvaise interprétation de l'ATA/978/2014.

Ce grief n'est en conséquence pas fondé.

- 13) L'employeur fait en outre grief à l'OCIRT d'avoir porté à ses droits fondamentaux, soit à sa liberté économique et à la personnalité de ses employés, une atteinte disproportionnée.

a. Il sera une nouvelle fois rappelé que l'OCIRT n'a fait, dans sa décision litigieuse, que mettre en œuvre l'ATA/978/2014, lequel n'a, en son temps, pas été contesté par l'employeur.

Quoi qu'il en soit, si comme le relève l'employeur, l'art. 27 Cst. garantit sa liberté économique, une restriction à cette liberté est admissible, aux conditions de l'art. 36 Cst. Toute restriction doit ainsi se fonder sur une base légale (al. 1), qui doit être formelle en cas de restrictions graves, être justifiée par un intérêt public ou par la protection d'un droit fondamental d'autrui (al. 2) et proportionnée au but visé (al. 3) (ATA/769/2015 du 28 juillet 2015 consid. 7a et b et la jurisprudence citée).

Dans le cas d'espèce, l'art. 6 LTr, en ce qu'il impose à l'employeur de prendre des mesures pour protéger la santé des travailleurs, constitue la base légale exigée par l'art. 36 Cst., la protection de la santé des travailleurs répondant à un intérêt public évident.

b. Pour ce qui relève de la protection de la personnalité de ses employés, ce grief, à la limite de la témérité, doit être écarté dans la mesure où, outre le fait qu'il s'agit de protéger leur santé, les pauses compensatoires lumière, ainsi qu'elles ont été définies dans l'ATA/978/2014 et comme cela a été rappelé au considérant 6 ci-dessus, ne doivent pas avoir pour effet de prolonger le temps de travail du personnel au contraire de ce que soutient l'employeur.

c. S'agissant du caractère disproportionné de l'atteinte, l'employeur considère que l'OCIRT n'a pas démontré l'aptitude et donc l'efficacité des mesures qu'il imposait, ni démontré que ces mesures étaient, notamment du fait de leur coût, dans un rapport raisonnable avec leur efficacité.

Ici encore, il faut rappeler que la proportionnalité des mesures imposées à l'employeur a déjà été examinée par la chambre de céans dans son ATA/978/2014 (voir le consid. 13). Dès lors que la décision litigieuse, laquelle doit toutefois être modifiée au sens du considérant 8 ci-dessus, n'est que la mise en œuvre de cet arrêt que l'employeur n'a en son temps pas contesté, ce grief est mal fondé.

C'est également parce que la proportionnalité des mesures imposées à l'employeur a déjà fait l'objet d'un examen par la chambre de céans et que cette question a été tranchée de l'arrêt du 9 décembre 2014, que la juge déléguée n'a pas donné suite à la demande de l'employeur d'auditionner les deux membres de la direction de B_____.

- 14) Le grief de l'arbitraire soulevé par l'employeur sera, pour les mêmes raisons que précédemment, écarté, les mesures proposées par l'OCIRT dans sa décision litigieuse n'étant, sous réserve de la correction mentionnée au sens du considérant

6 du présent arrêt, que la mise en œuvre de l'arrêt du 9 décembre 2014 entré en force.

- 15) Le syndicat fait pour sa part grief à l'OCIRT d'avoir, dans sa décision litigieuse, retenu que l'octroi de pauses compensatoires lumière ne s'imposait qu'à partir du moment où une demi-journée entière de travail était atteinte. Le syndicat conclut ensuite à l'octroi de pauses compensatoires d'une durée totale de vingt minutes au moins pour toute durée journalière effective de travail inférieure à cinq heures et à l'octroi de pauses compensatoires d'une durée totale de quarante minutes au moins pour toute durée journalière effective de travail égale ou supérieure à cinq heures.

S'agissant des termes « à partir de », la chambre de céans a précisé au considérant 8 du présent arrêt comment ils devaient être compris pour être conformes à l'arrêt du 9 décembre 2014. Pour le reste, les conclusions du syndicat ne sont pas conformes à l'ATA/978/2014, ses propositions de mise en œuvre de cet arrêt s'en écartant notablement, singulièrement lorsqu'il conclut à l'octroi de pauses compensatoires d'une durée totale de quarante minutes au moins pour toute journée effective de travail égale ou supérieure à cinq heures.

- 16) Au vu de ce qui précède, les recours seront partiellement admis et la décision de l'OCIRT réformée. Par économie de procédure, et compte tenu des impératifs d'intérêt public en jeu, la cause ne sera pas renvoyée à l'OCIRT pour nouvelle décision dans le sens des considérants, celle-ci étant réformée comme suit :

« Une première pause compensatoire de 20 minutes doit être accordée au personnel intéressé à partir de 3h40 de temps de travail effectif indépendamment d'éventuelles pauses ordinaires.

Une deuxième pause compensatoire de 20 minutes doit être accordée au personnel intéressé à partir de 2 x 3h40 de travail effectif, soit 7 heures 20 de travail effectif, indépendamment d'éventuelles pauses ordinaires ».

Les termes « à partir de » utilisés par l'OCIRT dans sa décision doivent par ailleurs être compris au sens de « pendant une période d'une durée de quatre heures » comme défini au considérant 6.

La décision de l'OCIRT sera confirmée pour le surplus.

- 17) Un émolument réduit de CHF 500.- sera mis à la charge du syndicat A_____ et un autre du même montant à charge de B_____, qui succombent (art. 87 al. 1 LPA). Aucune indemnité de procédure ne sera allouée (art. 87 al. 2 LPA).

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 14 septembre 2015 par le syndicat A_____ contre la décision de l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail du 22 juillet 2015 ;

déclare recevable le recours interjeté le 14 septembre 2015 par B_____ contre la décision de l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail du 22 juillet 2015 ;

au fond :

les admet partiellement ;

réforme la décision de l'OCIRT du 22 juillet 2015 au sens des considérants, à savoir ;

« Une première pause compensatoire de 20 minutes doit être accordée au personnel intéressé à partir de 3h40 de temps de travail effectif indépendamment d'éventuelles pauses ordinaires.

Une deuxième pause compensatoire de 20 minutes doit être accordée au personnel intéressé à partir de 2 x 3h40 de travail effectif, soit 7 heures 20 de travail effectif, indépendamment d'éventuelles pauses ordinaires ».

la confirme pour le surplus ;

met un émolument de CHF 500.- à charge du syndicat A_____ ;

met un émolument de CHF 500.- à charge de B_____ .

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 ;

communiqué le présent arrêt à Me Christian Bruchez, avocat du syndicat A_____, à Me Michael Biot, avocat de B_____, à l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail, ainsi qu'au secrétariat d'État à l'économie.

Siégeants : M. Thélin, président, Mme Payot Zen-Ruffinen, M. Pagan, juges.

Au nom de la chambre administrative :

le greffier-juriste :

F. Scheffre

le président siégeant :

Ph. Thélin

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :