

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/4209/2019-EXPLOI

ATA/1806/2019

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Décision du 17 décembre 2019

sur effet suspensif et sur mesures provisionnelles

dans la cause

A _____ S.R.L.,
représentée par Me Vincent Solari, avocat

contre

OFFICE CANTONAL DE L'INSPECTION ET DES RELATIONS DU TRAVAIL

Vu en fait que :

- 1) Par décision du 14 octobre 2019, l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail (ci-après : OCIRT) a décidé de prononcer à l'encontre de l'entreprise A_____ S.R.L (ci-après : A_____) des sanctions administratives prévues à l'art. 45 al. 1 de la loi sur l'inspection et les relations du travail du 12 mars 2004 (LIRT – J 1 05), soit de lui délivrer l'attestation visée à l'art. 25 LIRT pour une durée de deux ans et l'exclure de tout marché public futur, également pour une durée de deux ans, l'exclusion prononcée ne visant que les marchés publics futurs et non ceux actuellement en cours. Le refus de délivrer une attestation était déclaré exécutoire nonobstant recours, alors que l'exclusion de tout marché public prendrait effet le lendemain de l'entrée en force de ladite décision.

En substance, l'OCIRT reprochait à l'entreprise d'avoir commis des infractions aux usages, soit notamment en matière d'occupation du personnel employé avec un taux d'activité de 100% et en matière d'absence de détermination du taux d'activité hebdomadaire sur certains contrats de travail, d'enregistrement du temps de travail, ainsi que de ne pas avoir respecté des salaires minimaux. En outre, A_____ n'avait pas respecté son obligation de collaborer, en ne fournissant pas les renseignements et documents demandés par l'OCIRT et nécessaires au contrôle, notamment les contrats de travail de certains employés et les formulaires OCIRT concernant les demandes de renseignements sur la durée du travail et la prise en charge des frais de certains employés.

- 2) Le 14 novembre 2019, A_____ a saisi la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) d'un recours contre la décision précitée. Elle a conclu, à titre provisionnel, à la restitution de l'effet suspensif s'agissant du refus de l'OCIRT de délivrer l'attestation jusqu'à droit jugé et, subsidiairement, à ce que seule l'inscription de son nom soit provisoirement retirée de la liste établie par l'intimé jusqu'à droit jugé.

La décision querellée consacrait une grave violation de son droit d'être entendu et faire perdurer ses effets serait totalement injustifié, car reviendrait à consacrer les effets d'une décision rendue de manière clairement irrégulière. En outre, cette décision portait une grave atteinte à ses intérêts, alors même que ses chances de succès sur le fond étaient importantes. Il y avait une volonté de l'OCIRT de nuire à la recourante, qui ne constituait pas un intérêt légitime. De plus, compte tenu des accusations infondées dont elle faisait l'objet et « des multiples procédures judiciaires parallèles en cours », elle n'avait aucune intention, dans l'immédiat, de soumissionner un nouveau marché public à Genève et n'entendait pas requérir une telle attestation ; l'exécution de cette décision n'était dès lors pas urgente. Enfin, il était contradictoire de ne pas retirer l'effet suspensif concernant la mesure d'exclusion des marchés publics et de déclarer le refus de délivrer l'attestation exécutoire nonobstant recours.

Sur le fond, la décision était injustifiée et arbitraire. La recourante avait fourni à l'OCIRT toute la documentation dont elle disposait, avait répondu aux exigences légales et avait respecté son devoir de collaborer. Certaines demandes de l'intimé n'étaient pas justifiées et il convenait à l'administration d'établir les faits d'office. De plus, les prétendus manquements retenus l'étaient sur la base d'un état de fait lacunaire et gravement erroné.

- 3) Le 2 décembre 2019, l'OCIRT a conclu au rejet de la demande de restitution de l'effet suspensif et de mesures provisionnelles.

La recourante n'étant plus titulaire de l'attestation, restituer l'effet suspensif dans ce cadre reviendrait à accorder à titre provisoire ce qu'elle voulait sur le fond, avant même que la procédure n'ait été instruite de manière complète ; un tel procédé était proscrit par la jurisprudence. L'art. 45 al. 1 let. a LIRT prévoyait expressément que cette décision était immédiatement exécutoire et l'OCIRT n'avait fait qu'appliquer la loi, qui ne permettait aucune latitude en la matière. Dans la mesure où la recourante mentionnait n'avoir aucune intention dans l'immédiat de soumissionner un nouveau marché public à Genève, elle n'avait pas d'intérêt juridique à demander la restitution de l'effet suspensif.

De même, la demande de suppression du nom de l'entreprise de la liste publiée en application de l'art. 45 al. 3 LIRT devait être rejetée. La situation dans laquelle se trouvait l'entreprise lui était entièrement imputable. Contrairement à ce qu'elle affirmait, de nombreux délais lui avaient été accordés pour qu'elle puisse exercer son droit d'être entendu. Enfin, les informations et documents fournis mettaient d'ores et déjà en lumière plusieurs violations des usages de la métallurgie du bâtiment, tel que détaillées dans la décision attaquée, notamment en matière d'enregistrement de temps de travail.

- 4) A_____ n'a pas exercé, sur effet suspensif, son droit à la réplique.
- 5) Sur quoi, la cause a été gardée à juger sur effet suspensif.

Considérant, en droit, que :

- 1) Interjeté en temps utile et devant la juridiction compétente, le recours est, prima facie, recevable sous ces angles (art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05 ; art. 62 al. 1 let. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).
- 2) Les décisions sur effet suspensif ou sur mesures provisionnelles sont prises par la présidente de la chambre administrative, respectivement par la vice-présidente, ou en cas d'empêchement de ceux-ci, par un juge (art. 7 al. 1 du règlement interne de la chambre administrative du 21 décembre 2010 ; ci-après : le règlement).

- 3) Sauf disposition légale contraire, le recours a effet suspensif à moins que l'autorité qui a pris la décision attaquée n'ait ordonné l'exécution nonobstant recours (art. 66 al. 1 LPA).
- 4) Lorsqu'aucun intérêt public ou privé prépondérant ne s'y oppose, la juridiction de recours peut, sur la demande de la partie dont les intérêts sont gravement menacés, retirer ou restituer l'effet suspensif (art. 66 al. 3 LPA). Cela vaut également lorsque l'effet suspensif est retiré ex lege, l'ordonnance procédurale valant décision incidente ressortant des effets ex tunc (Cléa BOUCHAT, l'effet suspensif en procédure administrative, 2015, p. 94 n. 251).

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

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

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

HAENER, Vorsorgliche Massnahmen in Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess in RDS 1997 II 253-420, 265).

Leur prononcé présuppose l'urgence, à savoir que le refus de les ordonner crée pour l'intéressé la menace d'un dommage difficile à réparer (ATF 130 II 149 consid. 2.2 ; 127 II 132 consid. 3 = RDAF 2002 I 405). Toutefois, elles ne sauraient, en principe tout au moins, anticiper le jugement définitif, ni équivaloir à une condamnation provisoire sur le fond, pas plus qu'aboutir abusivement à rendre d'emblée illusoire la portée du procès au fond (arrêts précités ; Cléa BOUCHAT, op. cit., p. 105 n. 280).

- 6) a. Lorsque l'effet suspensif a été retiré ou n'est pas prévu par la loi, l'autorité de recours doit examiner si les raisons pour exécuter immédiatement la décision entreprise sont plus importantes que celles justifiant le report de son exécution. Elle dispose d'un large pouvoir d'appréciation qui varie selon la nature de l'affaire. La restitution de l'effet suspensif est subordonnée à l'existence de justes motifs, qui résident dans un intérêt public ou privé prépondérant à l'absence d'exécution immédiate de la décision ou de la norme (arrêt du Tribunal fédéral 2C_1161/2013 du 27 février 2014 consid. 5.5.1).
- b. Pour effectuer la pesée des intérêts en présence, l'autorité de recours n'est pas tenue de procéder à des investigations supplémentaires, mais peut statuer sur la base des pièces en sa possession (ATF 117 V 185 consid. 2b ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_435/2008 du 6 février 2009 consid. 2.3 et les arrêts cités).
- 7) Toute entreprise soumise au respect des usages en vertu d'une disposition légale, règlementaire ou conventionnelle doit en principe signer un engagement de respecter les usages auprès de l'OCIRT, autorité compétente en vertu des art. 23 et 26 al. 1 LIRT, pour exercer le contrôle par ces entreprises du respect des usages pour le compte du département de la sécurité et de l'emploi (ci-après : DSE). Dans ce cadre, l'OCIRT délivre à l'entreprise une attestation, laquelle est de durée limitée (art. 25 al. 1 LIRT), soit trois mois (art. 40 al. 1 du règlement d'application de la loi sur l'inspection et les relations du travail du 23 février 2005 - RIRT - J 1 05.01). Cette dernière est réputée liée par un tel engagement dès l'instant où son personnel est amené à travailler sur un marché public (art. 25 al. 3 LIRT).

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

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

- 8) À teneur de l'art. 45 al. 1 LIRT, lorsqu'une entreprise visée par l'art. 25 LIRT ne respecte pas les conditions minimales de travail et de prestations sociales en usage, l'OCIRT peut notamment prononcer : une décision de refus de délivrance de l'attestation visée à l'art. 25 LIRT, pour une durée de trois mois à cinq ans laquelle est exécutoire nonobstant recours (let. a) et/ou l'exclusion de tout marché public pour une période de cinq ans au plus (let. c).

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

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

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

b. Il ressort du dossier que l'OCIRT a, par courrier du 14 juin 2019, demandé à la recourante la transmission, d'ici au 24 juin 2019, de documents justificatifs pour l'ensemble du personnel concerné, documents nécessaires au contrôle du respect des usages pendant la période de détachement ; la recourante a transmis divers documents par courriers des 21 et 26 juin 2019. Par nouveau courrier du 27 juin 2019, l'OCIRT lui a fait savoir qu'il était toujours dans l'attente de pièces complémentaires.

Le 2 juillet 2019, l'OCIRT a adressé à la recourante un avertissement avant le prononcé d'une sanction administrative. Il constatait que A_____ n'avait que partiellement donné suite aux demandes de renseignements antérieurs. La recourante était sommée de faire parvenir les bulletins de paie établis par l'entreprise pour chaque mois de détachement sur le canton de Genève ; la fiche concernant les demandes de renseignements sur la durée du travail et la prise en charge des frais, dûment complétée, datée et signée pour chaque travailleur détaché ; les pièces comptables démontrant l'indemnisation des transports, des repas et du logement. Un délai lui était imparti au 12 juillet 2019 pour transmettre l'ensemble des renseignements, à défaut de quoi l'OCIRT prononcerait une sanction administrative prévue par l'art. 45 LIRT. La recourant a répondu par courriers des 1^{er}, 8 et 12 juillet 2019.

Toutefois, considérant que les renseignements et documents demandés étaient incomplets, l'OCIRT a adressé à la recourante, le 31 juillet 2019, un nouvel avertissement. Il manquait en effet les contrats de travail de vingt-neuf employés et

les formulaires OCIRT concernant les demandes de renseignements sur la durée du travail et la prise en charge des frais de septante-six employés. Un dernier délai au 15 août 2019 lui était octroyé pour faire parvenir les documents complémentaires, à défaut de quoi il prononcerait à son encontre la sanction administrative prévue à l'art. 45 LIRT. Par courrier du 13 août 2019, A_____ a répondu que l'établissement de ces documents se révélait extrêmement difficile à obtenir et qui ne lui serait pas possible de faire remplir les fiches de contrôle manquantes dans le délai imparti, notamment dans la mesure où certains employés étaient domiciliés hors de Suisse ; elle demandait un nouveau délai au 27 septembre 2019. Enfin, par courrier du 23 août 2019, la recourante a donné un certain nombre d'explications, fait savoir à l'OCIRT que son précédent courrier comportait des erreurs et invité ce dernier à reconsidérer sa position au sujet des injonctions de paiement. En substance, elle contestait en tous points les faits reprochés ainsi que la violation de son obligation de collaborer.

c. La recourante n'a pas contesté s'être vu notifier la décision du 31 juillet 2019, valant avertissement au sens de l'art. 42A RIRT. Elle conteste ne pas y avoir donné suite, à tout le moins partiellement, dans le délai, mais ne rend pas, *prima facie*, cet allégué vraisemblable. Dans ces conditions, en l'état du dossier, l'autorité intimée n'a fait qu'appliquer la loi, laquelle ne lui accorde aucune latitude lorsqu'elle opte pour une telle sanction. Par ailleurs, restituer l'effet suspensif sollicité reviendrait à accorder à titre provisoire ce que la recourante veut sur le fond, avant même d'avoir instruit de manière complète la procédure. Un tel procédé est proscrit par la jurisprudence rappelée ci-dessus. Dans la mesure où la recourante ne rend, en l'état et sans préjudice de l'examen au fond, pas vraisemblable qu'elle se serait conformée à son obligation de fournir toutes les pièces réclamées par l'OCIRT, ses chances de succès n'apparaissent pas d'emblée manifestes. La décision prise échappant, à première vue, à tout grief d'arbitraire, la chambre administrative ne restituera pas l'effet suspensif au recours concernant cet aspect, sans qu'il y ait besoin de procéder à une pesée des intérêts (ATA/1541/2019 du 14 octobre 2019 ; ATA/439/2016 du 26 mai 2016, consid. 9 à 11 b.)

10) La recourante prétend avoir régularisé sa situation à l'égard de l'OCIRT.

Il ne s'agit pas de circonstances de nature à influencer sur la procédure en mesures provisionnelles dès lors que l'éventuelle régularisation de la situation, au demeurant postérieure à la décision querellée, devra faire l'objet d'un examen au fond.

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

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

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

De surcroît, il ressort, prima facie, du dossier que l'OCIRT a accordé à plusieurs reprises des délais à l'entreprise concernée, depuis juin 2019, pour fournir des documents que la recourante dit ne pas pouvoir fournir depuis plusieurs mois.

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

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

LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

rejette la requête de restitution d'effet suspensif et de mesures provisionnelles ;

réserve le sort des frais de la procédure jusqu'à droit jugé au fond ;

dit que conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), la présente décision peut être portée dans les trente jours qui suivent sa notification par-devant le Tribunal fédéral, par la voie du recours en matière de droit public ; le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire ; il doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. La présente décision et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

communique la présente décision à Me Vincent Solari, avocat de la recourante, ainsi qu'à l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail.

La vice-présidente :

F. Krauskopf

Copie conforme de cette décision a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :