

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2057/2020-EXPLOI

ATA/1211/2020

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 1^{er} décembre 2020

1^{ère} section

dans la cause

A_____

représentée par la Fédération des entreprises romandes, soit pour elle Madame Olivia
GUYOT UNGER

contre

OFFICE CANTONAL DE L'INSPECTION ET DES RELATIONS DU TRAVAIL

EN FAIT

- 1) A_____ (ci-après : l'association) a été constituée le _____ 1997. Selon l'art. 2 de ses statuts, elle « œuvre pour une écologie solidaire : pour plus de convivialité et d'entraide, d'échange et de transmission de savoirs être et savoirs faire entre les générations ; au travers de son programme participatif, A_____ aide particulièrement les jeunes à se responsabiliser, à développer autonomie et créativité, à se relier à la terre et à préserver sa fonction nourricière ».
- 2) a. Par décision du 16 mai 2019, l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail (ci-après : OCIRT) a notamment :
 1. refusé de délivrer à l'association l'attestation visée à l'art. 25 de la loi sur l'inspection et les relations du travail du 12 mars 2004 (LIRT - J 1 05) pour une durée de trois ans à compter de la notification de la décision ;
 2. exclu l'association de tous les marchés publics futurs ;
 3. dit que la décision était exécutoire nonobstant recours ;

Le nom de l'entreprise figurerait dorénavant sur la liste publiquement accessible des entreprises ayant été sanctionnées par l'OCIRT.
- b. L'association n'a pas interjeté recours contre cette décision.
- 3) Le 26 juin 2019, le Conseil d'État et l'organe genevois de répartition des bénéficiaires de la Loterie romande ont décidé d'attribuer à l'association une aide financière de CHF 130'000.-. Cette attribution était conditionnée à la réalisation d'un certain nombre de conditions dont la preuve du respect des conditions de travail et de salaires en usage.
- 4) Le 18 septembre 2019, l'association a sollicité la reconsidération de la décision du 16 mai 2019.
- 5) Le 18 décembre 2019, le Conseil d'État a indiqué à l'association qu'il révoquait l'aide financière proposée, au motif du non-respect des conditions auxquelles celle-ci était subordonnée.
- 6) Par décision du 9 juin 2020, l'OCIRT a rejeté la demande de reconsidération.

Les documents justificatifs et renseignements reçus de la part de l'association dans le cadre du contrôle du respect des conditions de travail et de salaires en usage pour la période de 2017 – 2019 ne permettaient pas d'établir que celle-ci respectait les usages.

Bien qu'une nette amélioration de l'organisation administrative et des ressources humaines (ci-après : RH) aient été constatée depuis le contrôle du 15 octobre 2019, notamment grâce à la récente mise en place de modèles de contrats de travail, de cahiers des charges, de relevés horaires et d'une planification des vacances, l'office constatait que celle-ci aurait une portée positive sur l'avenir, mais n'avaient aucune incidence sur la gestion passée. L'association n'avait pas démontré être en règle en matière de durée de travail et des rémunérations usuelles. L'inexistence de justificatifs relatifs aux horaires de travail et de repos, de contrats de travail, voire de tout autre document probant permettant d'établir les faits pertinents pour la période sous contrôle, empêchait la vérification des éléments essentiels du contrat de travail, des profils et des fonctions professionnels des travailleurs et, par conséquent, le respect des salaires usuels, des majorations salariales et de la prise en compte de l'intégralité des prestations en nature. Suivaient l'exemple de la situation d'un employé déterminé et le relevé d'informations contradictoires transmises à son propos.

L'OCIRT avait constaté un nombre important de personnes ayant travaillé au sein de l'association pour des salaires particulièrement bas, pouvant être qualifiés de cas de sous-enchère salariale. La mission d'utilité publique dont l'association se prévalait ne pouvait justifier l'existence de salaires bas, voire de différentes formes de bénévolat. Si l'association avait admis des ajustements salariaux, elle n'avait pas démontré que les rattrapages y relatifs avaient été effectués. Au vu des informations dont il disposait, l'association faisait l'objet d'actes de défaut de biens à hauteur de CHF 81'781.80 en octobre 2019. Parmi les montants figurait une dette de CHF 12'581.70 concernant le remboursement non effectué d'une allocation en retour d'emploi, en vertu d'une décision administrative de l'OCIRT depuis 2015. À la même période, CHF 14'973.05 étaient dus à l'administration fiscale cantonale et CHF 48'193.70 à l'administration fédérale des contributions au titre de la TVA. À cela s'ajoutait un crédit de CHF 75'000.- auprès de la banque alternative et ayant servi à solder les dettes sociales à fin août 2019. L'association n'offrait pas la garantie d'une saine et durable gestion financière. Une mise en conformité partielle, postérieure à la décision rendue, n'était pas propre à remettre en cause le bien-fondé de celle prononcée le 16 mai 2019, d'autant que l'entier des usages n'était toujours pas respecté.

- 7) Le 9 juillet 2020, l'association 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 l'annulation de la décision du 9 juin 2019 et, cela fait, à ce qu'il soit ordonné à l'OCIRT de délivrer l'attestation prévue à l'art. 25 LIRT. Préalablement, l'effet suspensif devait être accordé au recours en ce qui concernait la publication de son nom sur la liste publiquement accessible des

entreprises ayant été sanctionnées. Il devait être ordonné à l'OCIRT de retirer sans délai son nom de ladite liste.

Elle avait un but d'utilité publique. Ses activités portaient notamment sur la réinsertion, l'intégration et la formation de personnes en rupture socio-professionnelle.

Au 30 juin 2020, le total des poursuites dirigées à son encontre s'élevait à CHF 6'975.10 et celui des actes de défauts de biens à CHF 74'046.40. À l'exception de deux montants, l'intégralité des sommes dues concernait des arriérés de TVA et d'impôt à la source. Les premiers avaient fait l'objet d'un arrangement de paiement et le solde des impôts à la source d'une demande de remise à hauteur de CHF 5'000.-.

L'OCIRT avait mal constaté les faits. L'association lui avait remis, au fur et à mesure de l'évolution de la situation, notamment de l'assainissement de ses états financiers, tous les documents pertinents sur la base desquels il pouvait reconsidérer sa décision.

De nombreuses entités publiques, notamment l'État de Genève par le biais du service de probation et d'insertion (ci-après : SPI) notamment, parapubliques tel l'Hospice général (ci-après : l'hospice), et privées, notamment des écoles privées et des entreprises, faisaient confiance à l'association depuis de nombreuses années en lui déléguant des tâches d'insertion, d'intégration et de formation.

La situation de ses employés, tous en formation professionnelle, n'était donc pas comparable avec celles d'employés d'autres entreprises de la branche de la jardinerie ou du montage de stands par exemple. L'affirmation selon laquelle elle pratiquerait de la sous-enchère salariale violait la loi.

Elle produisait des attestations de l'hospice et du SPI prouvant leur collaboration et la qualité du travail qu'elle effectuait.

- 8) Par décision du 26 août 2020, la présidence de la chambre administrative a rejeté la requête en mesures provisionnelles.

L'inscription sur la liste répertoriant les entreprises en infraction était 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 était de l'art. 45 al. 1 let. a LIRT, il ne pouvait pas être, pour les mêmes motifs, fait droit à la requête de mesures provisionnelles en ce qu'elle tendait 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). Il le pouvait en l'espèce d'autant

moins que dans le cadre d'une procédure en reconsidération de la décision initiale, définitive et exécutoire.

- 9) L'OCIRT a conclu au rejet du recours.

Il a développé point par point et repris de façon détaillée, notamment les pièces et les échanges de correspondance avec l'association.

Il a notamment relevé qu'une indemnité de CHF 20.- était versée aux personnes en provenance de l'hospice. Or, selon la convention qui liait l'association et l'hospice, celle-là s'était engagée à ne pas employer de bénéficiaires de l'hospice en lieu et place de personnel fixe, temporaire, en congé maladie, accident, maternité ou vacances. La même convention prévoyait que la recourante ne verserait aucune rémunération aux bénéficiaires de l'hospice pendant la durée du contrat de contre-prestations/activités de réinsertion. Par ailleurs, les personnes n'apparaissaient dans aucun des certificats de salaires fournis par la recourante, ni sur aucune autre pièce comptable transmise, notamment la liste des salaires déclarés à l'AVS pour 2018. Cette indemnité était en conséquence problématique dès lors qu'il s'agissait d'une main-d'œuvre dont on ne savait pour ainsi dire presque rien et dont l'office n'avait pas pu contrôler les conditions de travail.

S'agissant de sa situation financière, ses états financiers n'avaient pas été révisés. Rien ne garantissait dès lors que les actifs immobilisés à hauteur de CHF 1'344'817.- n'avaient pas été surévalués. Le bénéfice du compte de résultats, en 2019, en CHF 55'614.-, ne provenait pas d'une entrée de liquidités ni de l'activité propre de la recourante, mais était dû à une simple écriture comptable, non révisée, intitulée « reprise des amortissements de 2016 à 2019 ».

L'association intervenait également sur les marchés publics comme un véritable employeur avec toutes les responsabilités légales que cela comportait, conformément à son engagement à respecter les usages, signé dès 2009 et renouvelé à plusieurs reprises, la dernière fois le 6 mai 2019, et à l'art. 13 de ses propres statuts. De fait, la recourante avait employé de nombreuses personnes sans parvenir à fournir à l'office des informations nécessaires au contrôle du respect des usages.

- 10) L'association n'ayant pas souhaité répliquer dans le délai qui lui avait été imparti pour ce faire, la cause a été gardée à juger le 2 octobre 2020, ce dont les parties ont été informées.

EN DROIT

- 1) Interjeté en temps utile et devant la juridiction compétente, le recours est recevable (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) L'objet du litige consiste à déterminer si l'OCIRT était fondé à rejeter la demande de reconsidération.
- 3) a. L'autorité administrative qui a pris une décision entrée en force n'est obligée de la reconsidérer que si sont réalisées les conditions de l'art. 48 al. 1 LPA.

Une telle obligation existe lorsque la décision dont la reconsidération est demandée a été prise sous l'influence d'un crime ou d'un délit (art. 80 let. a LPA) ou que des faits ou des moyens de preuve nouveaux et importants existent, que le recourant ne pouvait connaître ou invoquer dans la procédure précédente (art. 80 let. b LPA : faits nouveaux « anciens » ; ATA/539/2020 du 29 mai 2020 consid. 5b et l'arrêt cité).

Une telle obligation existe également lorsque la situation du destinataire de la décision s'est notablement modifiée depuis la première décision (art. 48 al. 1 let. b LPA). Il faut entendre par là des faits nouveaux « nouveaux », c'est-à-dire survenus après la prise de la décision litigieuse, qui modifient de manière importante l'état de fait ou les bases juridiques sur lesquels l'autorité a fondé sa décision, justifiant par là sa remise en cause (ATA/1620/2019 du 5 novembre 2019 consid. 3a ; ATA/159/2018 du 20 février 2018 consid. 3a). Pour qu'une telle condition soit réalisée, il faut que survienne une modification importante de l'état de fait ou des bases juridiques, ayant pour conséquence, malgré l'autorité de la chose jugée rattachée à la décision en force, que cette dernière doit être remise en question (ATA/539/2020 précité consid. 4b ; ATA/830/2016 du 4 octobre 2016 consid. 2a).

b. Une demande de reconsidération ne doit pas permettre de remettre continuellement en cause des décisions entrées en force et d'éluder les dispositions légales sur les délais de recours (ATF 136 II 177 consid. 2.1 ; Thierry TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2^{ème} éd., 2018, n. 1417). C'est pourquoi, en principe, l'administré n'a aucun droit à ce que l'autorité entre en matière sur sa demande de reconsidération, sauf si une telle obligation de l'autorité est prévue par la loi ou si les conditions particulières posées par la jurisprudence sont réalisées (ATF 120 Ib 42 consid. 2b ; Thierry TANQUEREL, op. cit., n. 1417). La procédure de reconsidération ne constitue pas un moyen de réparer une erreur de droit ou une omission dans une précédente procédure (ATF 111 Ib 211).

c. Saisie d'une demande de reconsidération, l'autorité examine préalablement si les conditions de l'art. 48 LPA sont réalisées. Si tel n'est pas le cas, elle rend une

décision de refus d'entrer en matière qui peut faire l'objet d'un recours dont le seul objet est de contrôler la bonne application de cette disposition (ATF 117 V 8 consid. 2 ; 109 Ib 246 consid 4a ; Thierry TANQUEREL, op. cit., n. 1430).

Si lesdites conditions sont réalisées, ou si l'autorité entre en matière volontairement sans y être tenue, et rend une nouvelle décision identique à la première sans avoir réexaminé le fond de l'affaire, le recours ne pourra en principe pas porter sur ce dernier aspect. Si la décision rejette la demande de reconsidération après instruction, il s'agira alors d'une nouvelle décision sur le fond, susceptible de recours. Dans cette hypothèse, le litige a pour objet la décision sur réexamen et non pas la décision initiale (arrêts du Tribunal fédéral 2C_319/2015 du 10 septembre 2015 consid. 3 ; 2C_406/2013 du 23 septembre 2013 consid. 4.1 ; ATA/1786/2019 du 10 décembre 2019 consid. 4d).

- 4) a. Toute entreprise soumise au respect des usages en vertu d'une disposition légale, réglementaire ou conventionnelle doit en principe signer auprès de l'OCIRT un engagement de respecter les usages. 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). Elle 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).
- b. L'OCIRT est également compétent pour exercer le contrôle du respect des usages pour le compte du département de la sécurité et de l'emploi (ci-après : DSE). Les entreprises en infraction aux usages font l'objet de sanctions prévues à l'art. 45 LIRT.

Ainsi, 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 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 (art. 45 al. 1 let. a LIRT). L'OCIRT peut également prononcer l'exclusion de tout marché public pour une période de cinq ans au plus (art. 45 al. 1 let. c LIRT).

Dans le cadre du contrôle du respect des usages, l'employeur est tenu de collaborer avec l'OCIRT (art. 42 RIRT). Il doit notamment tenir à leur disposition ou fournir à leur demande toute pièce utile à l'établissement du respect des usages (art. 42 al. 2 RIRT). 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. 42 A 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.

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).

- 5) En l'espèce, l'autorité intimée est entrée en matière sur la demande de reconsidération et l'a rejetée.

L'autorité intimée a retenu « qu'une nette amélioration de l'organisation administrative et RH [avait] été initiée ». Elle était toutefois sans incidence sur la gestion passée et pour laquelle l'association n'avait toujours pas fourni tous les documents et explications nécessaires à une régularisation de sa situation. Ainsi les CV et les cahiers des charges d'anciens employés n'avaient toujours pas été produits, et certaines allégations sur les horaires d'employés restaient contradictoires.

Il n'est toutefois pas contesté par la demanderesse que des dettes subsistent, notamment auprès de l'administration fédérale des contributions, qu'aucun document ne prouve l'accord de l'administration fiscale cantonale avec s'est améliorée, de nombreux documents et renseignements continuent à manquer s'agissant des deux dernières années notamment, et que la situation du paiement d'un tarif horaire de CHF 20.- pour les personnes concernées par le contrat entre l'association et l'hospice reste incompatible avec les clauses de ce dernier, sans que les explications idoines aient été, en l'état, fournies.

Dès lors, compte tenu du large pouvoir d'appréciation dont bénéficie l'autorité intimée, c'est sans abus ni excès de celui-ci qu'elle a considéré que la situation ne s'était pas notablement modifiée au sens de l'art. 48 LPA et qu'elle a rejeté la demande de reconsidération, l'association n'ayant pas démontré le respect de l'entier des usages sur la période contrôlée.

Mal fondé, le recours sera par conséquent rejeté.

- 6) Vu l'issue du recours, un émolument de CHF 500.- sera mis à la charge de la recourante, qui succombe (art. 87 al. 1 LPA), et aucune indemnité de procédure ne lui sera allouée (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 9 juillet 2020 par B_____ contre la décision de l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail du 9 juin 2020 ;

au fond :

le rejette ;

met un émolument de CHF 500.- à la 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 ;

communique le présent arrêt à B_____ ainsi qu'à l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail.

Siégeant : Mme Payot Zen-Ruffinen, présidente, M. Verniory, Mme Lauber, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière-juriste :

F. Cichocki

la présidente siégeant :

F. Payot Zen-Ruffinen

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :