RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/135/2023-EXPLOI **ATA/680/2023**

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 26 juin 2023

2ème section

dans la cause

A_____ Sàrl **recourante**

contre

OFFICE CANTONAL DE L'INSPECTION ET DES RELATIONS DU TRAVAILintimé

EN FAIT

A. **a.** A_____ Sàrl (ci-après : A_____), inscrite au registre du commerce (ci-après : RC) du canton de Vaud le 16 avril 2018, a son siège à B_____, pour associé gérant C_____ et pour but la fabrication, la commercialisation, la vente et le montage de fenêtres, portes, portes de garage, portails, vérandas, volets et stores. Elle possède des succursales à Fribourg, Neuchâtel et Genève.

B. **a.** Le 16 août 2022, l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail (ci-après : OCIRT) a procédé à un contrôle du chantier de la surélévation et transformation d'un pavillon scolaire à l'avenue du D_____ _____, objet d'un marché public, et a identifié un ouvrier employé de A_____.

b. Par courriel du 24 août 2022, l'OCIRT a rappelé à A_____ qu'elle était soumise à la réglementation sur la passation des marchés publics et devait respecter les conditions minimales de travail en usage dans son secteur d'activités, soit le second œuvre. Elle l'a invitée à consulter ceux-ci et à lui remettre le 9 septembre 2022 au plus tard : la liste de son personnel actif à Genève, mentionnant les qualifications, l'expérience, la date d'engagement et le taux d'activité ; la durée hebdomadaire contractuelle du travail ; les fiches salariales (respect des salaires minimaux et versement du 13^{e} salaire et/ou gratification) établis par l'entreprise pour chaque mois de détachement partiel ou total sur le canton de Genève ; les pièces comptables démontrant l'indemnisation des transports, du temps de voyage, de la subsistance et du logement s'il y avait lieu ; la fiche « durée du travail – demande de renseignements complémentaires » complétée, datée et signée par chaque salarié ; l'engagement à respecter les usages daté et signé.

c. Par courrier A+ du 27 octobre 2022, l'OCIRT a indiqué à A_____ ne pas avoir reçu de réponse et lui a imparti un nouveau délai au 4 novembre 2022 pour lui faire parvenir les documents demandés.

d. Par courrier A+ du 15 novembre 2022, l'OCIRT a adressé à A_____ un avertissement avec droit d'être entendu avant le prononcé d'une sanction administrative.

Elle n'avait toujours pas donné suite à la demande de produire des documents, dont la liste était reproduite. Elle était passible d'une sanction d'exclusion des marchés publics. Un dernier délai lui était imparti au 30 novembre 2022 pour faire parvenir les documents et d'éventuelles observations.

e. Par décision du 15 décembre 2022, l'OCIRT a (1) refusé de délivrer à A_____ 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 deux ans, (2) lui a infligé une amende administrative de CHF 12'100.-, (3) l'a exclue de tout marché public futur durant deux ans, (4) a dit que le ch. 1 du dispositif était exécutoire nonobstant recours, (5) perçu un émolument de CHF 100.- et (6) a réservé les procédures de contrôle et de mise en conformité au droit public.

Elle avait enfreint son obligation de collaborer en ne transmettant pas les documents requis malgré plusieurs demandes successives, ce qui empêchait l'autorité de procéder au contrôle complet de l'entreprise et vérifier le respect des usages et constituait une infraction grave.

C. **a.** Par acte remis à la poste le 16 janvier 2023, A_____ a recouru auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre cette décision, soit le courrier « Sanction administrative » et la « facture de CHF 12'200.- ».

Elle produisait le contrat de travail, les fiches de salaire et l'avis de virement bancaire relatifs au salarié E_____. Celui-ci avait effectué « une journée de SAV sur le chantier Avenue du D_____ _____, l'ensemble des travaux ayant été sous-traités à l'entreprise F_____ ». Elle produisait également un extrait du RC, les attestations AVS, LPP, LAA et Helsana pour l'année 2022, ainsi que les formulaires « Engagement à respecter les usages » et « Durée du travail » dûment complétés et signés. En cas de question, C_____ était « joignable au 1_____ ».

b. Le 17 février 2023, A_____ a produit le titre de séjour et le certificat d'assurance AVS de E_____ ainsi que les factures et les preuves de paiement du sous-traitant chargé de l'ensemble des travaux.

c. Le 17 février 2023, l'OCIRT a conclu au rejet du recours.

La remise tardive, même de l'entier des documents et renseignements réclamés, ne remettait pas en cause la validité de la sanction de la violation de l'obligation de renseigner.

d. Le 23 mars 2023, A_____ a répliqué.

Elle persistait à remettre en cause la décision. Si la chambre administrative jugeait qu'une sanction pour remise tardive devait tout de même être prononcée, elle refusait catégoriquement de payer l'amende de CHF 12'100.-.

e. L'OCIRT ne s'est pas déterminé dans le délai imparti au 24 avril 2023.

f. Le 3 mai 2023, les parties ont été informées que la cause était gardée à juger.

D. **a.** L'entreprise en raison individuelle F_____ est inscrite au RC genevois depuis le 16 février 2021. Elle a pour adresse rue G_____ _____ et pour but « peinture, placo-plâtre ainsi que pose de fenêtres et portes, carrelage et parquet ».

b. Dans le registre informatisé de la population « Calvin », C_____ est domicilié rue G_____ _____ et a pour logeur H_____.

c. La fiche de salaire de E_____ pour le mois de juin 2022 indique un salaire brut de CHF 190.50 par jour pour 13 jours de travail, soit CHF 2'476.50. Elle indique par ailleurs le remboursement de CHF 200.- de frais de transport (« km »). Les fiches de salaire de juillet à octobre 2022 indiquent un salaire mensuel brut de CHF 4'000.- et celle de décembre 2022 un salaire brut de CHF 5'416.70, treizième salaire compris.

d. F_____ a adressé à A_____ deux factures pour pose de fenêtres, de CHF 5'000.- le 3 août 2022 et CHF 13'000.- le 29 août 2022.

EN DROIT

1. Le recours a été interjeté en temps utile devant la juridiction compétente (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. La recourante n'a pas pris de conclusions formelles.

2.1 Selon l'art. 65 LPA, l'acte de recours contient, sous peine d'irrecevabilité, la désignation de la décision attaquée et les conclusions du recourant (al. 1). Il contient également l'exposé des motifs ainsi que l'indication des moyens de preuve (al. 2). Compte tenu du caractère peu formaliste de cette disposition, la jurisprudence fait preuve d'une certaine souplesse s'agissant de la manière par laquelle sont formulées les conclusions du recourant. Le fait qu'elles ne ressortent pas expressément de l'acte de recours n'est, en soi, pas un motif d'irrecevabilité, pour autant que l'autorité judiciaire et la partie adverse puissent comprendre avec certitude les fins du recourant (ATA/770/2015 du 28 juillet 2015 ; ATA/958/2014 du 2 décembre 2014 ; ATA/754/2014 du 23 septembre 2014 ; ATA/427/2014 du 12 juin 2014).

2.2 En l'espèce, la recourante a recouru contre « le courrier » et « la facture », puis persisté à « remettre en cause » la décision. On comprend de ses écritures qu'elle conclut à l'annulation de la décision. Il s'ensuit que son recours est recevable.

3. Le litige porte uniquement sur la sanction de la violation de l'obligation d'informer de la recourante.

3.1 Aux termes de l'art. 3 LIRT, l'OCIRT est chargé de contrôler, en collaboration avec les autres autorités et organismes concernés, les installations, l'organisation mise en place, ainsi que les mesures prises pour garantir la protection de la santé et la sécurité des travailleurs. L'inspection paritaire des entreprises a également la faculté d'effectuer de tels contrôles. Ils sont habilités à exiger des employeurs à cette fin tous documents et renseignements nécessaires, sous peine des sanctions prévues par la LIRT et par le droit fédéral.

3.2 Selon l'art. 25 al. 1 LIRT, sont soumises au respect des usages les entreprises pour lesquelles une disposition légale, réglementaire ou conventionnelle spéciale le prévoit.

3.3 Selon l'art. 26 LIRT, le département est compétent pour contrôler le respect des usages au sein des entreprises concernées. Cette compétence est exercée par l'OCIRT, sous réserve de l'al. 2. L'inspection paritaire a également la faculté d'effectuer de tels contrôles (al. 1). Dans les secteurs couverts par une convention collective de travail étendue, le département peut déléguer aux associations contractantes le contrôle du respect des usages, par le biais d'un contrat de prestations (al. 2).

3.4 Selon l'art. 40 du règlement d'application de la loi sur l'inspection et les relations du travail du 23 février 2005 (RIRT - J 1 05.01) dans sa teneur en vigueur au moment des faits, l'OCIRT délivre l'attestation du respect des usages sur demande de l'entreprise (al. 1). Il peut surseoir à la délivrance de l'attestation, si, au moment où l'attestation est demandée, l'office dispose d'indices laissant présumer que l'entreprise ne respecte pas les usages. Dans ce cas, l'attestation n'est délivrée qu'au terme du contrôle permettant à l'OCIRT de constater que l'entreprise respecte les usages applicables à son secteur d'activité (al. 2). La durée de validité de l'attestation délivrée par l'OCIRT est de trois mois, sous réserve de dispositions légales, réglementaires ou conventionnelles prévoyant une durée inférieure (al. 3).

3.5 Selon l'art. 42 RIRT dans sa teneur en vigueur au moment des faits, dans le cadre du contrôle du respect des usages, l'employeur est tenu de donner accès à ses locaux à l'OCIRT ou à la commission paritaire chargée du contrôle par délégation (al. 1). Il tient à leur disposition ou fournit à leur demande toutes pièces utiles à l'établissement du respect des usages (al. 2). Les pièces considérées comme utiles sont détaillées à l'al. 3, et comprennent notamment le règlement et l'organigramme de l'entreprise, les contrats de travail, les horaires effectifs détaillés (durée du travail, début et fin du travail, pauses, jours de congé, vacances), les attestations de salaire détaillées et les décomptes de cotisations sociales.

3.6 Selon l'art. 45 al. 1 LIRT, lorsqu'une entreprise visée par l'art. 25 ne respecte pas les conditions minimales de travail et de prestations sociales en usage ou le salaire minimum prévu à l'art. 39K, l'OCIRT peut prononcer : (a) une décision de refus de délivrance de l'attestation visée à l'art. 25 pour une durée de trois mois à cinq ans ; la décision est immédiatement exécutoire ; (b) une amende administrative de CHF 60'000.- au plus ; (c) l'exclusion de tous marchés publics pour une période de cinq ans au plus. Selon l'al. 2, les mesures et sanctions visées à l'al. 1 sont infligées en tenant compte de la gravité et de la fréquence de l'infraction ainsi que des circonstances dans lesquelles elle a été commise. Elles peuvent être cumulées.

3.7 Selon l'art. 46 al. 1 LIRT, les contraventions aux dispositions d'ordre de la LIRT sont sanctionnées par une amende administrative de CHF 100.- à CHF 5'000.-.

3.8 Selon l'art. 42 al. 4 RIRT dans sa teneur en vigueur au moment des faits, l'OCIRT refuse de délivrer l'attestation du respect des usages à l'employeur qui enfreint son obligation de collaborer et ne fournit pas les renseignements ou pièces dans le délai imparti ; il procède conformément à l'art. 42A RIRT.

3.9 Selon l'art. 42A RIRT, en cas d'infraction aux usages ou de refus de renseigner au sens de l'art. 42 al. 4 RIRT, l'OCIRT notifie à l'entreprise un avertissement et lui accorde un délai pour se mettre en conformité (al. 1). Si le contrevenant ne donne pas suite dans les délais, l'OCIRT prononce les sanctions prévues à l'art. 45 al. 1 LIRT (al. 2).

3.10 En l'espèce, la recourante n'as pas donné suite à trois demandes successives de renseignements et de documentation de l'OCIRT. Elle ne conteste ni son assujettissement à l'obligation d'informer, ni avoir reçu les demandes successives de l'OCIRT ni avoir omis d'y répondre. C'est ainsi conformément à la loi que l'OCIRT a retenu dans la décision querellée qu'elle avait violé son obligation de collaborer.

La recourante a finalement transmis des documents. Ce n'est toutefois que dans le cadre de son recours devant la chambre de céans. De jurisprudence constante, elle ne saurait en tirer argument, l'infraction de violation de l'obligation de collaborer ayant été consommée (ATA/930/2019 du 21 mai 2019 consid. 6 ; ATA/553/2018 du 5 juin 2018 consid. 4). L'intimé relève à raison que la collaboration des entreprises est essentielle pour l'application de la loi, dès lors que les renseignements et les pièces fournis par les employeurs sont seuls à même de permettre l'effectuation des contrôles et notamment la vérification que les conditions de travail, de rémunération et d'assurance sont respectées.

La commission d'une infraction et le principe d'une sanction sont ainsi acquis.

4. Il reste à examiner si la quotité de la sanction est proportionnée.

4.1 L'autorité qui prononce une mesure administrative ayant le caractère d'une sanction doit également faire application des règles contenues aux art. 47 ss du Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP - RS 311.0 ; principes applicables à la fixation de la peine), soit tenir compte de la culpabilité de l'auteur et prendre en considération, notamment, les antécédents et la situation personnelle de ce dernier (art. 47 al. 1 CP ; ATA/651/2022 du 23 juin 2022 consid. 14d et les arrêts cités). Si les antécédents constituent une circonstance aggravante, l'absence d'antécédents est une circonstance neutre qui n'a pas l'effet de minorer la sanction (ATA/435/2023 du 25 avril 2023 consid. 11 et l'arrêt cité).

La culpabilité est déterminée par la gravité de la lésion ou de la mise en danger du bien juridique concerné, par le caractère répréhensible de l'acte, par les motivations et les buts de l'auteur et par la mesure dans laquelle celui-ci aurait pu éviter la mise en danger ou la lésion, compte tenu de sa situation personnelle et des circonstances extérieures (art. 47 al. 2 CP ; ATA/651/2022 précité consid. 14d et les arrêts cités).

Il doit être également tenu compte, en application de l'art. 106 al. 3 CP, de la capacité financière de la personne sanctionnée (ATA/651/2022 précité consid. 14f et la référence citée ; Michel DUPUIS/Laurent MOREILLON/Christophe PIGUET/Séverine BERGER/Miriam MAZOU/Virginie RODIGARI [éd.], Code pénal - Petit commentaire, 2ème éd., 2017, n. 6 ad. art. 106 CP).

L'autorité jouit d'un large pouvoir d'appréciation pour fixer la quotité de l'amende. La chambre de céans ne le censure qu'en cas d'excès ou d'abus. Sont pris en considération la nature, la gravité et la fréquence des infractions commises dans le respect du principe de proportionnalité (art. 5 al. 2 Cst. ; ATA/651/2022 précité consid. 14e et les arrêts cités).

4.2 En l'espèce, l'infraction est d'une gravité relative. La recourante n'a pas collaboré, étant observé que la documentation remise tardivement ne semble toujours pas complète, la recourante n'ayant fourni ni explications ni documents sur le nombre, l'identité et les conditions de travail de son personnel actif à Genève. Il ne ressort pas du dossier que la recourante présenterait des antécédents.

Dans ces circonstances, la sanction – cumulant refus de délivrer l'attestation pour une durée de deux ans, exclusion de tout marché public futur durant deux ans et amende administrative de CHF 12'100.- – apparaît disproportionnée et constitutive d'un abus du pouvoir d'appréciation de l'autorité.

Le recours sera partiellement admis. La décision sera confirmée dans son principe mais le refus de délivrer l'attestation et l'exclusion de tout marché public futur

seront ramenés à une durée d'un an et l'amende à un montant de CHF 3'000.-, la recourante ne soutenant pas que l'amende mettrait en péril sa viabilité.

5. Vu l'issue du litige, un émolument réduit de CHF 500.- sera mis à la charge de la recourante (art. 87 al. 1 LPA) et aucune indemnité de procédure ne sera allouée, celle-ci n'y ayant pas conclu et n'apparaissant pas avoir exposé de frais pour sa défense (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 16 janvier 2023 par A_____ Sàrl contre la décision de l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail du 15 décembre 2022 ;

au fond :

l'admet partiellement ;

fixe à un an la durée du refus de délivrer à A_____ Sàrl l'attestation visée à l'art. 25 LIRT et de son exclusion de tout marché public futur et à CHF 3'000.- le montant de l'amende administrative ;

confirme pour le surplus la décision du 15 décembre 2022 ;

met à la charge de A_____ Sàrl un émolument de CHF 500.- ;

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 A_____ Sàrl ainsi qu'à l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail.

Siégeant : Claudio MASCOTTO, président, Florence KRAUSKOPF, Jean-Marc VERNIORY, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière :	le président siégeant :
C. MARINHEIRO	C. MASCOTTO

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le la greffière :