RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1582/2021-EXPLOI **ATA/618/2021**

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Décision du 10 juin 2021

sur mesures provisionnelles

dans la cause

A_____ SA
représentée par Me Patrice Riondel, avocat

contre

OFFICE CANTONAL DE L'INSPECTION ET DES RELATIONS DU TRAVAIL

Attendu, en fait, que:

1) A_____ SA, inscrite au registre du commerce (ci-après: RC) du canton de Genève depuis le _____ 2009, et ayant son siège à B_____, a pour but l'exploitation d'une entreprise de travaux de génie-civil, tous travaux de démolition, de terrassement et de décharge, tous aménagements extérieures, plantations, ainsi que toute autre activité en relation avec ce but, exploitation de gravières, traitement de matériaux en tous genres et leur commercialisation.

   A_____ s'est engagée le 30 juin 2015 auprès de l'Office cantonal de l'inspection et des relations du travail (ci-après: OCIRT) à respecter les Usages Bureaux d'Ingénieurs (ci-après: UBI). Elle a renouvelé cet engagement le 12 février 2020.

2) L'OCIRT a entrepris dès le 17 octobre 2019 un contrôle du respect des conditions de travail et de salaire en usage par A_____. Faute de parvenir à obtenir un rendez-vous, l'OCIRT a réclamé à A_____, le 19 novembre 2019, une série de documents. Une partie de ceux-ci a été remise par A_____ le 12 février 2020, et, le 22 octobre 2020, après analyse, l'OCIRT lui a réclamé les documents manquants. A_____ a annoncé le 13 novembre 2020 que les documents parviendraient à l'OCIRT durant le premier trimestre 2021. Le 18 novembre 2020, l'OCIRT a imparti à A_____ un dernier délai au 4 décembre et l'a avertie du prononcé d'une sanction en cas de refus de collaborer. Le 4 décembre 2020, A_____ a remis certains documents.

3) Le 29 janvier 2021, l'OCIRT a informé A_____ qu'il avait constaté des infractions aux UBI : neuf jeunes âgés de moins de vingt ans avaient travaillé, entre 2018 et 2020, pour des durées de un à quelques mois, parfois des « jobs d'été », sans remplir les conditions pour être des « stagiaires » au sens de l'art. 18 ch. 4bis let. g UBI, et devaient partant être considérés comme des employés entrant dans la catégorie « e » du même article, sauf si la commission paritaire avait approuvé le stage au préalable. Ils auraient dû percevoir un salaire de CHF 24.43 par heure incluant le 13^{e} salaire, bénéficier des jours fériés genevois et d'une sixième semaine de vacances annuelle. Un délai au 5 mars 2021 était imparti à A_____ pour se mettre en conformité, soit effectuer les rattrapages salariaux et transmettre tous les justificatifs, sous peine d'encourir une sanction prévue à l'art. 45 de la loi sur l'inspection et les relations du travail du 12 mars 2004 (LIRT - J 1 05).

4) Le 5 mars 2021, A_____ a répondu que cinq des jeunes avaient été engagés en attendant qu'ils suivent une nouvelle formation. Elle n'avait plus de contact avec eux, ne pouvait fournir le registre des heures, et les salaires versés comprenaient les vacances. Quatre autre jeunes étaient en formation post-obligatoire et avaient travaillé quelques heures pour disposer d'un peu d'argent pour leurs vacances ; leurs rémunérations correspondaient aux salaires prescrits par la circulaire de la commission paritaire des bureaux d'ingénieurs de la construction et des techniques

du bâtiment à Genève (ci-après : CPBIG), soit à la convention collective et aux usages de la branche. Elle n'entendait pas figurer sur la liste des entreprises actives dans les marchés publics.

5) Constatant que A_____ n'avait pas procédé à la régularisation demandée, l'OCIRT a refusé le 25 mars 2021 de lui délivrer l'attestation prévue à l'art. 25 LIRT pour une durée de deux ans, lui a infligé une amende administrative de CHF 4'000.-, l'a exclue de tous marchés publics futurs pour une période de deux ans, et lui a infligé un émolument de CHF 100.-. La décision était exécutoire nonobstant recours et les procédures de contrôle et de mise en conformité étaient réservées.

Elle avait signé un engagement de respecter les UBI. Depuis 2016, elle avait demandé trois attestations OCIRT pour pouvoir soumissionner sur les marchés publics. Elle était active sur ces marchés publics, soit au moins sur une dizaine de marchés proposés par les Services industriels genevois (ci-après : SIG) ainsi que pour la commune de C_____. Elle devait donc respecter les usages de son secteur d'activités. Or, pour les neuf stagiaires, elle n'avait pas respecté les salaires minimaux, n'avait pas conclu de contrats écrits, n'avait pas mis en place l'enregistrement du temps de travail et n'avait pas annoncé les salaires à la caisse de compensation en violation de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants du 20 décembre 1946 (LAVS - RS 831.10) et de la loi fédérale concernant des mesures en matière de lutte contre le travail au noir du 17 juin 2005 (LTN - RS 822.41), et ce alors qu'à tout le moins les salaires de trois stagiaires auraient dû être déclarés. Elle ne s'était pas mise en conformité, malgré ses demandes.

6) Par acte remis au greffe le 7 mai 2021, A_____ a recouru auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : chambre administrative) contre cette décision, concluant à son annulation. Préalablement, l'effet suspensif devait être restitué au recours, et son nom retiré de la liste des entreprises faisant l'objet d'une décision exécutoire.

Les emplois jeunes, accomplis par des « stagiaires », consistaient en de petites missions au sein de l'entreprise, d'une durée de un à quatre mois, et parfois quelques jours seulement. En 2018, les jeunes classaient les archives, à temps partiel, en disposant d'une large autonomie pour organiser leurs journées. En 2019, une stagiaire avait effectué des tâches administratives à temps partiel durant deux mois. En 2020, deux collégiens avaient été occupés un ou deux jours au courrier et aux archives, en attendant de commencer une formation d'ingénieur au Centre de formation professionnelle technique (ci-après : CFPT).

Le salaire imposé par l'OCIRT était celui des employés administratifs titulaires d'un certificat fédéral de capacité (ci-après : CFC) d'employé de commerce, une qualification qu'aucun des stagiaires ne possédait, pas même sous forme d'équivalence.

Elle avait toujours contesté toute infraction. Les employés visés étaient bien des stagiaires, au sens de l'art. 18 al. 4 let. g UBI. La circulaire du CPBIG, établie avec les syndicats UNIA et SIT, définissait les stagiaires comme des personnes encore en études obligatoires et post-obligatoires, limitait leur engagement à deux mois par année scolaire et fixait un plancher salarial à CHF 16.- par heure dès 16 ans, suggérant des salaires minimums de CHF 17.- par heure dès 17 ans et CHF 18.- par heure dès 18 ans, auxquels s'ajoutaient 10.64 % correspondant aux vacances. Ses stagiaires devaient être payés CHF 18.- par heure plus CHF 1.95 pour les vacances, et non CHF 24.43 comme le réclamait l'OCIRT. L'absence de contrat écrit pour un engagement de brève durée ne constituait pas une infraction. Les stagiaires avaient organisé librement leur temps de travail partiel, elle leur faisait confiance et n'avait pas enregistré leur temps de travail. Il était douteux que le pointage dût s'appliquer à de jeunes stagiaires accomplissant une mission précise. Elle avait bien annoncé les salaires à la caisse de compensation et produisait les décomptes.

7) Le 20 mai 2021, l'OCIRT s'est opposé à la restitution de l'effet suspensif, qui reviendrait à octroyer à titre provisoire à A_____ ce qu'elle obtiendrait sur le fond avant que ne soit instruite la cause.

8) A_____ n'a pas déposé de réplique dans le délai qui lui avait été imparti au 7 juin 2021.

9) Le 9 juin 2021, les parties ont été informées que la cause était gardée à juger sur mesures provisionnelles.

Considérant, en droit, que :

1) Les décisions sur mesures provisionnelles sont prises par la présidente ou le vice-président de la chambre administrative ou, en cas d'empêchement de ceux-ci, par un autre juge (art. 21 al. 2 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10 et art. 9 al. 1 du règlement interne de la chambre administrative du 26 mai 2020).

2) La recourante réclame la restitution de l'effet suspensif.

3) S'agissant de la restitution de l'effet suspensif, au terme de l'art. 66 LPA, 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 (al. 1) ; toutefois, 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 (al. 3).

4) L'autorité peut d'office ou sur requête ordonner des mesures provisionnelles en exigeant au besoin des sûretés (art. 21 al. 1 LPA).

5) Selon la jurisprudence constante de la chambre administrative, des mesures provisionnelles - au nombre desquelles compte la restitution de l'effet suspensif (Philippe WEISSENBERGER/Astrid HIRZEL, Der Suspensiveffekt und andere vorsorgliche Massnahmen, in Isabelle HÄNER/Bernhard WALDMANN [éd.], Brennpunkte im Verwaltungsprozess, 2013, 61-85, p. 63) - ne sont légitimes que si elles s'avèrent indispensables au maintien d'un état de fait ou à la sauvegarde d'intérêts compromis (ATF 119 V 503 consid. 3 ; ATA/503/2018 du 23 mai 2018 ; ATA/955/2016 du 9 novembre 2016).

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). 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 HÄNER, op. cit., p. 265).

6) L'octroi de mesures provisionnelles 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).

7) 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).

8) Pour effectuer la pesée des intérêts en présence qu'un tel examen implique, 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).

9) 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, de l'emploi et de la santé (ci-après : DSES). 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 RIRT). L'engagement vaut pour l'ensemble du personnel concerné (art. 25 al. 2 LIRT).

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

10) 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).

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).

Le refus de délivrer l'attestation en application de l'art. 45 al. 1 let. a LIRT entraîne donc ex lege l'inscription de l'entreprise sur la liste de l'art 45 al. 3 LIRT.

11) En l'espèce, la recourante a fait l'objet d'une telle décision de refus de délivrance d'attestation le 25 mars 2021, laquelle est exécutoire nonobstant recours. Elle a ainsi également été inscrite sur la liste de l'art. 45 al. 3 LIRT.

La recourante sollicite, sur mesures provisionnelles, qu'il soit ordonné à l'OCIRT de lui délivrer l'attestation, et également de la retirer de la liste, jusqu'à droit connu sur le fond de la présente procédure.

En ordonnant le caractère exécutoire nonobstant recours de sa décision, l'OCIRT n'a fait que se conformer l'art. 45 al. 1 let. a in fine LIRT, qui dispose que la décision est immédiatement exécutoire.

Une restitution de l'effet suspensif concernant la mesure prévue par l'art. 45 al. 1 let. a LIRT reviendrait à accorder à titre provisoire ce que la recourante demande sur le fond, soit la délivrance de l'attestation, avant même d'avoir instruit de manière complète la procédure, un tel procédé étant proscrit par la jurisprudence (ATA/1107/2020 du 3 novembre 2020 consid. 11 ; ATA/439/2016 précité consid. 11).

Dans la mesure où la recourante ne conteste pas avoir pris l'engagement de respecter les UBI dont l'OCIRT lui reproche la violation, mais discute des normes applicables aux neuf jeunes qu'elle a employés, les chances de succès de son recours n'apparaissent pas d'emblée manifestes, quand bien même elle rend vraisemblable sur un point – la déclaration des salaires à la caisse de compensation – qu'elle n'aurait pas commis une des infractions retenues.

Dès lors, la requête de restitution d'effet suspensif sera refusée. Ni la délivrance de l'attestation ni, partant, le retrait de la liste de l'art 45 al. 3 LIRT, ne seront ordonnés à titre provisionnel.

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

* * * * *

LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

rejette la requête 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 jointes à l'envoi ;

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

La présidente :

F. Payot Zen-Ruffinen

Copie conforme de cette décision a été communiquée aux parties.

Genève, le la greffière :