

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/192/2018-EXPLOI

ATA/623/2018

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 19 juin 2018

1^{ère} section

dans la cause

A _____

représentée par Me Claudio Fedele, avocat

contre

OFFICE CANTONAL DE L'INSPECTION ET DES RELATIONS DU TRAVAIL

EN FAIT

- 1) Par contrat de transfert de patrimoine du 15 décembre 2016, A_____ (ci-après : A_____), inscrite au registre du commerce le 21 décembre 2016, domiciliée à Genève, rue de B_____, dont Monsieur C_____ est administrateur avec signature individuelle, a repris l'entreprise individuelle « D_____ », dont Monsieur D_____ était titulaire depuis son inscription au registre du commerce le 21 décembre 1966 et pour laquelle Monsieur C_____, fils de M. D_____, avait procuration individuelle depuis le 19 juin 2007.

La société a notamment pour but l'exploitation d'une entreprise de dépannage de véhicules et emploie une trentaine d'employés sur deux sites.

- 2) Par décision du 23 novembre 2015, l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail (ci-après : OCIRT) a enjoint l'entreprise D_____ de mettre en place des mesures visant à protéger la santé et la sécurité des travailleurs. Un délai était fixé au 26 février 2016 pour exécuter la décision.

Suite à plusieurs plaintes émanant de collaborateurs de l'entreprise au sujet des conditions de travail, une visite de l'entreprise et l'audition des travailleurs avaient eu lieu.

Les mesures suivantes étaient prescrites : respecter impérativement les dispositions légales en matière de durée du travail, de jour et de nuit ; restaurer un climat de confiance, instituer une culture de respect et faire en sorte qu'aucun propos inapproprié ou insultant ne soit tenu au sein de l'entreprise ; rendre non-fumeurs l'ensemble des locaux de travail servant à plusieurs personnes ; s'assurer du fonctionnement de la ventilation du parking des E_____ et la faire réviser régulièrement ainsi que la faire fonctionner au minimum durant les heures de travail des collaborateurs ; mettre aux normes actuelles de sécurité les deux fosses de réparation des véhicules ou les combler afin de les rendre inutilisables ; réparer un touret à meuler afin de le rendre conforme aux règles de sécurité ou le remplacer ; mettre en place un concept de sécurité dans l'entreprise par des moyens simples (listes de contrôle par exemple) et informer les travailleurs ou leurs représentants, des mesures formulées, en affichant la décision sur les chantiers par exemple, et indiquer à l'OCIRT comment cette information avait été faite.

Il était précisé que des contrôles seraient effectués et que la décision était signifiée sous la menace des peines de l'art. 292 du Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP - RS 311.0). En outre, l'entreprise était rendue attentive au fait que l'employeur qui enfreignait intentionnellement ou par négligence les prescriptions sur la protection de la santé et l'approbation des plans, la protection

spéciale des jeunes gens ou des femmes était punissable tout comme en cas d'infraction à la durée du travail et du repos en cas d'infraction intentionnelle. La sanction était une peine pécuniaire de cent quatre-vingt jours-amende au plus.

La décision précisait que l'office avait déjà été amené à intervenir par le passé pour des « problèmes similaires » et des mesures avaient déjà été demandées. Un avertissement allant dans ce sens avait déjà été notifié le 25 avril 2007.

- 3) Par lettre du 10 mars 2016, l'OCIRT a prolongé le délai pour la mise en place des mesures requises par sa décision du 23 novembre 2015 suite à la demande de l'entreprise du 23 février 2016.
- 4) Par envoi du 24 mars 2016, l'entreprise a fait part des mesures prises accompagnées par des fiches d'activités et plannings horaires de l'ensemble des collaborateurs ainsi que la liste de contrôle du secrétariat d'État à l'économie (ci-après : SECO) relatif à la surveillance des travailleurs sur leur poste de travail.
- 5) Une visite d'inspection de l'OCIRT a eu lieu le 16 juin 2016 dans les locaux de l'entreprise, lors de laquelle il a été constaté qu'une partie des mesures demandées n'avait pas été mise en œuvre.

Le 21 juin 2016, l'entreprise a demandé un rendez-vous à l'OCIRT afin de soumettre les plannings horaires et la liste de contrôle SECO.

Par courrier du 23 juin 2016, l'OCIRT a fixé à l'entreprise un délai au vendredi 5 août 2016 afin de mettre en place l'ensemble des mesures demandées par sa décision du 23 novembre 2015 ainsi que fixé un rendez-vous au 18 juillet 2016 afin de discuter des nouveaux plannings horaires et du concept fondé sur la « directive relative à l'appel à des médecins du travail et autres spécialistes de la sécurité au travail (directive MSST) » à mettre en place.

- 6) a. Le 11 août 2017, l'OCIRT a informé A_____ que deux anciennes collaboratrices avaient dénoncé des faits de harcèlement sexuel sur leur lieu de travail. M. C_____ aurait fait des remarques scabreuses et tenu des propos gênants, aurait exposé les collaboratrices à des contacts physiques non consentis, aurait fait des propositions à caractère sexuel ainsi que du chantage y relatif et des promesses d'avantages et les aurait menacées. Les procès-verbaux d'audition étaient joints. Dans l'un deux, la collaboratrice affirmait avoir demandé à l'employeur de modifier le motif de licenciement figurant sur l'attestation pour l'office cantonal de l'emploi, ce que M. C_____ aurait fait contre une attestation indiquant qu'elle n'avait pas subi de harcèlement sexuel de sa part.

Un délai était fixé au 31 août 2017 pour faire part par écrit de la détermination de l'entreprise quant aux faits dénoncés et pour expliquer les mesures mises en place au sein de l'entreprise pour prévenir et lutter contre le

harcèlement sexuel et plus globalement les mesures et dispositifs existants en matière de prévention des risques psychosociaux et de gestion des conflits. Le constat d'infraction à la loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce du 13 mars 1964 (LTr - RS 822.11) était susceptible d'engendrer le prononcé d'une sanction administrative d'exclusion des marchés publics.

b. Par envoi reçu le 1^{er} septembre 2017 par l'OCIRT, le mandataire de l'entreprise a demandé un report du délai au 12 septembre 2017.

7) Le 4 septembre 2017, l'OCIRT a procédé à une inspection des locaux de l'entreprise et communiqué son constat le 5 septembre 2017.

Dans les locaux sis rive droite, il a été constaté que les deux caméras qui filmaient les travailleurs de manière permanente dans l'atelier avaient été supprimées. Il restait une caméra au-dessus de la porte d'accès non problématique et une seconde pour surveiller l'accès côté parking un peu plus problématique, les travailleurs étant occupés sur des voitures situées de part et d'autre, la porte étant filmée. Les employés présents lors de la visite avaient indiqué ne pas avoir été consultés ni informés à propos du retrait ou du maintien des caméras de surveillance. Aucune charte à ce sujet n'avait été transmise.

Les employés n'avaient pas été informés des mesures demandées par l'OCIRT et de la mise en place d'un dispositif visant à assurer et à améliorer la protection de la santé physique et psychique. Ils avaient reçu des consignes de sécurité par rapport aux véhicules utilisés. Aucun comportement irrespectueux de M. C _____ n'avait été relevé par les employés présents.

Dans les locaux sis rive gauche, la caméra située dans le bureau administratif avait été démontée. Les postes de travail avec la problématique de température basse en hiver avaient été supprimés et la zone transformée en places de parking. Les deux box de mécanique n'étaient plus utilisés et l'outillage mécanique enlevé. Le plafond du parking avait été totalement repeint en blanc améliorant la luminosité et le réglage de la ventilation protégé par une porte équipée d'un badge d'accès. Le bureau administratif et la partie guichet d'accueil avaient été refaits afin d'améliorer le confort.

Concernant la procédure de gestion des conflits et concept MSST, M. C _____ n'avait pas pu transmettre les documents, mais avait indiqué qu'il ferait parvenir les documents rapidement, d'autres personnes absentes ce jour-là étant en charge de leur établissement. M. C _____ contestait tout harcèlement sexuel et indiquait que l'une des anciennes collaboratrices l'avait volé depuis de nombreuses années selon ce qu'aurait découvert le nouveau comptable.

8) a. Le 5 septembre 2017, par courriel, A _____ a transmis à l'OCIRT une réponse sur divers points soulevés par celui-ci lors de son inspection ainsi que

divers documents. La personne référente qui réglait les conflits entre membres du personnel était l'administrateur directeur de la société. En cas d'absence, Monsieur F_____ réglait les conflits. Dans le nouveau contrat de travail, il était fait mention de la personne à appeler en cas de conflit. Il n'existait pas de charte de vidéo surveillance, mais un paragraphe avait été ajouté aux nouveaux contrats de travail faisant mention de la vidéo surveillance : « conformément au cahier des charges de la fourrière, pour des raisons de sécurité et suite à des vols et incendies, les locaux de travail ont été mis sous vidéo surveillance ». Monsieur G_____, en vacances jusqu'à début octobre, avait rédigé la charte, mais ne l'avait pas encore transmise aux collaborateurs. Par courriel du 19 septembre 2016, l'ensemble du personnel avait été informé de la nomination de M. G_____ au poste de « responsable de la sécurité » et il avait été demandé au personnel, en cas de question, de s'adresser à ce dernier. De nombreux courriels avaient été envoyés aux employés afin de les sensibiliser à la sécurité lors de dépannages. Des classeurs contenant les documents listés par l'OCIRT dans sa directive « documentation à l'attention des garages et carrosseries » étaient à disposition des collaborateurs sur les deux sites. M. G_____ était également en charge de la rédaction du « concept de sécurité », mais ce document n'était pas prêt.

De nombreuses améliorations avaient été faites depuis le dernier contrôle de l'OCIRT en 2016, en plus de celles relevées par l'OCIRT, de nouveaux camions répondant au confort du personnel avaient été acquis et un système de gestion du temps était en cours de mise en place, le premier prestataire de service mandaté n'ayant pas pu répondre aux besoins spécifiques de l'entreprise. La transformation de la raison individuelle en société anonyme avait pris beaucoup de temps au service administratif, lequel était réduit depuis le licenciement de la collaboratrice en charge de l'administration. M. C_____ souhaitait établir un nouveau règlement du personnel qui serait soumis à l'OCIRT pour approbation ainsi qu'un nouveau cahier des charges pour le personnel d'exploitation. Le retard pris était dû au fait que ces tâches avaient été demandées à la collaboratrice licenciée qui ne les avait pas effectuées.

- 9) Le 12 septembre 2017, A_____ s'est déterminé sur les dénonciations des anciennes collaboratrices qu'elle contestait catégoriquement. S'agissant de l'attestation de l'employeur, le motif de la résiliation avait été modifié par l'employée elle-même, comme elle l'admettait dans un courriel joint. M. C_____ lui avait alors demandé l'attestation de non-harcèlement en contrepartie de l'absence de dénonciation de cette falsification. Finalement, comme son personnel n'était et ne serait dorénavant composé que d'hommes, il était inutile de mettre en place des mesures pour prévenir et lutter contre le harcèlement sexuel.
- 10) Le 29 septembre 2017, l'OCIRT a accusé réception du courriel du 5 septembre 2017 de l'entreprise.

- 11) Par décision du 31 octobre 2017, l'OCIRT a prononcé un avertissement à l'encontre d'A_____ et fixé un délai au 30 novembre 2017 pour mettre en place des mesures visant à protéger la santé et la sécurité des travailleurs.

Suite à la visite sur place du 4 septembre 2017, il avait été constaté le non-respect des obligations légales en matière de vidéosurveillance, prévention des risques psychosociaux et gestion des conflits ainsi que de prévention en matière de protection de la sécurité des travailleurs. Un délai au 30 novembre 2017 était fixé pour formaliser ces différentes mesures. Un délai de quinze jours était fixé pour faire des observations. Un délai au 1^{er} janvier 2018 était fixé pour mettre en place un concept de sécurité MSST.

- 12) Le 7 novembre 2017, l'OCIRT a informé A_____ qu'il entendait prononcer une sanction administrative qui pouvait prévoir l'exclusion de tous marchés publics pour une période de cinq ans au plus et fixé un délai au 30 novembre 2017 pour faire valoir par écrit des observations.

- 13) Le 17 novembre 2017, le conseil d'A_____ a demandé une prolongation du délai au 22 décembre 2017 en raison de vacances et d'une surcharge de travail. Oralement, il avait annoncé à l'OCIRT que les mesures préconisées seraient rapidement mises en place et un rendez-vous avec un inspecteur avait été fixé au 20 novembre 2017.

- 14) Le 21 novembre 2017, l'OCIRT a refusé la prolongation du délai et relevé l'absence non excusée au rendez-vous du 20 novembre 2017.

- 15) a. Le 30 novembre 2017, A_____ a envoyé un courriel à tous ses collaborateurs transmettant une copie des mesures demandées par l'OCIRT. S'agissant du concept de sécurité, il était en cours de finalisation et serait mis en place définitivement à court terme. Une charte de vidéosurveillance était jointe ainsi que les coordonnées de la personne de confiance/médiateur : Monsieur H_____ de « médiation conseils », ainsi que des extraits d'une procédure concernant le traitement interne des litiges dans l'entreprise dont l'intégralité était disponible sur simple demande auprès de la direction ou du département des ressources humaines. Trois récépissés de lecture pour la charte, et les règlements, devaient être retournés dans les meilleurs délais par les collaborateurs.

b. Le même jour, A_____ a informé l'OCIRT de cet envoi à ses collaborateurs et déposé des observations au sujet de l'inspection du 4 septembre 2017.

Contrairement à ce qu'avait retenu l'OCIRT, les employés avaient été informés des mesures préconisées par l'OCIRT le 6 septembre 2017 par courriel

auquel était annexée une copie des mesures demandées par la décision du 23 novembre 2015 avec copie à deux inspecteurs de l'OCIRT.

La charte vidéo ainsi qu'un extrait du règlement seraient affichés et resteraient à disposition des collaborateurs dans les différents locaux et les récépissés de lecture seraient classés dans le dossier de chaque collaborateur. Toutes les mesures demandées avaient ainsi été mises en place.

Quant au projet de sanction, les mesures demandées par décision du 25 novembre 2015 avaient été exécutées. Le 31 octobre 2017, pour la première fois, la mise en place et la formalisation d'un dispositif de prévention des risques psychosociaux avaient été demandées. C'était donc à tort que l'OCIRT retenait que ce dispositif manquait malgré des demandes répétées de mise en conformité et des avertissements formels.

La demande de mise en conformité du 31 octobre 2017 constituait le premier et unique rappel de la décision du 23 novembre 2015. Il n'y avait dès lors pas eu plusieurs demandes répétées et l'unique avertissement avait suffi pour obtenir la mise en place des mesures encore attendues. Il ne se justifiait donc pas de prononcer une sanction.

- 16) Par décision du 4 décembre 2017, l'OCIRT a prononcé une sanction administrative suite au constat de non-respect des usages sur la base de l'art. 45 de la loi sur l'inspection et les relations du travail du 12 mars 2004 (LIRT - J 1 05) à l'encontre d'A_____. L'OCIRT refusait de délivrer l'attestation visée à l'art. 25 LIRT pour une durée de deux ans, la décision étant exécutoire nonobstant recours. Il excluait l'entreprise de tous marchés publics futurs pour une période de deux ans, à compter du lendemain de l'entrée en force de la décision, et réservait les procédures de contrôle et de mise en conformité au droit public.

Il était reproché à l'entreprise des infractions aux usages. Elle n'avait pas mis en place les mesures permettant de protéger la santé physique et psychique des travailleurs. Aucune information concernant les risques auxquels les travailleurs étaient exposés n'avait été transmise à ces derniers. Il avait par ailleurs reçu des plaintes de travailleurs concernant le non-respect de ces dispositions et des conséquences qu'elles auraient entraînées. L'entreprise avait certes récemment répondu à un certain nombre de demandes de l'OCRIT s'agissant des infractions qui avaient été soulevées. Certaines mesures n'avaient été mises en place que la veille de l'envoi des observations relative à son droit d'être entendu et elles ne répondaient pas entièrement aux exigences formulées à l'exception de la charte relative à la vidéosurveillance des travailleurs. Malgré la décision du 23 novembre 2015, la charte n'avait été rédigée par l'entreprise que suite à la menace du prononcé de la présente décision.

Une liste des défauts était faite concernant les documents transmis le 30 novembre 2017 : l'appel à un médiateur externe en tant que personne de confiance menait à une confusion entre le rôle de médiateur et de personne de confiance. Le règlement prévoyait que la sollicitation de la personne de confiance ne pouvait avoir lieu que dans un second temps, après s'être adressé à la hiérarchie. Le règlement ne contenait aucune déclaration d'intention relative aux problématiques des risques psychosociaux (définition, prévention ainsi que sanctions, et les comportements prohibés au sein de l'entreprise, tels que mobbing, harcèlement moral, harcèlement sexuel, etc.). Il n'était pas adapté à des situations de conflits touchant à l'organisation de la marche du travail, en ce sens qu'il en ressortait que les employés devaient résoudre eux-mêmes les problématiques de cet ordre. L'entreprise présentait à ce jour toujours des infractions à des dispositions faisant partie intégrante des usages qu'elle s'était engagée à respecter.

En dépit de nombreuses interventions de l'OCIRT, l'entreprise n'avait pas mis en place les mesures demandées dans les délais impartis. L'office avait « fait preuve de patience » en ne prononçant pas la présente décision en novembre 2015 déjà et l'attitude de l'entreprise qui s'en était suivie, notamment en ne régularisant pas la situation malgré les délais impartis, justifiait le prononcé d'une sanction.

- 17) Par acte déposé le 19 janvier 2018, A_____ a recouru auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre la décision de l'OCIRT en concluant préalablement à l'octroi de l'effet suspensif au recours, sur le refus de délivrer l'attestation visée à l'art. 25 LIRT, et au fond à l'annulation de la décision ainsi qu'au versement d'une indemnité de procédure.

L'avertissement du 31 octobre 2017 avait été reçu par le conseil le 6 novembre 2017. Le délai accordé était donc inférieur à un mois. La mise en place d'un dispositif de prévention des risques psychosociaux, avec la nomination d'une personne de confiance externe à l'entreprise était nouvelle et importante. Le délai fixé était trop court, mais avait été respecté, ce que l'OCIRT n'avait pas relevé.

Le dispositif mis en place par M. H_____ pour le compte de l'entreprise était strictement identique à celui qu'il avait pu mettre en place dans d'autres entreprises contrôlées par l'OCIRT. M. H_____ avait réagi par courrier du 22 décembre 2017 et confirmé que cela avait été le cas dans six entreprises genevoises et que le règlement n'avait jamais été contredit, que ce soit complètement ou partiellement. Les manquements relevés dans le règlement relevaient d'un formalisme excessif, la déclaration d'intention voulue par l'OCIRT résultait implicitement du règlement adopté qui précisait que la personne de confiance disposait « de capacité d'écoute, de solides connaissances en matière de reconnaissance (diagnostic) des risques psychosociaux ». Dans son courriel du 30 novembre 2017 à ses collaborateurs, elle avait indiqué qu'il lui avait été

demandé de « mettre en place des mesures concernant votre protection en matière de mobbing et de harcèlement (moral, sexuel, etc.) et vous offrir la possibilité de solliciter une personne de confiance hors hiérarchie en cas de litige dans l'entreprise ».

Concernant le concept de sécurité MSST, l'OCIRT n'avait pas attendu l'expiration du délai fixé au 1^{er} janvier 2018 pour sanctionner l'entreprise.

L'entreprise était la seule à Genève qui disposait de l'équipement nécessaire pour pouvoir dépanner des poids lourds et était la plus grande entreprise de dépannage de Suisse. Elle employait trente personnes à Genève.

Depuis cinquante ans, elle était le principal partenaire de la police en matière d'accidents et d'enlèvement de véhicules et s'était développée grâce à la police genevoise, mais aussi pour répondre à ses besoins, elle était devenue financièrement dépendante de cette collaboration.

Pour les chiffres d'affaires des années 2014, 2015 et 2016 de respectivement CHF 7'535'532.-, CHF 7'138'989.- et CHF 3'296'232.-, les montants de CHF 4'356'140.-, CHF 4'686'771.- plus CHF 1'160'647.-, CHF 2'222'715.- plus CHF 1'123'809.- correspondaient à des dépannages et des interventions faisant suite à la demande de la police genevoise.

Depuis la décision de l'OCIRT, la police ne faisait plus appel à A_____, ou uniquement lorsqu'il s'agissait d'un accident ou d'un enlèvement impliquant un poids lourd.

- 18) Les parties ont ensuite déposé des observations concernant l'effet suspensif, notamment le 23 février 2018. A_____ a informé la chambre administrative avoir vu son offre concernant l'enlèvement de véhicules sur la voie publique éliminée par la centrale commune d'achats au motif qu'elle faisait l'objet de la mesure exécutoire litigieuse. Le 2 mars 2018, elle indiquait qu'une inspection de l'OCIRT concernant le concept de sécurité était prévue le 5 mars 2018.
- 19) Le 13 mars 2018, l'OCIRT a répondu au recours, concluant au rejet de celui-ci.

De larges délais avaient été octroyés à la recourante pour lui permettre de mettre en place l'ensemble des mesures demandées par décision du 23 novembre 2015 et suite à son avertissement du 23 juin 2016, il ne pouvait que constater le désintérêt, voire le mépris qu'exprimait la recourante vis-à-vis de ses obligations légales en matière de protection de la santé et la sécurité de son personnel. Elle l'avait d'ailleurs exprimé sans ambiguïté s'agissant du dispositif de prévention et de lutte contre le harcèlement sexuel en arguant qu'il était inutile puisqu'elle n'engagerait dorénavant plus de femmes en violation manifeste de la loi sur l'égalité.

- 20) Le 4 avril 2018, par décision sur effet suspensif et sur mesures provisionnelles, la chambre administrative a refusé la requête.
- 21) Le 10 avril 2018, l'OCIRT a rendu une décision de mise en conformité à l'égard d'A_____ faisant suite à la visite du 5 mars 2018 et aux entretiens qui visaient à vérifier la bonne exécution des mesures demandées dans les précédents courriers.

Le dispositif de prévention des risques psychosociaux devait être complété notamment par une déclaration d'intention, par exemple dans un règlement du personnel en y intégrant une définition des règles de prévention et des sanctions en cas de violation. Il était recommandé de se référer à l'annexe de l'art. 2 OLT3 ainsi qu'au document édicté par l'OCIRT. Le règlement du traitement des litiges devait être modifié pour offrir la possibilité aux collaborateurs de s'adresser directement à la personne de confiance. Les travailleurs devaient participer et être informés de ce dispositif. Un délai au 22 mai 2018 était fixé pour mettre en œuvre ces mesures et des observations pouvaient être faites dans un délai de quinze jours.

- 22) a. Le 23 avril 2018, lors d'une audience de comparution personnelle, les représentants de l'OCIRT ont confirmé que la décision litigieuse était motivée par le fait qu'A_____ n'avait pas respecté la décision du 23 novembre 2015, laquelle était définitive et exécutoire, et notamment n'avait pas mis en place un concept de sécurité expressément demandé. Dans cette décision, il était également demandé un changement d'attitude et de comportement permettant de rétablir un climat de confiance. Les éléments postérieurs avaient montré que cela n'avait pas eu lieu. Il avait été demandé que des mesures soient prises par courrier du 31 octobre 2017.

Les représentants de l'entreprise ont exposé que, s'agissant des risques psychosociaux, le nécessaire avait été fait au cours du mois de novembre 2017 et informé l'OCIRT par courrier du 30 novembre 2017. Ils avaient été surpris d'être sanctionnés immédiatement sans même que l'OCIRT ne demande de modifier le dispositif mis sur pied, en moins de trente jours, alors qu'ils étaient convaincus, au vu des indications données par M. H_____, que celui-ci répondait aux exigences de l'OCIRT. Ce dispositif pouvait être adapté également dans le cadre d'un règlement global du litige.

b. Le 7 mai 2018, lors d'une audience de comparution personnelle et d'enquêtes, M. H_____ a exposé qu'il avait été contacté par la recourante fin octobre, voire début novembre 2017 pour mettre en place un règlement interne des conflits sans qu'il ne lui soit précisé que c'était sur demande de l'OCIRT. Le mandat qui lui avait été donné ne concernait que le traitement des conflits et non la prévention. À sa connaissance, la procédure et son extrait développé pour la recourante étaient conformes aux exigences de l'OCIRT en novembre 2017, sous réserve des aspects prévention. Les cinq autres règlements qu'il avait développés

à Genève avec des clients, lesquels avaient tous fait l'objet d'un contrôle de l'OCIRT, comportaient les termes de personne de confiance/médiateur et un seul comportait en plus des dispositions concernant la prévention.

La directrice de l'OCIRT a répondu que les règlements ou les entreprises concernées n'avaient pas été retrouvées et que les inspecteurs ne connaissaient pas M. H_____ ou son entreprise.

- 23) Le 8 mai 2018, M. H_____ a fait parvenir le règlement concernant la prévention et le traitement des litiges dans l'entreprise dans sa nouvelle version, l'extrait dudit règlement daté du 6 novembre 2017 ainsi que le contrat de mandat proposé à A_____ concernant la « personne de confiance ».
- 24) Le 17 mai 2018, l'OCIRT a déposé des observations, persistant dans sa décision. Il exposait que, dans le cas de l'entreprise recourante, le fait que les employés doivent suivre en premier lieu la voie hiérarchique posait problème en raison du comportement de M. C_____, ce dont M. H_____ n'avait pas été informé. Les particularités propres aux entreprises faisaient que les exigences de l'OCIRT devaient varier pour s'adapter à la situation concrète de l'employeur contrôlé, conformément au principe de la proportionnalité. L'objectif était la mise en place d'un dispositif réellement efficace et fonctionnel au regard de la situation propre de chaque entreprise. Quant au concept de sécurité, il n'avait été mis en place que le 18 janvier 2018, soit après le délai imparti. L'absence de dispositif de prévention des risques psychosociaux avait été constatée et la mesure n'était toujours pas réalisée par l'entreprise.
- 25) Le 29 mai 2018, la recourante a déposé des observations suite aux enquêtes persistant dans son recours.

Elle avait adopté le 25 mai 2018 et transmis à tous ses collaborateurs un nouveau règlement, modifié par M. H_____, intégrant les demandes de l'OCIRT, concernant la prévention des risques psychosociaux. Le règlement contenait une déclaration sur la tolérance zéro en matière de discrimination ou de comportement offensant, ainsi que des sanctions allant de l'avertissement oral au licenciement immédiat pour faute grave. En outre, le règlement contenait des définitions du harcèlement et du harcèlement sexuel sous ses différentes formes.

La décision du 23 novembre 2015 n'était pas un avertissement au sens de la LIRT. Le délai fixé sous menace d'une des sanctions prévues par la LIRT arrivait à échéance après le prononcé de la décision litigieuse. Le concept de sécurité avait été mis en place dans le délai, le 19 décembre 2017, mais communiqué à l'OCIRT après le délai, alors que la décision avait déjà été rendue. C'était par avertissement du 31 octobre 2017 que l'OCIRT avait pour la première fois demandé la mise en place et la formalisation d'un dispositif de prévention des risques psychosociaux. Contrairement au souvenir de M. H_____, celui-ci avait été informé de la

demande de l'OCIRT et comme le prouvait un courriel qu'il avait lui-même adressé le 28 novembre 2018 (recte : 2017) à son conseil, qui mentionnait un rendez-vous avec un inspecteur de l'OCIRT le 27 novembre 2017. En 2016, M. H_____ avait contacté l'OCIRT au sujet de son modèle de règlement et la signataire de la décision litigieuse, directrice du service de l'inspection du travail, avait refusé de prêter son concours à la rédaction d'un modèle.

La décision violait l'égalité de traitement, elle était précipitée et disproportionnée. Ses conséquences étaient extrêmement lourdes, plusieurs collaborateurs avaient déjà dû être licenciés.

- 26) La cause a ensuite été gardée à juger, ce dont les parties ont été informées le 7 mai 2018.

EN DROIT

- 1) Interjeté en temps utile 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) Le litige porte sur une sanction, prononcée par l'OCIRT à l'encontre de la recourante pour non-respect des usages, consistant à refuser la délivrance de l'attestation visée à l'art. 25 LIRT, attestant du respect des usages, pour une durée de deux ans et à l'exclusion de l'entreprise de tous marchés publics futurs pour une période de deux ans.
- 3) La décision contestée a été rendue en raison de deux violations de l'art. 6 LTr et une violation de l'art. 3 de l'ordonnance sur la prévention des accidents, (OPA du 19 décembre 1983 - RS 832.30). Ces trois motifs seront examinés séparément.
- 4) Une infraction à l'art. 3 OPA a été constatée par l'OCIRT consistant en l'absence de concept de sécurité au sein de l'entreprise. L'OCIRT reconnaît que ce concept a finalement été réalisé le 18 janvier 2018.
 - a. L'employeur est tenu, pour assurer et améliorer la sécurité au travail, de prendre toutes les dispositions et mesures de protection qui répondent aux prescriptions de l'OPA, aux autres dispositions sur la sécurité au travail applicables à son entreprise et aux règles reconnues en matière de technique de sécurité et de médecine du travail (art. 3 al. 1 OPA).
 - b. L'art. 51 LTr 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. 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 CP.

En l'espèce, l'OCIRT estime que sa décision du 23 novembre 2015 rendue sous la menace de l'art. 292 CP et enjoignant l'entreprise de mettre en place un concept de sécurité, notamment par des moyens simples tels que des listes de contrôle, l'autorise à sanctionner la recourante le 4 décembre 2017 pour ne pas s'être conformée à ces injonctions. L'intimée omet ce faisant que par décision du 31 octobre 2017, valant avertissement au sens de l'art. 51 LTr comme le mentionne l'entête de la décision, l'OCIRT a fixé un nouveau délai au 1^{er} janvier 2018 pour la réalisation du concept de sécurité, ce qui n'est pas contesté.

En conséquence, la décision de sanction datant du 4 décembre 2017, doit être déclarée nulle sur ce point, en tant qu'elle anticipe la commission d'une infraction qui n'est pas réalisée puisque le délai pour exécuter la mesure prescrite n'était pas encore échu.

5) L'OCIRT retient une infraction à l'art. 6 LTr au motif de l'absence de modification par la recourante de son règlement interne de gestion des conflits conformément à ses exigences. Le règlement prévoyait une confusion du rôle de la personne de confiance et du médiateur ainsi que le recours à la voie hiérarchique avant de faire appel à la personne de confiance.

a. 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 (art. 6 al. 1 LTr). L'employeur est tenu de donner toutes les directives et de prendre toutes les mesures nécessaires afin d'assurer et d'améliorer la protection de la santé physique et psychique (art. 2 al. 1 de l'ordonnance 3 relative à la LTr).

Ces dispositions ont pour objet la prévention et retiennent à titre de facteur important pour la protection de la santé physique et psychique, la possibilité pour les personnes concernées de trouver conseil et soutien auprès d'une personne de confiance (Message du Conseil fédéral du 2 février 1994 à l'appui de la révision de la LTr de 1998, FF 1994 II p. 177/178).

b. Le Tribunal fédéral a eu l'occasion de préciser qu'une entreprise devait disposer d'une procédure interne de règlement des litiges et qu'il fallait désigner un ou plusieurs personnes de confiance, hors hiérarchie, dans ou à l'extérieur de l'entreprise. Il était dès lors parfaitement possible d'imposer à une entreprise la désignation d'une personne de confiance dans le but de prévenir les conflits

internes pouvant survenir en son sein. Il est toutefois nécessaire que cette personne garantisse la confidentialité des entretiens qu'elle aura avec les salariés de l'entreprise et, si elle se trouve dans une structure interne déjà existante, qu'elle n'ait pas de rapports hiérarchiques avec les employés concernés (arrêt du Tribunal fédéral 2C_462/2011 du 9 mai 2012 consid. 4.2. et 4.3 avec références au commentaire de la LTr et des ordonnances du SECO publié sur internet)

c. Ces principes sont repris dans l'annexe à l'art. 2 OLT3 publiée par le SECO sur internet (302-H, SECO, mars 2014) qui fait figurer « la désignation d'une personne interne ou externe à laquelle les personnes concernées peuvent s'adresser en cas de conflit pour des conseils et un soutien afin de trouver une solution au problème » parmi les mesures importantes de prévention des risques psychosociaux.

En l'espèce, il est établi que, par courrier du 11 août 2017, l'OCIRT a demandé des informations à la recourante sur les mesures prises en prévention des risques psychosociaux et que le 31 octobre 2017, l'OCIRT constatait dans sa décision valant avertissement, que le document transmis le 5 septembre 2017 par l'entreprise indiquait l'administrateur/directeur comme personne référente pour le règlement des conflits entre membres du personnel, ce qui ne permettait pas d'admettre le respect des obligations légales en matière de prévention des risques psychosociaux et gestion des conflits. L'entreprise était donc sommée de formaliser un dispositif de prévention des risques psychosociaux conforme aux exigences légales, en offrant la possibilité au personnel de solliciter une « personne de confiance » hors hiérarchie. Un délai au 30 novembre 2017 était fixé pour l'exécution de cette mesure.

Dans le délai fixé, l'entreprise a fourni un règlement interne de traitement des litiges rédigé sur mandat par M. H_____, médiateur civil assermenté.

Ce règlement, dans sa version du 29 novembre 2017, prévoyait qu'en « cas de besoin, et avant la survenance d'un conflit, il était recommandé aux collaborateurs et collaboratrices de s'adresser dans un premier temps à la hiérarchie et/ou à la personne qui dans l'entreprise peut être concernée par une situation tendue. Si une solution interne ne peut être trouvée ou si l'accès aux personnes concernées est difficile voire impossible alors, dans un deuxième temps, la ou les collaboratrices intéressées peuvent s'adresser à la « personne de confiance »/médiateur laquelle ne fait pas partie de la hiérarchie de l'entreprise » (points 2.2.1.1 et 2.2.1.3 du règlement).

Dans sa décision litigieuse, l'OCIRT retient que ce règlement de gestion de conflit n'est pas en tous points conforme aux exigences puisqu'il confond le rôle de « personne de confiance » et de médiateur de M. H_____ et qu'il privilégie la voie hiérarchique dans un premier temps avant de faire appel à la personne de confiance.

M. H_____, lors de son audition, a indiqué que la teneur de ce règlement n'avait jamais été contestée par l'OCIRT alors qu'il avait été mis en place dans six entreprises à Genève, à la suite d'une visite de l'OCIRT. Il avait toutefois, depuis lors, précisé chaque fois dans le règlement s'il s'agissait de la personne de confiance ou du médiateur. Concernant la recommandation de s'adresser en premier lieu à la hiérarchie, il ne s'agissait pas d'une obligation, l'accès direct à la personne de confiance étant toujours possible. Bien sûr, le texte pouvait être encore précisé.

Compte tenu des plaintes déposées par d'anciennes collaboratrices de l'entreprise contre son directeur, l'OCIRT insiste sur le fait qu'une clarification concernant l'accès direct, hors hiérarchie, à une personne de confiance doit être faite dans ce règlement.

Toutefois, cette volonté n'est pas clairement indiquée dans l'avertissement qui fait référence à un dispositif conforme à l'annexe de l'art. 2 OLT 3. En outre, le texte du règlement interne, bien qu'il indique « dans un premier temps » et « dans un deuxième temps », n'exclut pas, en cas d'impossibilité ou de difficultés de s'adresser directement à la « personne de confiance ».

Il appert donc que l'infraction à l'art. 6 LTr retenue par l'OCIRT en raison du règlement interne de gestion des conflits n'est pas établie.

- 6) Finalement, la décision litigieuse retient une autre violation de l'art. 6 LTr par l'absence, dans le délai fixé au 30 novembre 2017, d'une déclaration d'intention (par exemple dans un règlement du personnel) concernant les risques psychosociaux et les comportements prohibés (mobbing, harcèlement moral, harcèlement sexuel, etc.), en y intégrant une définition, des règles de prévention, et des sanctions en cas de violation, conformément à ce qui était demandé dans la décision valant avertissement du 31 octobre 2017.

L'employeur est tenu de prendre des mesures afin de prévenir notamment tout risque de harcèlement sexuel, mobbing ou autre forme de discrimination dans l'entreprise. Parmi les mesures importantes figurent : une déclaration de principe selon laquelle l'entreprise ne tolère pas les atteintes à l'intégrité personnelle (harcèlement sexuel, mobbing et discrimination fondée sur le sexe, la race ou la religion). Une information aux travailleurs sur ce que signifient ces atteintes ; définir et informer les travailleurs sur le procédé à suivre en cas d'atteinte ; informer les travailleurs sur les sanctions prévues pour l'auteur avéré d'atteinte ; désigner une personne interne ou externe à laquelle les personnes concernées peuvent s'adresser en cas de conflit. Ces points peuvent figurer dans un règlement d'entreprise et les travailleurs doivent être associés à la mise au point de ce document. Le règlement doit être bien connu des travailleurs et tenu en permanence à jour (annexe à l'art. 2 OLT3 - 302-H, SECO, mars 2014).

En l'espèce, il est établi que l'entreprise n'a pas fourni de dispositif de prévention des risques psychosociaux tel que requis dans le délai d'un mois fixé par l'OCIRT dans son avertissement.

Une violation de ses obligations découlant de l'art. 6 LTr doit donc être retenue à l'égard de la recourante.

- 7) a. La sanction prononcée par l'intimé est fondée sur l'art. 45 LIRT qui prévoit que lorsqu'une entreprise ne respecte pas les conditions minimales de travail et de prestations sociales en usage, l'office 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. La décision est immédiatement exécutoire ; une amende administrative de CHF 60'000.- au plus ; l'exclusion de tous marchés publics pour une période de cinq ans au plus (art. 45 al. 1 LIRT).
- b. L'autorité commet un abus de son pouvoir d'appréciation tout en respectant les conditions et les limites légales, si elle ne se fonde pas sur des motifs sérieux et objectifs, se laisse guider par des éléments non pertinents ou étrangers au but des règles ou viole des principes généraux tels que l'interdiction de l'arbitraire et de l'inégalité de traitement, les principes de la bonne foi et de la proportionnalité (ATA/327/2018 du 10 avril 2018 et les références citées).
- c. Les mesures et sanctions 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 (art. 45 al. 2 LIRT). Le principe de la proportionnalité, garanti par les art. 5 al. 2 et 36 al. 3 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101), exige qu'une mesure restrictive soit apte à produire les résultats escomptés et que ceux-ci ne puissent être atteints par une mesure moins incisive. En outre, il interdit toute limitation allant au-delà du but visé et exige un rapport raisonnable entre celui-ci et les intérêts publics ou privés compromis (ATF 126 I 219 consid. 2c et les références citées).

En l'espèce, l'entreprise a commis une infraction à la LTr en n'adoptant pas, malgré l'avertissement de l'OCIRT, un dispositif de prévention des risques psychosociaux.

La sanction prononcée l'a été pour trois infractions. En conséquence, partiellement nulle, partiellement infondée, elle ne saurait être confirmée.

Les éléments suivants doivent notamment être pris en compte pour fixer la sanction, d'une part, le comportement de l'entreprise consistant à refuser la mise en place d'un tel dispositif et le fait que l'OCIRT a dû intervenir à plusieurs reprises concernant de nombreuses irrégularités dans l'entreprise pour qu'elle se conforme aux différentes requêtes et, d'autre part, le délai extrêmement court

entre la réception de l'avertissement et la décision litigieuse, soit moins d'un mois et le fait que le dispositif requis a finalement été adopté par l'entreprise le 25 mai 2018. En outre, dans les circonstances du cas d'espèce, il faut également retenir que l'entreprise tire une part substantielle de son chiffre d'affaires, depuis de nombreuses années, de sa collaboration avec les autorités publiques, ce que l'OCIRT ne pouvait pas ignorer, rendant la sanction d'autant plus lourde.

En conséquence, la durée du refus de délivrer l'attestation visée par l'art. 25 LIRT sanctionnant l'infraction de la recourante doit être largement diminuée pour tenir compte des faits précités. Elle sera fixée au double du minimum prévu par la loi, soit six mois (art. 45 al. 1 let. a LIRT) et l'exclusion de tous marchés publics pour une période de deux ans annulée.

Le recours sera partiellement admis, le refus de délivrer l'attestation visée par l'art. 25 LIRT réduit à six mois et l'exclusion annulée.

- 8) Vu l'issue du litige, un émoulement réduit de CHF 200.- sera mis à la charge de la recourante. Laisse les frais de témoin de CHF 120.- à la charge de l'État de Genève (art. 87 al. 1 LPA). Une indemnité de procédure de CHF 1'000.- sera allouée à la recourante, à la charge de l'État de Genève (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 19 janvier 2018 par A_____ contre la décision de l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail du 4 décembre 2017 ;

au fond :

l'admet partiellement ;

réduit la durée du refus de délivrance de l'attestation visée à l'art. 25 LIRT à six mois ;

annule l'exclusion de l'entreprise de tous marchés publics futurs ;

met un émoulement de CHF 200.- à la charge de A_____ ;

laisse les frais de témoin de CHF 120.- à la charge de l'État de Genève ;

alloue une indemnité de procédure de CHF 1'000.- à A_____ ;

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 Claudio Fedele, avocat de A_____ ainsi qu'à l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail.

Siégeant : Mme Payot Zen-Ruffinen, présidente, MM. Thélin et Pagan, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière-juriste :

D. Werffeli Bastianelli

la présidente siégeant :

F. Payot Zen-Ruffinen

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :