

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3101/2010-EXPLOI

ATA/225/2011

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 5 avril 2011

1^{ère} section

dans la cause

F _____ S.A.

représentée par Me Bernard Ballansat, avocat

contre

OFFICE CANTONAL DE L'INSPECTION ET DES RELATIONS DU TRAVAIL

EN FAIT

1. La F_____ S.A. (ci-après : la fiduciaire), dont le siège est à Genève, est active dans la tenue du secrétariat d'associations professionnelles du domaine de la construction, la défense des intérêts d'associations patronales de la construction, la gestion administrative de caisses de pensions et de compensations professionnelles, le calcul des salaires et l'établissement de fiches de paie, le conseil juridique et organisationnel aux membres des associations professionnelles et la tenue de comptabilité pour des tiers. Elle exerce une importante activité de syndicat patronal et emploie une dizaine de personnes.
2. Monsieur R_____, qui détient l'intégralité de son capital social, est son administrateur unique. Il est également secrétaire permanent de plusieurs associations patronales dans le secteur de la construction à Genève. Il représente souvent, à ce titre, différents partenaires sociaux dans leurs contacts avec l'office cantonal de l'inspection et de relations du travail (ci-après : l'OCIRT).
3. En décembre 2008, un grave conflit est survenu entre une employée de la fiduciaire, Madame A_____, et son supérieur hiérarchique direct, Monsieur B_____, bras droit de M. R_____. Lors de ce conflit (ci-après : cas A_____), toute communication entre les protagonistes a été impossible.
4. En mars 2009, Mme A_____ est tombée en incapacité de travail pour cause de maladie.
5. Le 30 avril 2009, elle a déposé une plainte auprès de l'OCIRT contre la fiduciaire pour atteinte à sa santé, ensuite de laquelle une procédure d'enquête a été ouverte par cet office.
6. Le 14 mai 2009, l'OCIRT a suspendu l'instruction de la plainte, suite à la demande de M. R_____, qui souhaitait pouvoir intervenir auprès de Mme A_____ pour tenter un règlement à l'amiable entre les parties.

Un délai de trente jours pour une médiation lui était accordé.
7. Dans ce délai, la fiduciaire a proposé à Mme A_____ la médiation de la personne qui avait dressé son bilan de compétences pour la société. Cette proposition a été rejetée par l'intéressée.
8. En juin 2009, Mme A_____ a été adressée par son médecin aux urgences psychiatriques de l'hôpital cantonal universitaire.
9. Le 27 août 2009, cette employée a résilié ses rapports de travail, invoquant qu'elle avait été victime d'un harcèlement moral de la part de M. B_____ et

qu'elle s'était sentie très isolée dans le conflit qui l'avait opposée à lui. M. R_____, bien qu'informé de la situation, n'avait pris aucune disposition pour la protéger du harcèlement psychologique dont elle avait été victime. Il en était résulté une grave atteinte à sa santé.

10. Dans le cadre de l'enquête menée par l'OCIRT, de nombreux échanges de vue ont eu lieu entre les parties. M. R_____ a exposé qu'il était intervenu à plusieurs reprises pour tenter de remédier à la situation. Devant l'impossibilité de trouver une solution amiable, il avait proposé à Mme A_____ l'intervention d'un médiateur externe, ce qu'elle avait refusé.
11. L'inspecteur de l'OCIRT a dressé un rapport d'enquête, dénommé « confirmation de visite », le 15 octobre 2009.

Le dispositif de gestion des conflits existant au sein de l'entreprise était inefficace et impropre à garantir la protection de la santé des travailleurs contre les risques psychosociaux.

12. Un important litige est alors né entre la fiduciaire et l'OCIRT sur la façon dont l'enquête avait été menée, les faits établis et le rapport rédigé. Cet incident a provoqué l'intervention du directeur de cet office, qui a réexaminé toute l'affaire, élagué ledit rapport d'allégations inexactes ou inappropriées, et confirmé le bien-fondé des conclusions prises.
13. Le 30 novembre 2009, la fiduciaire a allégué disposer de la procédure de gestion des conflits suivante :

En cas de tensions psychosociales ou de conflits relevant du droit du travail, les employés en informaient d'abord M. R_____, chef de l'entreprise, soit directement (l'employé concerné s'adressait lui-même à M. R_____), soit indirectement (les tiers employés lui rapportaient leurs constatations). La structure horizontale de l'entreprise, l'atmosphère détendue au travail, les séances régulières de discussion décontractée, les contacts fréquents entre M. R_____ et ses employés, ainsi que la disposition des bureaux en « semi-open space » mettant en proximité immédiate les trois-quarts des employés, étaient favorables à cette communication.

Une fois informé, M. R_____ discutait individuellement du conflit avec les protagonistes, analysait la situation et communiquait ses constatations aux personnes concernées.

Si les tensions subsistaient ou si des questions de droit ne pouvaient être résolues, un médiateur était proposé, comme cela s'était produit dans le cas A_____.

Si aucune solution n'était trouvée dans le cadre de cette médiation, la procédure prud'homale, qui était gratuite, pouvait être enclenchée par l'employé.

14. Le 11 janvier 2010, l'OCIRT a imparti un délai de trois mois à la fiduciaire pour lui faire parvenir un document décrivant les règles de procédure internes mises en place pour gérer, hors hiérarchie, les conflits de travail et toute forme d'atteinte à la personnalité et pour communiquer à ses employés les mesures préconisées.

15. Le 25 janvier 2010, la fiduciaire a communiqué à l'OCIRT la procédure qu'elle avait mise en place, l'informant qu'elle la communiquerait à ses employés à très court délai.

En cas de conflit, le personnel cherchait à résoudre le différend directement avec la ou les personnes concernées. Si aucune solution satisfaisante n'était trouvée, le supérieur hiérarchique direct était sollicité pour un entretien. Si l'action du supérieur direct ne donnait pas satisfaction dans des délais raisonnables (cinq jours de travail) ou si une des parties au différend ne souhaitait pas l'intervention du supérieur hiérarchique direct, celle-ci pouvait faire appel au chef d'entreprise qui entendrait les deux parties dans les jours qui suivraient la demande, déciderait des suites à donner et prendrait les mesures qu'il jugerait adéquates. Au cas où l'une des parties au différend, ou les deux, n'étaient pas satisfaites de la décision du chef d'entreprise, elles recourraient aux procédures prud'homales prévues à cet effet.

16. Le 9 février 2010, l'OCIRT a adressé un courrier à la fiduciaire.

Le processus de gestion des conflits proposé n'était pas conforme aux règles techniques contenues dans les directives du Secrétariat d'Etat à l'économie (ci-après : SECO) en matière de risques psychosociaux, car le recours à une personne de confiance hors hiérarchie n'était pas prévu.

La fiduciaire était priée de soumettre à l'OCIRT des règles d'intervention prévoyant la possibilité pour les employés de se confier à une telle personne en cas de conflit.

17. La société s'est opposée à cette exigence dans un courrier du 28 février 2010.

L'adoption d'une procédure hors hiérarchie n'était imposée ni par la loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce du 13 mars 1964 (LTr - RS 822.11), ni par la loi fédérale complétant le Code civil suisse du 30 mars 1911 (Livre cinquième : Droit des obligations (CO - RS 220).

18. L'OCIRT a répondu à ce courrier par deux lettres datées des 15 et 17 mars 2010.

La fiduciaire n'ayant pas démontré que la solution mise en place au sein de l'entreprise assurait le même degré de protection que l'application des règles techniques du SECO, il lui appartenait, conformément à l'art. 4 de l'ordonnance 3 relative à la loi sur le travail du 18 août 1993 (OLT 3 - RS 822.113), de fournir à ses frais un rapport d'expertise technique neutre démontrant ou infirmant que sa procédure de gestion interne des conflits garantissait la santé des travailleurs au sens de l'art. 6 LTr.

La désignation de l'expert devait se faire impérativement d'entente avec les employés de la société.

Un délai au 30 avril 2010 lui était imparti pour la désignation de l'expert et un autre, au 1^{er} juillet 2010, pour le dépôt du rapport d'expertise.

19. Le 28 avril 2010, la fiduciaire a contesté une nouvelle fois cette position devant l'OCIRT.
20. Par décision du 16 août 2010, l'OCIRT a imposé à la société de :
 - « concevoir et rédiger des règles d'intervention de personnes de confiance hors hiérarchie auxquelles le personnel peut s'adresser en cas de conflit pour des conseils et un soutien pour trouver une solution au problème ;
 - informer les travailleurs de cette procédure et des compétences de la personne de confiance », lui impartissant un délai au 30 septembre 2010 pour ce faire.

A défaut, la fiduciaire était tenue de :

« démontrer que les mesures existant au sein de l'entreprise respectent les exigences en matière d'hygiène au travail par une expertise technique réalisée aux frais de la société par un expert externe reconnu et indépendant de l'entreprise », dans un délai échéant le 30 septembre 2010 pour la désignation de l'expert et le 30 novembre 2010 pour « présenter le rapport d'expertise, qui comprendra notamment une évaluation de la situation et des outils de gestion mis en place au sein de l'entreprise pour régler les atteintes à la personnalité ».

Les travailleurs devaient être mis au courant des mesures préconisées, en application des art. 6 al. 2 OLT 3 et 71 al. 2 de l'ordonnance 1 relative à la loi sur le travail du 10 mai 2000 (OLT 1 - RS 822.111).

21. Par acte du 16 septembre 2010, la fiduciaire a recouru contre cette décision auprès du Tribunal administratif, devenu depuis le 1^{er} janvier 2011 la chambre administrative de la section administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative). Elle conclut préalablement à l'audition de plusieurs

témoins et de l'épouse de M. R_____ à titre de renseignement. A titre principal, elle demande l'annulation de la décision.

La société était exigeante avec ses employés, mais offrait des conditions de travail modernes et une protection sociale exemplaire. Elle ne tolérait aucune forme de mobbing, de harcèlement ou de discrimination à l'égard de ses employés. M. R_____ jouissait d'une réputation irréprochable auprès des différents partenaires sociaux et des milieux économiques. On le consultait souvent pour tenter de régler de manière extrajudiciaire des conflits entre patrons et salariés. Il disposait de toute la formation, de l'expérience et des qualités pour gérer les conflits du personnel qui pouvaient naître au sein de son entreprise.

Les conclusions du rapport d'enquête la priant d'adopter des règles précises d'intervention étaient basées sur le constat erroné que la fiduciaire avait eu un comportement inadéquat dans le cas A_____ et qu'il fallait ainsi prévenir la survenance de nouvelles lacunes. Or, la fiduciaire avait démontré dans ce conflit l'adéquation de sa procédure avec les exigences des normes sur la protection de la santé des travailleurs.

Son processus de gestion des conflits était celui exposé dans son écriture à l'OCIRT du 30 novembre 2009 (saisine de M. R_____, tentative de résolution par ce dernier, médiation par un tiers nommé par les parties si échec, prud'hommes).

L'obligation du recours à un tiers hors hiérarchie ne reposait sur aucune base légale. Elle ne figurait que dans les recommandations du SECO, qui n'avaient pas force obligatoire.

Selon le SECO lui-même, consulté par la fiduciaire, ces recommandations ne constituaient pas des directives au sens de l'art. 38 OLT 3. Elles n'imposaient aucun mode de gestion des conflits à l'employeur, qui restait libre de prévoir d'autres solutions que celles proposées.

Pour le service de l'emploi du canton de Vaud, la désignation d'une personne hors hiérarchie ne pouvait être exigée de manière systématique, notamment en fonction de la taille de l'entreprise. Pour le service de protection des travailleurs et des relations du travail du canton du Valais, ces recommandations devaient être considérées comme une proposition de mesures, l'entreprise ayant toujours la possibilité de procéder différemment. Une mesure n'était imposée que dans des cas particuliers, lorsque la situation l'imposait.

Pour le canton de Zurich, la possibilité de s'adresser à une personne externe à l'entreprise n'était à recommander que pour les grandes entreprises. La loi ne prévoyait pas que le travailleur devait pouvoir s'adresser à une personne de confiance, ni qu'une telle personne serait à désigner à l'avance.

Quant à l'expertise technique, celle-ci ne pouvait être exigée de l'employeur, selon le SECO, que lorsque la situation laissait présumer l'apparition de problèmes importants ayant des conséquences graves pour les travailleurs, ce qui n'était pas le cas en l'espèce. Cette mesure subsidiaire violait dès lors le principe de la proportionnalité.

Il en allait de même de l'exigence de pouvoir recourir à une personne de confiance hors hiérarchie, qui constituait une mesure disproportionnée pour une entreprise d'une dizaine d'employés.

22. L'OCIRT a répondu au recours le 22 octobre 2010, en concluant à son rejet, sous réserve d'une adaptation des délais accordés à la société pour s'exécuter, dont le respect était rendu impossible par le dépôt du recours, et qui devaient être fixés à quarante-cinq jours, respectivement quatre mois, dès l'entrée en force de l'arrêt de la chambre administrative.

M. R_____ avait transformé la procédure en une croisade pro-patronale destinée à limiter les moyens mis à disposition de l'OCIRT pour imposer des mesures aux entreprises. Il confondait au surplus sa propre personne et celle de la fiduciaire, en considérant que les obligations imposées à cette dernière portaient atteinte à son image de chef d'entreprise et de secrétaire patronal. Cette situation avait fortement entravé la recherche de solutions. Le cas A_____ avait démontré que la procédure de gestion des conflits dans l'entreprise était inadéquate et devait être améliorée. L'instauration du recours à une personne hors hiérarchie s'imposait en raison de la structure de la fiduciaire. En effet, M. R_____ était le supérieur hiérarchique direct de la moitié des employés, M. B_____, responsable direct des autres. Ce dernier remplaçait par ailleurs M. R_____ en cas d'absence. Le dispositif interne mis en place par la fiduciaire ne permettait pas à l'employé d'être protégé efficacement contre une atteinte à sa santé en cas de conflit, car ces deux supérieurs avaient toutes les chances d'être les juges de leurs propres comportements.

En outre, la société était inconstante dans ses positions. La procédure de gestion des conflits qu'elle avait exposée dans sa lettre du 30 novembre 2009 et prévoyant le recours à une personne hors hiérarchie était radicalement différente de celle figurant dans son courrier à l'OCIRT du 25 janvier 2010. Dans son mémoire de recours, la fiduciaire était revenue à la version première. Suite à ce prétendu retour à une procédure hors hiérarchie, l'OCIRT avait proposé à la fiduciaire la suspension de la présente procédure dans l'espoir qu'une solution puisse être trouvée. La recourante avait toutefois persisté dans son refus de se voir imposer une telle règle. Cette absence totale de constance démontrait la nécessité des mesures adoptées, qui étaient en tous points conformes aux recommandations du SECO.

L'OCIRT ne prétendait pas que le recours à une personne hors hiérarchie apportait une solution à tous les conflits. Ce n'était d'ailleurs pas le sens de sa décision.

La production par la société d'une expertise technique à titre subsidiaire se justifiait par l'impossibilité des parties de se mettre d'accord sur la conformité à la loi de la procédure interne de gestion des conflits de la fiduciaire. Elle constituait le seul moyen de trancher la litige si elle refusait d'obtempérer, et lui offrait un moyen de prouver le bien-fondé de sa position.

23. Le 26 octobre 2010, le juge délégué a demandé à l'OCIRT de lui transmettre l'intégralité du dossier de la recourante en sa possession.
24. Le 4 novembre 2010, la société a sollicité la production par l'intimé des pièces relatives à l'affaire A_____, qui devaient être considérées comme faisant partie du dossier.
25. La recourante a répliqué le 6 décembre 2010 en persistant dans ses conclusions initiales en sollicitant, en outre, l'octroi d'une indemnité de procédure.

Tout en développant les arguments figurant dans son recours, elle exposait les raisons pour lesquelles sa procédure interne de gestion des conflits avait connu deux versions. La première (contenant le recours à une personne hors hiérarchie) relatait la pratique usuelle de la fiduciaire ; l'autre, celle que l'OCIRT lui imposait de communiquer à ses employés. En effet, elle souhaitait que la possibilité conférée à l'employé de recourir à un tiers hors hiérarchie acquière le rang d'un véritable droit. Elle désirait pouvoir se réserver la possibilité d'examiner, de cas en cas, si cette voie s'avérait la plus appropriée à la situation, ainsi que la loi le lui permettait. C'était pour cette raison qu'elle avait changé la phrase « un médiateur est proposé par l'employeur » par « le chef d'entreprise [déciderait] des suites à donner et [prendrait] les mesures qu'il [jugerait] adéquates ». Elle n'avait ainsi fait preuve d'aucune inconstance dans sa ligne de conduite.

26. Le 27 janvier 2011, l'OCIRT a communiqué au juge délégué le dossier de la fiduciaire, qui a été versé à la procédure, et a dupliqué le 28 janvier 2011 en persistant dans ses conclusions et en développant ses arguments.
27. Le 15 février 2011, la recourante s'est déterminée une fois encore, après avoir pris connaissance des nouvelles pièces versées à la procédure. Elle conclut préalablement à ce que l'OCIRT produise tout un ensemble de documents en relation avec l'affaire A_____. Elle en expose les raisons, versant elle-même à la procédure des documents qu'elle considère comme faisant partie de son dossier, avant de persister dans ses conclusions principales.
28. Le même jour, les parties ont été informées que la cause était gardée à juger.

EN DROIT

1. Depuis le 1^{er} janvier 2011, suite à l'entrée en vigueur de la nouvelle loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 (LOJ - E 2 05), l'ensemble des compétences jusqu'alors dévolues au Tribunal administratif a échu à la chambre administrative, qui devient autorité supérieure ordinaire de recours en matière administrative (art. 131 et 132 LOJ).

Les procédures pendantes devant le Tribunal administratif au 1^{er} janvier 2011 sont reprises par la chambre administrative (art. 143 al. 5 LOJ). Cette dernière est ainsi compétente pour statuer.

2. Interjeté en temps utile devant la juridiction alors compétente, le recours est recevable (art. 56A de la loi sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 dans sa teneur au 31 décembre 2010 - aLOJ ; art. 63 al. 1 let. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10 - dans sa teneur au 31 décembre 2010).
3. La recourante sollicite un ensemble de mesures d'instruction (audition de témoins, de Mme R_____ et des parties, et l'attrait à la procédure de la liste des documents visés dans sa détermination du 15 février 2011).

Tel qu'il est garanti par l'art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101), le droit d'être entendu comprend notamment le droit pour l'intéressé d'offrir des preuves pertinentes, de prendre connaissance du dossier, d'obtenir qu'il soit donné suite à ses offres de preuves pertinentes, de participer à l'administration des preuves essentielles ou à tout le moins de s'exprimer sur son résultat, lorsque cela est de nature à influencer sur la décision à rendre (ATF 132 II 485 consid. 3.2 p. 494 ; 127 I 54 consid. 2b p. 56 ; 127 III 576 consid. 2c p. 578 ; Arrêt du Tribunal fédéral 1C.424/2009 du 6 septembre 2010 consid. 2). Le droit de faire administrer des preuves n'empêche cependant pas le juge de renoncer à l'administration de certaines preuves offertes et de procéder à une appréciation anticipée de ces dernières, en particulier s'il acquiert la certitude que celles-ci ne l'amèneront pas à modifier son opinion ou si le fait à établir résulte déjà des constatations ressortant du dossier (ATF 134 I 140 consid. 5.3 ; 131 I 153 consid. 3 p. 158 ; Arrêts du Tribunal fédéral 2C.58/2010 du 19 mai 2010 consid. 4.3 ; 4A.15/2010 du 15 mars 2010 consid. 3.2 et les arrêts cités ; ATA/432/2008 du 27 août 2008 consid. 2b).

En l'espèce, le dossier comporte tous les éléments pertinents pour statuer. La manière dont l'enquête a été diligentée par l'OCIRT dans le cas de Mme A_____, ainsi que le contenu de celle-là, est en outre sans pertinence pour

trancher le présent litige, qui est circonscrit à la question de savoir si, de manière abstraite et objective, le processus de gestion des conflits que la fiduciaire propose de communiquer à ses employés accorde une protection suffisante contre les atteintes à la santé au sens des dispositions pertinentes et, en cas de réponse négative à cette question, si les mesures imposées par l'OCIRT sont conformes au droit.

4. Selon l'art. 6 al. 1^{er} LTr, 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. Les mesures de protection de la santé qui doivent être prises dans les entreprises sont déterminées par voie d'ordonnance (art. 6 al. 4 LTr).

L'OLT 3 a été adoptée en application de cette disposition. Selon son art. 1^{er}, cette ordonnance détermine les mesures d'hygiène qui doivent être prises dans toutes les entreprises soumises à la LTr, parmi lesquelles figure la recourante, ce qu'elle ne conteste d'ailleurs pas (art. 1 à 4 LTr).

5. A teneur de son art. 2, l'OLT 3 prévoit que l'employeur est tenu de prendre toutes les mesures nécessaires afin d'assurer et d'améliorer la protection de la santé et de garantir la santé physique et psychique des travailleurs.
6. Sous réserve de l'art. 42 LTr, non pertinent pour le présent litige, l'exécution de la loi et des ordonnances fédérales incombe aux cantons, qui désignent les autorités chargées de l'exécution (art. 41 al. 1^{er} LTr).
7. Conformément à l'art. 3 al. 1^{er} de la loi sur l'inspection et les relations du travail du 12 mars 2004 (LIRT - J 1 05), 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. Il est habilité à exiger des employeurs à cette fin tous documents et renseignements nécessaires, sous peine des sanctions prévues par le droit fédéral ainsi que par la présente loi.

Il doit veiller au respect de l'art. 6 al. 1^{er} LTr (art. 3 al. 3 LIRT et 2 de l'ordonnance 2 relative à la loi sur le travail du 10 mai 2000 - OLT 2 - RS 822.112), qui prescrit que l'employeur est tenu de prendre toutes les mesures nécessaires afin d'assurer et d'améliorer la protection de la santé et de garantir la santé physique et psychique de ses travailleurs.

8. Dans l'exercice de cette tâche et pour déterminer quelles sont 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 » ou

ce qui peut être exigé de l'employeur « pour protéger l'intégrité personnelle des travailleurs mesures de prévention pour la santé » au sens de l'art. 6 LTr, l'OCIRT se fonde notamment sur deux publications du SECO intitulées « commentaire de l'OLT 3 relative à la LTr » et « annexes » aux articles de l'OLT 3, qui contiennent un ensemble de recommandations destinées aux organes d'application cantonaux.

9. En sa qualité d'office fédéral chargé notamment de veiller à une application uniforme du droit fédéral par les cantons (art. 8 al. 2 et 75 al. 1^{er} let. a OLT 1), le SECO est habilité à adopter ces recommandations qui, selon la doctrine et la jurisprudence, entrent dans la catégorie des ordonnances administratives appelées ordonnances interprétatives dans la mesure où les normes juridiques laissent au profit de l'autorité d'application une certaine marge d'interprétation. La pratique s'est développée en matière d'ordonnances interprétatives, notamment dans des secteurs réglementés, tels que les assurances sociales, le fisc ou dans des matières techniques ou exigeant des connaissances particulières (ATA/161/2005 du 22 mars 2005 ; P. MOOR, Droit administratif, Vol 2, 2^{ème} éd., Berne 2002, p.266 et 267).

Emise par l'autorité chargée de l'application concrète, l'ordonnance administrative est un mode de gestion : elle rend explicite une ligne de conduite, elle permet d'unifier et de rationaliser la pratique, elle assure ce faisant aussi l'égalité de traitement et la prévisibilité administrative et elle facilite le contrôle juridictionnel, puisqu'elle dote le juge de l'instrument nécessaire pour vérifier que l'administration agit selon des critères rationnels, cohérents et continus, et non pas selon une politique virevoltante du cas par cas (P. MOOR, op. cit. p. 268). Les ordonnances interprétatives n'étant pas des règles de droit, le juge devra s'en écarter dès que l'interprétation qu'elles donnent n'est pas conforme à la loi ou à des principes généraux (ATA/28/2008 du 22 janvier 2008 ; P. MOOR, Droit administratif, Vol I, Berne 1994, p. 271 et les citations).

10. Selon l'annexe de l'art. 2 OLT 3 du SECO, figure parmi les mesures importantes de prévention d'atteinte à la santé psychique pouvant être exigées de l'employeur, « 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 pour trouver une solution au problème. Savoir auprès de qui on peut se tourner augmente les chances qu'un problème ne soit pas simplement éludé et qu'une solution constructive soit trouvée. Il est important que cette personne de confiance dispose de la formation nécessaire pour cette tâche et qu'elle ait un rapport de confiance avec les personnes qui demandent son conseil (obligation de garder le secret, pas de lien hiérarchique) ». Les employeurs sont toutefois libres d'adopter des réglementations internes différentes, à condition toutefois que celles-ci accordent des garanties équivalentes quant à leurs effets (courrier du SECO au Groupement des associations patronales de la construction du 18 janvier 2010).

Ces solutions ont été développées suite à la préoccupation croissante des autorités d'application de la LTr de prévenir la survenance de problèmes psychosociaux dans les entreprises, dont plusieurs études ont dénoncé la fréquence, suite au constat que ces risques peuvent être réduits par l'instauration de procédures adaptées (C. DUBOULOZ, Problèmes psychosociaux, conflits et mobbing sur le lieu de travail, brochure éditée par l'Etat de Genève).

En l'espèce, le processus de gestion des conflits de la fiduciaire exposé dans son courrier à l'OCIRT du 25 janvier 2010, analysé de manière abstraite, ne permet pas - a priori - d'assurer une protection adéquate au sens des dispositions précitées.

En effet, selon cette procédure, un employé se trouvant en conflit avec M. B_____ doit se confier à M. R_____, qui décide seul des suites à donner. Si l'employé est en conflit avec M. R_____ lui-même, il n'a personne de déterminé à qui se confier. Or, ce cas peut survenir, nonobstant les diverses mesures de prévention appliquées dans l'entreprise (ambiance décontractée, fréquence des échanges informels, ergonomie des bureaux facilitant la communication, etc.).

Le premier volet de la décision n'a pas pour but de mettre en doute les compétences de M. R_____ ou ses qualités de chef d'entreprise, mais de permettre aux employés vivant un grave conflit de travail de se confier à une personne indépendante (ou éloignée de la hiérarchie, mais ceci n'est pas possible en l'espèce, en raison de la structure de l'entreprise), il n'impose pas non plus le recours à une procédure de conciliation ; il prescrit uniquement à l'employeur de concevoir et rédiger des règles d'intervention de personnes de confiance hors hiérarchie « auxquelles le personnel peut s'adresser en cas de conflit pour des conseils et un soutien pour trouver une solution au problème » et d'en informer les employés, pour les rares cas où les mesures déjà en vigueur dans l'entreprise ne suffiraient pas à éviter la survenance d'un conflit, comme ce fût le cas dans l'affaire A_____. Cette mesure fait partie de celles « dont l'expérience a démontré la nécessité » et qui sont techniquement réalisables au sens de l'art. 6 al. 1 LTr.

Ce premier volet de la décision respecte ainsi ces conditions.

11. La mesure préconisée est en outre « adaptée aux conditions d'exploitation de l'entreprise » (art. 6 al. 1 LTr) et conforme au principe de la proportionnalité énoncé dans l'art. 2 al. 2 OLT 3, qui prescrit que « les mesures d'hygiène que les autorités exigent de l'employeur doivent être proportionnelles au regard des répercussions qu'elles ont (...) sur l'organisation de l'entreprise ».

En effet, l'affirmation de l'OCIRT selon laquelle le recours à une personne ou un médiateur externe formé pour assumer ce rôle est une mesure peu coûteuse, n'est pas contestée par la recourante. Cette saisine est en outre vouée à une

application exceptionnelle, aux dires même de M. R_____, qui considère que l'entreprise dispose de conditions très favorables à un climat de travail serein et emprunt de respect mutuel, dans lequel toute forme de discrimination est ouvertement condamnée.

12. Quant à l'exigence d'informer les travailleurs de la procédure à suivre, elle découle de l'art. 6 al. 3 LTr qui prescrit que l'employeur fait collaborer les travailleurs aux mesures de protection de la santé, ceux-ci étant pour leur part tenus de seconder l'employeur dans l'application des prescriptions sur la protection de la santé.

Le premier volet de la décision est ainsi en tous points conforme à la loi.

13. Dans un deuxième volet, la décision attaquée impose l'obligation pour la fiduciaire de produire une expertise démontrant que les mesures existant au sein de l'entreprise respectent les exigences en matière d'hygiène au travail.

Cette mesure est proposée comme une alternative à la première. Ainsi, la fiduciaire a le choix : soit elle instaure un recours à une personne hors hiérarchie, soit elle démontre par une expertise que son système de gestion des conflits est conforme aux exigences légales. Cette solution a pour but d'offrir à la recourante, qui conteste depuis le début le bien-fondé de la position de l'OCIRT, un ultime moyen de démontrer le bien-fondé de sa position.

Cette mesure alternative se fonde sur l'art. 4 OLT 3, selon lequel les autorités peuvent demander à l'employeur de présenter un rapport d'expertise technique « lorsqu'il existe de sérieux motifs de douter que les exigences en matière d'hygiène sont respectées ».

Selon le commentaire du SECO de l'OLT 3 ad art. 4, cette disposition se réfère aux aspects de la protection de la santé évoqués à l'art. 2 OLT 3. Un rapport peut être demandé tant sur les aspects de la santé physique que de la santé psychique. Une telle mesure ne sera exigée que si la situation laisse présumer l'apparition de problèmes importants ayant des conséquences graves pour les travailleurs (notamment les conséquences pour les travailleurs âgés, les jeunes travailleurs, les travailleurs de langue étrangère, les travailleurs isolés, les travailleuses enceintes ou qui allaitent). Les frais d'une telle expertise incombant à l'employeur, il sera nécessaire de tenir compte du principe de la proportionnalité. En règle générale, l'employeur doit faire appel à un expert externe ou à une commission d'experts reconnus comme tels par les instances officielles ou par les organisations professionnelles. L'expertise technique exigée par l'organe d'exécution peut également être faite par un ou plusieurs spécialistes de l'entreprise elle-même. Sont considérés comme spécialistes les médecins du travail, les hygiénistes du travail, les spécialistes diplômés en toxicologie ou en ergonomie ou autres, par exemple les psychologues du travail et des organisations

pouvant justifier de connaissances et d'expérience suffisantes dans le domaine en question. Il est important qu'employeur, travailleurs et organe d'exécution s'entendent sur la personne du spécialiste choisi et définissent clairement l'objet et l'étendue de l'expertise. Le recours à un expert externe et indépendant est nécessaire si la qualification d'un expert interne ou les conclusions d'un rapport sont contestées pour des motifs valables.

En l'espèce, il n'est pas discutable qu'il existe de sérieux motifs de douter que les exigences en matière d'hygiène sont respectées au sens de l'art. 4 OLT 3 (cf. point 10 ci-dessus). La gravité potentielle de l'atteinte est illustré par le cas A_____, dont il n'est pas contesté que le conflit de travail - tel qu'il a été vécu par cette employée et indépendamment de toute responsabilité de l'entreprise dans cette affaire - a conduit à une hospitalisation en psychiatrie.

14. L'OCIRT était fondé, dans ces circonstances et à titre de mesure alternative, d'imposer le recours à une expertise.

La fiduciaire, qui a le choix entre cette dernière mesure et la première, moins incisive, ne saurait valablement invoquer une violation du principe de la proportionnalité.

Les griefs de la recourante doivent ainsi être écartés.

15. Pour les motifs qui précèdent le recours sera rejeté.
16. Les délais proposés par l'OCIRT dans ses conclusions pour l'exécution de la décision apparaissent raisonnables et seront confirmés.
17. Un émolument de CHF 2'000.- sera mis à la charge de la recourante, qui succombe. Aucune indemnité ne sera par ailleurs allouée (art. 87 LPA).

* * * * *

**PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE**

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 16 septembre 2010 par la F_____ S.A. contre la décision de l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail du 16 août 2010 ;

au fond :

le rejette ;

impartit à la recourante un délai de quarante-cinq jours pour transmettre à l'OCIRT le dispositif demandé ou désigner un expert externe reconnu et indépendant de l'entreprise, choisi en concertation avec ses employés et l'OCIRT, et de quatre mois pour la présentation à l'OCIRT du rapport d'expertise ;

met à la charge de la F_____ S.A. un émolument de CHF 2'000.- ;

dit qu'il n'est pas alloué d'indemnité ;

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 Me Bernard Ballansat, avocat de la recourante, à l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail, ainsi qu'au secrétariat d'Etat à l'économie, pour information.

Siégeants : M. Thélin, président, Mmes Bovy et Junod, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière-juriste :

S. Hüsler Enz

le président siégeant :

Ph. Thélin

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :