RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3489/2006-DSE **ATA/259/2007**

ARRÊT

DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

du 22 mai 2007

dans la cause

X_____

contre

OFFICE CANTONAL DE L'INSPECTION ET DES RELATIONS DU TRAVAIL

EN FAIT

1. X_____ (ci-après : X_____ ou l'entreprise), de siège à Genève et dont l'administrateur est Monsieur D_____, est active dans le domaine de l'aménagement d'intérieurs et d'immeubles ainsi que dans l'importation et l'exportation de tous produits ayant trait à ce but. Cette activité fait partie du second œuvre du bâtiment.

2. En date du 22 décembre 1997, pour pouvoir soumissionner dans le cadre des marchés publics, l'entreprise s'est engagée auprès de l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail (ci-après : l'OCIRT) à respecter les conditions de travail et les prestations sociales en usage à Genève. Ces usages comprennent les documents établis par l'OCIRT pour le secteur du second œuvre (ci-après : U-SO 2002) qui sont tirés de la convention collective étendue du second œuvre (ci-après : CCT-SO). Ces documents sont modifiés à chaque nouvelle extension de la CCT-SO.

3. Par courriers des 5 février et 18 novembre 2004, l'OCIRT a fait parvenir à l'entreprise la modification U-SO 2004. Ces courriers mentionnaient une modification du régime applicable en matière de prévoyance professionnelle et invitaient l'entreprise à vérifier auprès de son assureur que les prestations minimales étaient bien garanties par contrat. La lettre du 5 février 2004 contenait un résumé des exigences principales imposées par l'article 34 de la nouvelle CCT-SO détaillant les conditions minimales d'assurance du personnel au titre de la prévoyance professionnelle ainsi que le document U-SO 2004. Le courrier du 18 novembre 2004 reprenait ces éléments et mentionnait notamment à titre de rappel que le taux de cotisation de la prévoyance professionnelle passerait de 11% à 12% au 1er janvier 2005.

4. Les 6 avril et 17 mai 2006, l'OCIRT a procédé à un contrôle du respect des usages au sein de l'entreprise. Ce contrôle a mis en évidence des infractions aux usages en matière de salaire afférant aux vacances, aux retenues sociales et à la prévoyance professionnelle. Ces infractions touchaient l'ensemble des quinze employés de l'entreprise. Lors du contrôle, il a été constaté que les contrats étaient conclus oralement et que les fiches de salaire étaient insuffisamment détaillées.

   S'agissant du salaire afférant aux vacances, l'entreprise le calculait sur la base du revenu réalisé par le travailleur concernant l'année précédente et non l'année en cours, contrairement à l'exigence de l'article 18 U-SO 2002. Pour les retenues sociales, leur montant n'était pas détaillé sur les fiches de salaire. Elles figuraient sous la forme d'un pourcentage global sous la rubrique « retenues charges sociales ». L'OCIRT avait cependant pu établir que l'entreprise prélevait un montant supérieur à 1% depuis plusieurs années. Du point de vue de la

prévoyance professionnelle, l'entreprise n'avait pas adapté son plan de prévoyance au nouvel article 34 U-SO 2004. Ce non-respect des règles en matière de prévoyance était confirmé par un courrier de la W_____, assureur LPP de l'entreprise, du 11 mai 2006 adressé à la X_____

Le rapport de contrôle des usages professionnels faisait état d'un entretien avec M. D_____, le 17 mai 2006, au cours duquel ce dernier avait été informé des observations de l'OCIRT. M. D_____ expliquait au sujet des vacances que l'employé engagé au courant de l'année n'avait pas droit à des vacances étant donné qu'il en avait bénéficié chez son précédent employeur ; l'administrateur affirmait ne pas vouloir changer son système. Pour les cotisations sociales, il avait précisé être prêt à s'adapter mais pas à rembourser les arriérés.

5. Le 22 mai 2006, l'OCIRT a informé la X_____ des violations constatées et lui a imparti un délai au 15 juin 2006 pour rembourser les cotisations perçues à tort de ses employés depuis l'année 2003 jusqu'à ce jour, pour établir un décompte pour chaque employé concerné et pour fournir une copie de chaque décompte et la preuve du remboursement des cotisations prélevées en trop. A défaut de réception des documents dans le délai indiqué, l'OCIRT se verrait dans l'obligation de mentionner que l'entreprise ne respectait pas les usages professionnels et de prononcer une décision de refus de délivrance de l'attestation nécessaire pour soumissionner dans le cadre de marchés publics pour une durée de trois mois à cinq ans.

Le délai a été prolongé au 15 juillet 2006. Puis, par un courrier du 8 août 2006, l'OCIRT a accordé à l'entreprise un ultime délai au 20 août 2006. Ce courrier mentionnait expressément les conséquences possibles d'un défaut de réponse. L'entreprise n'a pas réagi à cette lettre.

6. Le 29 août 2006, l'OCIRT a prononcé à l'encontre de l'entreprise une décision de refus de délivrance d'attestation pour une durée de deux ans. La sanction pouvait être réduite voire levée par l'OCIRT si l'entreprise était en mesure de prouver qu'elle respectait à nouveau les usages.

7. Pendant le délai de recours, l'entreprise a sollicité un entretien avec la direction de l'OCIRT, ce qui lui a été accordé. Cette demande d'entretien a été annulée par l'entreprise par une télécopie du 13 décembre 2006. L'OCIRT a indiqué à l'entreprise que ses collaborateurs restaient disponibles pour discuter du dossier.

8. Le 26 septembre 2006, l'entreprise a interjeté recours auprès du Tribunal administratif contre la décision du 29 août 2006. Le calcul des vacances était fait sur la base d'un pourcentage selon l'âge des employés par rapport aux gains de l'année précédente et elle ne pouvait pas agir autrement dès lors que les employés étaient payés à l'heure et au mètre carré et que les gains annuels ne pouvaient être

prévus à l'avance. Lorsqu'un employé quittait l'entreprise, toutes ses vacances étaient payées au prorata des mois travaillés durant l'année de son départ. S'agissant des retenues sur salaire, elle reconnaissait avoir fait une erreur de pourcentage et son obligation de procéder à la restitution sur trois ans. Elle relevait toutefois avoir maintenu une allocation mensuelle de CHF 60.- en faveur des employés alors qu'elle n'était pas prévue dans la CCT-SO, ce qui représentait un montant par employé de CHF 520.- perçu en trop par année, et qu'elle entendait procéder à une compensation, car le montant de l'indemnité versée à tort s'élevait à CHF 16'800.- et celui du rattrapage à CHF 12'704.-. Elle considérait ainsi avoir rempli son obligation. Elle affirmait avoir effectué la correction des retenues depuis avril 2006. S'agissant de la prévoyance professionnelle, elle se référait aux documents dressés par l'OCIRT en 2002, valables depuis le 1er janvier 2003, et ne comprenait pas la position de l'OCIRT. Elle conclut à l'annulation de la décision.

9. Le 25 octobre 2006, l'OCIRT a répondu au recours. L'entreprise admettait expressément l'infraction s'agissant du salaire afférent aux vacances. L'existence du problème de calcul évoqué par l'entreprise était contestée, car elle pouvait provisionner sur le salaire de chaque mois le salaire afférent aux vacances de manière à tenir compte des variations salariales, même importantes, tout en respectant les dispositions légales et réglementaires. L'entreprise admettait également l'infraction aux usages et ne contestait pas avoir déduit des salaires jusqu'en avril 2006 des retenues sociales indues. Les montants déduits ne pouvaient être compensés au moyen d'une somme qui avait fait l'objet d'un accord entre les parties au contrat de travail. L'allocation de CHF 60.- invoquée en compensation ne figurait sur aucune fiche de salaire et n'avait pas été déclarée. L'entreprise n'avait produit aucune pièce démontrant qu'elle respecterait depuis avril 2006 les taux prescrits. Enfin, pour la prévoyance professionnelle, l'entreprise se référait à des courriers qui lui avaient été adressés au sujet des usages 2002 alors que le litige portait sur la modification en matière de prévoyance professionnelle adoptée en 2004. Les infractions commises par l'entreprise étaient graves dès lors qu'elles touchaient à la « personnalité économique » de l'ensemble du personnel de l'entreprise, soit quinze employés, et qu'elles avaient été commises sur une période de plusieurs années. L'administrateur de l'entreprise était informé des faits, mais refusait de donner suite aux mesures demandées. L'entreprise avait enfin la possibilité de solliciter un réexamen de la décision si l'entreprise apportait la preuve que les usages étaient respectés pour toute la durée de l'engagement. L'OCIRT conclut au rejet du recours.

10. Sur quoi, le Tribunal administratif a gardé la cause à juger.

EN DROIT

1. Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable (art. 47 de la loi sur l'inspection et les relations du travail du 12 mars 2004 - LIRT - J 1 05 ; art. 56A de la loi sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 - LOJ - E 2 05 ; art. 63 al. 1 litt. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).

2. Selon l'article 23 alinéas 1 et 2 LIRT, l'OCIRT est l'autorité compétente chargée d'établir les documents qui reflètent les conditions de travail et prestations sociales en usage à Genève. Pour constater les usages, l'OCIRT se fonde notamment sur les conventions collectives de travail, les contrats-type de travail, les résultats de données recueillies ou d'enquêtes menées auprès des entreprises, les travaux de l'observatoire du marché du travail, ainsi que sur les statistiques disponibles en la matière.

3. Pour le secteur du second œuvre, l'OCIRT a fait usage de sa compétence en édictant les U-SO, tirés de la CCT-SO, et modifiés à chaque nouvelle extension de la CCT-SO

4. Conformément à l'article 25 LIRT, les entreprises signataires d'un engagement à respecter les usages se voient délivrer par l'OCIRT une attestation correspondante, d'une durée limitée. L'engagement prend effet au jour de sa signature et vaut pour l'ensemble du personnel concerné.

   Lorsqu'une entreprise visée par l'article 25 LIRT ne respecte pas les usages, l'OCIRT rend une décision de refus de délivrance de l'attestation prévue par ledit article (art. 45 al. 1 LIRT).

5. Selon le système posé par l'article 18 U-SO 2002, le salaire afférent aux vacances est toujours calculé sur la base du salaire de l'année en cours et non sur celle du salaire de l'année précédente. En l'espèce, l'entreprise a reconnu prendre en considération le salaire de l'année précédente, et ce en violation de cette norme. La difficulté de calcul avancée comme justification par l'entreprise n'est pas pertinente ; il suffit à l'entreprise de provisionner sur le salaire de chaque mois le salaire afférent aux vacances de manière à tenir compte des variations salariales, même importantes, afin de respecter l'article 18 U-SO 2002.

6. L'entreprise a prélevé jusqu'en avril 2006 des retenues sociales indues pour un montant total de CHF 12'704.-. Elle refuse à tort le remboursement ordonné par l'OCIRT au motif d'une compensation avec une créance qu'elle aurait contre ses employés au titre du paiement d'une indemnité. En effet, l'entreprise n'a pas versé volontairement et sans contrepartie une somme de CHF 60.- par mois à chacun de ses employés depuis plusieurs années ; elle a payé ce montant sur la base du contrat oral passé avec ses employés au titre de complément de salaire.

Elle ne peut se prévaloir du fait que l'U-SO 2002 ne prévoit pas une telle indemnité pour en réclamer le remboursement. Les usages fixent des seuils minimaux et n'excluent pas que l'employeur verse des montants supplémentaires. De plus, l'entreprise n'a pas établi que ses employés auraient accepté la rétrocession requise, voire en auraient même été informés.

7. L'article 34 U-SO 2004 impose aux entreprises du second œuvre de procéder depuis le 1er janvier 2005 à une adaptation de leur plan de prévoyance avec notamment une hausse du taux de cotisation. L'OCIRT a annoncé à l'entreprise le 5 février 2004 cette modification, puis lui a communiqué les U-SO 2004 incorporant ce changement le 18 novembre 2004. L'entreprise prétend ne pas avoir été informée de ce changement et n'a pas adapté son plan de prévoyance. Aucun élément ne permet de considérer que l'entreprise n'aurait pas reçu les communications de l'OCIRT au sujet des U-SO 2004. De plus, en tant qu'entreprise active dans le domaine du second œuvre, il appartenait à X_____ de s'informer des usages et de leur application. L'entreprise a donc violé l'article 34 U-SO 2004.

8. Au vu de ce qui précède, la décision entreprise est conforme à l'article 45 alinéa 1 LIRT.

9. En sus de la sanction prévue par l'article 45 alinéa 1 LIRT, l'OCIRT peut refuser, selon la fréquence et la gravité de la violation des usages, la délivrance de toute nouvelle attestation pour une durée de trois mois à cinq ans (art. 45 al. 2 LIRT).

Aux termes de l'article 61 alinéa 2 LPA, le pouvoir d'examen du tribunal de céans se limite à la violation du droit, y compris l'excès et l'abus du pouvoir d'appréciation. Il ne peut ainsi revoir l'opportunité de la décision attaquée.

Lorsque l'autorité est amenée à choisir la sanction appropriée, elle dispose d'un large pouvoir d'appréciation, subordonné toutefois au respect du principe de la proportionnalité (ATA/496/2006 du 19 septembre 2006 ; ATA/160/1997 du 4 mars 1997 ; ACOM/24/2007 du 26 mars 2007) et de l'interdiction de l'arbitraire.

En l'espèce, l'article 45 alinéa 2 LIRT réserve le pouvoir d'appréciation de l'OCIRT tout en faisant dépendre la durée de la sanction des conditions de fréquence et de gravité de l'infraction. La disposition elle-même tient donc déjà compte du principe de la proportionnalité.

En fixant la durée de la mesure à deux ans, l'intimée a pris en considération la gravité des infractions commises. La sanction pourrait d'ailleurs être revue, voire levée, dans l'hypothèse où la recourante apporterait la preuve qu'elle a respecté les usages pendant la durée des engagements pris.

Dans ces circonstances, la décision attaquée respecte le principe de la proportionnalité et le recours est mal fondé également sur ce point.

10. Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 1'000.- sera mis à la charge de la recourante, qui succombe (art. 87 al. 1 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 26 septembre 2006 par X_____ contre la décision de l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail du 29 août 2006 ;

au fond :

le rejette ;

met à la charge de la recourante un émolument de CHF 1'000.- ;

dit que, conformément aux articles 82 et suivants 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'article 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 X_____, ainsi qu'à l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail.

Siégeants : Mme Bovy, présidente, Mme Hurni, M. Thélin, Mme Junod, juges,
M. Bellanger, juge suppléant.

Au nom du Tribunal administratif :

la greffière-juriste adj. a.i. :	la vice-présidente :
P. Pensa	L. Bovy

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le la greffière :