

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/403/2019-EXPLOI

ATA/1494/2019

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 8 octobre 2019

2^{ème} section

dans la cause

Monsieur A _____

représenté par Me Michael Lavergnat, avocat

contre

OFFICE CANTONAL DE L'INSPECTION ET DES RELATIONS DU TRAVAIL

EN FAIT

- 1) Monsieur A_____ exploite en raison individuelle l'entreprise individuelle B_____, établissement de restauration à l'enseigne « C_____ », sis route D_____ au Petit-Lancy.
- 2) Par décision du 19 février 2018, le service de police du commerce et de lutte contre le travail au noir (ci-après : PCTN) a enjoint à M. A_____ de devenir signataire de l'engagement à respecter les conditions de travail en usage dans le cadre de son exploitation. À la suite d'un contrôle effectué par le PCTN le 7 novembre 2017, M. A_____ avait reconnu qu'il avait employé du personnel étranger sans autorisation. L'autorisation d'exploiter ne pouvait être maintenue que s'il signait auprès de l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail (ci-après : OCIRT) l'engagement à respecter les usages à Genève.
- 3) M. A_____ a signé ledit engagement.
- 4) Lors d'un contrôle effectué le 5 juin 2018, il est apparu que l'établissement ne procédait pas à l'enregistrement du temps de travail de son employé Monsieur E_____ et n'établissait pas de planning, en violation des art. 3 al. 2 du titre 2 et art. 21 du Titre 3 des Usages hôtels, restaurants et cafés (UHCR). Il n'était ainsi pas en mesure d'indiquer comment il gérait les heures supplémentaires.
- 5) Invité à produire toute pièce en vue de procéder au contrôle, M. A_____ a produit diverses pièces. Aucune ne précisait cependant le mode de gestion des heures supplémentaires ni ne faisait état de l'engagement de M. E_____ à la date du 5 juin 2018.
- 6) Lors d'un contrôle du 20 juin 2018, les inspecteurs du PCTN ont vu une personne se trouvant derrière le bar à leur arrivée et qui a pris la fuite lorsqu'ils lui ont demandé de se légitimer.
- 7) Lors d'un nouveau contrôle, effectué le 13 septembre 2018, les inspecteurs du PCTN ont constaté la présence en cuisine d'un ressortissant chinois, Monsieur F_____, démuné d'autorisation de travail et de pièce d'identité. Il travaillait depuis deux à trois mois dans l'établissement, de manière discontinue, selon les déclarations du fils de M. A_____.
- 8) Selon la dénonciation faite par le PCTN au Ministère public, M. A_____ a été collaborant lors de son audition le 11 octobre 2018 dans les locaux du PCTN au sujet du fait qu'il avait employé M. F_____ en qualité d'aide de cuisine lors du contrôle précité, alors que celui-ci était démuné d'une autorisation d'exercer une activité lucrative en Suisse.

- 9) Par courrier du 18 octobre 2018, le PCTN a requis de M. A_____ la production du contrat de travail de M. E_____, la confirmation de l'annonce de cet employé aux assurances sociales, les fiches de salaire des mois de juillet à septembre 2018. Par ailleurs, M. A_____ était invité à transmettre les plannings de travail du mois d'octobre 2018 et les feuilles d'heures des mois d'août à octobre 2018. Il lui appartenait aussi d'indiquer, jusqu'au 29 octobre 2018, comment, en l'absence d'enregistrement des heures de travail, les heures supplémentaires étaient gérées. Il convenait, enfin, de produire un document contresigné par M. E_____ relatif aux vacances prises en 2018 et les jours fériés octroyés.
- 10) Par courrier du 16 novembre 2018, le PCTN a informé M. A_____ de ce que, compte tenu de la violation de la loi fédérale sur les étrangers et l'intégration (LEI) et du refus de fournir l'intégralité des renseignements demandés, notamment la date de l'entrée en service de M. F_____, un délai lui était imparti pour transmettre les documents manquants, faire valoir son droit d'être entendu et se mettre en conformité avec la loi, sous peine de sanctions, notamment celle de ne plus lui délivrer l'attestation mentionnée à l'art. 25 de la loi sur l'inspection et les relations du travail du 12 mars 2004 (LIRT - J 1 05) et le prononcé de la caducité de l'autorisation d'exploiter.
- 11) Dans le délai imparti, M. A_____ a expliqué qu'il avait engagé M. F_____ du 11 au 14 septembre 2018, dans l'urgence. Il a également précisé le mode de gestion des heures supplémentaires.
- 12) Par décision du 20 décembre 2018, l'OCIRT a constaté qu'il n'avait toujours pas reçu le contrat de travail de M. F_____, ni la preuve de l'affiliation de ce dernier aux assurances sociales pour la période du travail effectuée au sein de l'établissement de M. A_____ ni les documents attestant de l'enregistrement des heures de travail. En ne régularisant pas la situation de l'établissement, M. A_____ avait contrevenu à la LEI et à l'obligation d'affilier les employés aux assurances sociales. L'OCIRT a ainsi refusé de délivrer à l'entreprise individuelle B_____ l'attestation visée à l'art. 25 LIRT pour une durée de deux ans ; la décision a été déclarée exécutoire nonobstant recours.
- 13) Par acte expédié le 31 janvier 2019 à la chambre administrative de la Cour de justice, M. A_____ a recouru contre cette décision, dont il a demandé l'annulation. Il a conclu, principalement, au renvoi du dossier à l'OCIRT pour la suite de la procédure et la reprise du contrôle. Subsidiairement, il a conclu à la réduction de la durée de la mesure à trois mois.

L'OCIRT n'avait pas la compétence de sanctionner ses manquements. Il ne contestait pas ces derniers ; il n'avait ainsi pas fait opposition à l'ordonnance pénale le condamnant. Par la suite, il avait collaboré au contrôle et répondu aux courriers de l'OCIRT. Il avait uniquement omis de fournir des informations sur la

compensation des heures supplémentaires et n'avait pas pu fournir les informations souhaitées sur M. F_____.

L'avertissement du 16 novembre 2018 ne précisait pas les documents manquants. Par ailleurs, il avait dû recourir en urgence à un travailleur étranger sans autorisation, soit à un moment où il n'était pas à Genève, ayant dû se rendre au chevet de sa belle-mère. Il appartenait à la justice pénale de le sanctionner pour avoir employé une personne dépourvue d'autorisation de travailler et non à l'OCIRT. Il ne pouvait pas non plus lui être reproché de ne pas avoir collaboré. Il avait répondu rapidement, mais ne pouvait répondre à des sollicitations lorsqu'il n'était pas en mesure de produire les documents inexistantes.

En outre, le principe de la proportionnalité avait été violé. Dans des situations citées par la jurisprudence plus graves que la présente, des sanctions moins sévères avaient été prononcées. Enfin, en tant que le courrier du 16 novembre 2018 ne précisait pas les attentes de l'OCIRT, ce dernier avait agi de manière contraire au principe de la bonne foi.

- 14) L'OCIRT a conclu au rejet du recours.
- 15) Dans sa réplique, le recourant a relevé qu'il exploitait un établissement à caractère familial, n'employant qu'un employé fixe. Il ne pouvait être retenu que la personne présente dans son établissement et qui avait pris la fuite alors qu'elle avait été invitée à s'identifier travaillait pour lui. Il avait renoncé à un contrat écrit pour engager par personne interposée M. F_____. Il lui était impossible d'affilier ce dernier, dont il ignorait tout. Il lui était aussi impossible de régulariser le statut de celui-ci auprès des assurances sociales.

Pour le surplus, le Ministère public avait, dans son ordonnance du 11 mars 2019, retenu que l'infraction d'avoir employé M. F_____ du 11 au 13 septembre 2018 alors qu'il était démuné d'une autorisation de travail était réalisée. Cependant, la culpabilité et les conséquences de cet acte étant de peu d'importance et M. A_____ présentant un casier judiciaire vierge, il était renoncé à l'ouverture d'une poursuite pénale.

- 16) Sur ce, les parties ont été informées que la cause était gardée à juger.

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) Selon l'art. 25 al. 1 LIRT, toute entreprise soumise au respect des usages, en vertu d'une disposition légale, réglementaire ou conventionnelle, doit en principe signer auprès de l'OCIRT un engagement de respecter les usages. L'OCIRT délivre à l'entreprise l'attestation correspondante, d'une durée limitée.

L'exploitation de toute entreprise vouée à la restauration, au débit de boissons et à l'hébergement est soumise à l'obtention préalable d'une autorisation d'exploiter délivrée par le département (art. 8 al. 1 LRDBHD). Cette autorisation d'exploiter est caduque lorsque l'OCIRT prononce la décision prévue à l'art. 45 al. 1 LIRT et à condition que celle-ci soit en force (art. 13 al. 1 let. b LRDBHD). L'exploitant ou le propriétaire qui a qualité d'employeur doit respecter les dispositions relatives à la protection sociale des travailleurs et aux conditions de travail en usage à Genève dans son secteur d'activité. Le département peut lui demander en tout temps de signer auprès de l'office l'engagement correspondant (art. 22 al. 5 LRDBHD).

Le but de la LIRT est de définir le rôle et les compétences respectives du département et de l'inspection paritaire des entreprises, notamment dans le domaine des conditions de travail et prestations sociales en usage à Genève (art. 1 al. 1 let. c LIRT). Les compétences du département sont en règle générale exercées par l'OCIRT, sauf exception prévue par la présente loi ou son règlement d'application (art. 2 al. 3 LIRT).

L'OCIRT est ainsi l'autorité compétente chargée d'établir les documents qui reflètent les conditions de travail et prestations sociales en usage à Genève, sur la base des directives émises par le conseil de surveillance (art. 23 al. 1 LIRT). Pour constater les usages, l'office se base notamment sur les conventions collectives de travail, les contrats-types de travail, les résultats de données recueillies ou d'enquêtes menées auprès des entreprises, les travaux de l'observatoire dont son calculateur des salaires ainsi que sur les statistiques disponibles en la matière (art. 23 al. 2 LIRT).

Vu l'art. 23 al. 1 LIRT, le document « UHCR 2014 », qui a été modifié en partie avec effet au 1^{er} janvier 2017 (ci-après : UHCR 2017) et dont la dernière version est entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2018, reflète les conditions minimales de travail et de prestations sociales en usage à Genève (usages ; art. 1 al. 1 titre I). Les usages concernent les entreprises visées à l'art. 25 LIRT (art. 1 al. 2 titre I). Les usages s'appliquent à tout employeur, toute entreprise et tout secteur d'entreprise suisse ou étranger servant des prestations dans le domaine de l'hôtellerie et de la restauration dans le canton de Genève (art. 2 al. 1 titre I).

Les entreprises en infraction aux usages font l'objet des sanctions prévues à l'art. 45 LIRT (art. 26A al. 1 LIRT).

Aux termes de l'art. 40 du règlement d'application de la loi sur l'inspection et les relations du travail du 23 février 2005 (RIRT - J 1 05.01), l'office délivre l'attestation du respect des usages sur demande de l'entreprise (al. 1). Dans le cadre du contrôle du respect des usages, l'employeur est tenu de donner accès à ses locaux à l'OCIRT ou à la commission paritaire chargée du contrôle par délégation (art. 42 al. 1 RIRT). Il tient à leur disposition ou fournit à leur demande toutes pièces utiles à l'établissement du respect des usages (art. 42 al. 2 RIRT).

Aux termes de l'art. 42 al. 4 RIRT, l'OCIRT refuse de délivrer l'attestation du respect des usages à l'employeur qui enfreint son obligation de collaborer et ne fournit pas les renseignements ou pièces dans le délai imparti ; il procède conformément à l'art. 42A RIRT. Selon l'art. 42A RIRT, en cas d'infraction aux usages ou de refus de renseigner au sens de l'art. 42 al. 4 RIRT, l'OCIRT notifie à l'entreprise un avertissement et lui accorde un délai pour se mettre en conformité (al. 1). Si le contrevenant ne donne pas suite dans les délais, l'OCIRT prononce les sanctions prévues à l'art. 45 al. 1 LIRT (al. 2).

- 3) En l'espèce, l'intimé a mentionné, dans son courrier du 16 novembre 2018 à M. A_____, que, compte tenu de la violation de la LEI et du refus de fournir les renseignements demandés, notamment la date de l'entrée en service de M. F_____, un délai lui était imparti pour fournir lesdits renseignements, faire valoir son droit d'être entendu et se mettre en conformité avec la loi. À défaut, il s'exposait à des sanctions, notamment celle de ne plus lui délivrer l'attestation mentionnée à l'art. 25 LIRT et le prononcé de la caducité de l'autorisation d'exploiter. Par ce courrier de l'intimé, qui ne prête pas à confusion, le recourant a été averti qu'en cas de violation avérée du droit, il serait sanctionné. Il était de son devoir, durant le délai octroyé pour exercer son droit d'être entendu, de se mettre en conformité et produire tous renseignements utiles dans le cadre de l'exercice de son droit d'être entendu.

L'autorité intimée a donc respecté la procédure.

Parmi les infractions aux UHCR reprochées au recourant par l'intimé, celui-ci a admis avoir employé un étranger qui ne disposait pas des autorisations nécessaires (art. 3 al. 6 du titre 2 UHCR 2018) et ne pas l'avoir affilié aux assurances sociales (art. 3 al. 1 et 3 du Titre 2 UHCR 2018). Un défaut de collaboration demeurait puisque M. A_____ n'avait pas produit de contrat de travail écrit pour M. F_____, ni de document permettant de démontrer comment les heures supplémentaires de celui-ci avaient été saisies.

Le recourant tente de s'exculper en exposant qu'il n'avait engagé M. F_____ que par personne interposée et dans l'urgence. Les billets d'avion produits ainsi que l'attestation d'un hôpital chinois accèdent sa thèse selon laquelle son épouse et lui avaient dû s'absenter dans l'urgence. Il n'est toutefois pas nécessaire de déterminer si ces allégations sont fondées. En effet, quand bien

même tel serait le cas, il n'en demeure pas moins qu'il appartenait au recourant de veiller à ce que les personnes à son service soient au bénéfice des autorisations idoines, qu'un contrat écrit soit établi et qu'elles soient affiliées aux assurances sociales. Il pouvait déléguer cette tâche en son absence ; cela ne le dispensait pas de donner des instructions selon lesquelles tout engagement devait se faire dans le respect de la loi, singulièrement des conditions de travail en usage.

Pour le surplus, il ne peut être suivi lorsqu'il soutient qu'il ne pouvait pas savoir quels documents l'OCIRT lui réclamait. En effet, il a produit, dans le délai imparti par l'OCIRT, un certain nombre de documents et précisé qu'il n'avait pas « de documents » en lien avec M. F_____ qu'il avait engagé dans l'urgence. Le recourant a ainsi parfaitement compris que parmi les documents demandés et à produire pour se mettre en conformité avec les usages, il devait produire le contrat écrit de travail de M. F_____ et la preuve de son affiliation aux assurances sociales.

En autorisant, ou à tout le moins, en ne veillant pas à ce qu'en son absence, un engagement conforme auxdits conditions se fasse, le recourant doit aussi se voir reprocher de ne pas avoir pu se mettre en conformité avec celles-ci. En effet, s'il avait veillé à ce que seule une personne au bénéfice d'une autorisation de travail soit engagée, il n'aurait pas eu de difficulté à retrouver cette personne, à établir un contrat de travail écrit et à vérifier avec celle-ci la nécessité de l'affiliation aux assurances sociales. Il n'aurait, ainsi, pas été dans l'impossibilité de satisfaire à son devoir de collaboration.

Compte tenu de ce qui précède, l'autorité intimée était fondée à retenir que le recourant n'avait pas pleinement collaboré, qu'il n'avait pas respecté la LEI ni l'obligation d'affiliation aux assurances sociales.

- 4) Reste à examiner si la sanction prononcée est conforme au droit.
- a. Aux termes de l'art. 45 al. 1 LIRT, lorsqu'une entreprise visée par l'art. 25 LIRT ne respecte pas les conditions minimales de travail et de prestations sociales en usage, l'OCIRT peut prononcer :
 - a) 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 ;
 - b) une amende administrative de CHF 60'000.- au plus ;
 - c) l'exclusion de tous marchés publics pour une période de cinq ans au plus.

Les mesures et sanctions visées à l'al. 1 sont infligées en tenant compte de la gravité et de la fréquence de l'infraction ainsi que des circonstances dans lesquelles elle a été commise. Elles peuvent être cumulées (al. 2).

L'OCIRT établit et met à jour une liste des entreprises faisant l'objet d'une décision exécutoire. Cette liste est accessible au public (al. 3).

b. Traditionnellement, 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), se compose ainsi des règles d'aptitude, qui exige que le moyen choisi soit propre à atteindre le but fixé, de nécessité, qui impose qu'entre plusieurs moyens adaptés, l'on choisisse celui qui porte l'atteinte la moins grave aux intérêts privés, et de proportionnalité au sens étroit, qui met en balance les effets de la mesure choisie sur la situation de l'administré et le résultat escompté du point de vue de l'intérêt public (ATF 140 I 218 consid. 6.7.1 ; 136 IV 97 consid. 5.2.2 ; 135 I 169 consid. 5.6).

c. En l'occurrence, le recourant a déjà fait l'objet d'un rappel à l'ordre en février 2018. Sa faute, en tant qu'elle se rapporte à des obligations importantes de l'employeur, à savoir l'absence de contrat écrit, de déclaration aux assurances sociales et son manque de collaboration, est d'une certaine gravité. La sanction est donc justifiée dans son principe.

En revanche, elle paraît excessivement sévère dans sa durée, compte tenu des circonstances d'urgence dans lesquelles le recourant a dû trouver un remplaçant et de la durée limitée de l'engagement de M. F_____. La durée du refus de délivrer l'attestation de conformité aux usages visée à l'art. 25 LIRT sera ainsi ramenée à une année. Cette durée, située dans la moitié inférieure des quotités possibles, respecte le principe de la proportionnalité.

La sanction prononcée est, par ailleurs, apte à produire le résultat escompté, à savoir le respect de la législation de protection de la santé et la sécurité des travailleurs par le recourant (art. 3 LIRT). Elle est nécessaire pour le respect de ladite législation, le recourant n'ayant, malgré un rappel de ses obligations en matière de droit des étrangers, pas veillé au respect de celles-ci. Le résultat escompté du point de vue de l'intérêt public est nécessaire et prime l'intérêt privé de l'entreprise (ATA/1308/2018 du 5 décembre 2018 ; ATA/1020/2016 du 6 décembre 2016 ; ATA/665/2014 du 26 août 2014).

La décision litigieuse sera ainsi réformée dans le sens qui précède.

- 5) Le recourant, qui n'obtient que partiellement gain de cause, supportera l'émolument, réduit, de CHF 250.- et se verra allouer une indemnité de procédure, réduite, de CHF 500.- (art. 87 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 31 janvier 2019 par Monsieur A_____ contre la décision de l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail du 20 décembre 2018 ;

au fond :

l'admet partiellement ;

annule la décision précitée en tant qu'elle fixe la durée de la sanction querellée à deux ans et réduit ladite durée à une année ;

met un émolument de CHF 250.- à la charge de Monsieur A_____ ;

alloue à Monsieur A_____ une indemnité de procédure de CHF 500.-, à la charge de l'État de Genève ;

dit que, conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), la présente décision peut être portée dans les trente jours qui suivent sa notification par-devant le Tribunal fédéral, par la voie du recours en matière de droit public ; le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire ; il doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. La présente décision et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être jointes à l'envoi ;

communique le présent arrêt à Me Michael Lavergnat, avocat du recourant, ainsi qu'à l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail.

Siégeant : Mme Krauskopf, présidente, M. Verniory, Mme Cuendet, juges.

Au nom de la chambre administrative :

le greffier-juriste :

F. Scheffre

la présidente siégeant :

F. Krauskopf

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :