RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/4069/2006-DSE **ATA/241/2007**

ARRÊT

DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

du 15 mai 2007

dans la cause

A_____ S.A. en sursis concordataire
représentée par Me Philippe Meier, avocat

contre

OFFICE CANTONAL DE L'INSPECTION ET DES RELATIONS DU TRAVAIL

EN FAIT

1. A_____ S.A. (ci-après : A_____ S.A. ou l'entreprise), dont le siège est à Genève, est active dans le secteur du commerce de détail (appareils électroménagers) et compte quarante-quatre employés.

   Monsieur M_____ est membre fondateur et administrateur unique de l'entreprise. Il préside également le Fonds de prévoyance en faveur du personnel d'A_____ S.A.

2. Afin de pouvoir soumissionner des marchés publics, l'entreprise a signé, le 4 août 1992, auprès de l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail (ci-après : OCIRT) un engagement de respecter les usages professionnels en vigueur pour son secteur d'activité (ci-après : les usages).

   Par signature du 15 janvier 2001, confirmée le 12 avril 2006, l'entreprise s'est engagée à respecter plus particulièrement les conditions de travail et prestations sociales en usage dans le secteur du commerce de détail.

3. Les usages précités comprennent, outre les dispositions impératives de la législation sur le travail et les assurances sociales, les documents établis par l'OCIRT pour le secteur du commerce de détail (ci-après: U-CD).

4. Lors du dernier contrôle du respect des usages au sein d'A_____ S.A. le 14 mars 2006, l'entreprise a fourni à l'OCIRT une attestation d'affiliation de la G_____, Compagnie d'Assurance sur la vie S.A. (ci-après : la G_____). Sur la foi de cette attestation, l'OCIRT a considéré que l'entreprise respectait les usages de son secteur d'activité en matière de prévoyance professionnelle.

5. Par pli du 28 juillet 2006, M. M_____ a informé l'OCIRT que l'entreprise avait été mise au bénéfice d'un sursis concordataire.

6. Suite à la communication de M. M_____, une vérification complémentaire de l'inspecteur du travail en charge du contrôle a permis de découvrir que l'entreprise avait créé son propre fonds de prévoyance. Le contrat d'assurance conclu auprès de la G_____ était un contrat de réassurance dont le preneur était ledit fonds de prévoyance.

7. Le 19 septembre 2006, P_____ S.A., gérante dudit fonds, a transmis à l'OCIRT une attestation d'affiliation établissant que l'entreprise était redevable au fonds LPP d'un montant global de CHF 239'632.25, et, partant, était en infraction aux usages depuis 2005.

8. Le 4 octobre 2006, l'OCIRT a refusé à l'entreprise la délivrance de l'attestation permettant de soumissionner des marchés publics pour une durée de deux ans.

9. Le 3 novembre 2006, A_____ S.A. a recouru contre cette décision au Tribunal administratif. La désorganisation administrative dont elle était victime justifiait sa négligence. En effet, elle avait dû procéder à plusieurs licenciements dans la période considérée, dont celui de la responsable des ressources humaines qui était chargée du versement des cotisations LPP. Ces difficultés organisationnelles s'étaient soldées par le fait que la société s'était retrouvée dans la position de devoir solliciter un sursis concordataire.

A_____ S.A. conclut principalement à l'annulation de la décision de l'OCIRT du 4 octobre 2006 vu l'absence totale d'intention de sa part de s'acquitter pleinement de son obligation de verser les cotisations LPP dues. A titre subsidiaire, A_____ S.A. considère que la durée du refus de délivrance de toute attestation ne devrait pas dépasser trois mois.

10. Dans sa réponse du 8 décembre 2006, l'OCIRT, considérant l'ensemble des allégués de la recourante comme étant "sans pertinence juridique", conclut au rejet du recours.

11. Le 13 décembre 2006, 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. 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 base 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. L'OCIRT a fait usage de sa compétence en édictant les U-CD.

Ceux-ci s'appliquent aux entreprises du commerce de détail du canton de Genève signataires, auprès de l'OCIRT, d'un engagement à respecter les usages professionnels de ladite branche d'activité, en vertu de l'un/des règlements genevois suivants :

F 2 10.03 règlement d'application des dispositions sur le séjour et l'établissement des étrangers du 8 février 1989 ;

J 1 55.04 règlement concernant l'obtention de commandes des services publics du 15 décembre 1975 ;

L 6 05.01 règlement concernant la passation des marchés publics en matière de construction du 19 novembre 1997.

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. L'article 15 alinéa 1 U-CD prévoit que chaque entreprise doit disposer soit d'une fondation, soit d'un contrat d'assurance, soit être rattachée à une institution indépendante, afin de faire bénéficier son personnel de prestations complémentaires à celles de l'AVS et de l'assurance-maladie et invalidité, conformément à la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP) entrée en vigueur le 1er janvier 1985.

L'employeur transfère à l'institution de prévoyance sa contribution ainsi que les cotisations des salariés au plus tard à la fin du premier mois suivant l'année civile ou l'année d'assurance pour laquelle les cotisations sont dues (art. 66 al. 4 LPP).

6. En l'espèce, il n'est pas contesté que la recourante est soumise au respect des usages. Celle-ci admet avoir omis de procéder au paiement des cotisations LPP à l'attention de P_____ S.A. depuis le 1er juillet 2005 et avoir ainsi violé ses obligations en matière de prestations sociales.

A la faveur de son recours, l'intéressée soutient ne pas avoir eu l'intention de ne pas s'acquitter pleinement du paiement des cotisations LPP dues. Or, au regard du texte de l'article 45 alinéa 1 LIRT, le non respect des usages, même involontaire, a pour conséquence le refus d'octroyer l'attestation permettant de soumissionner des marchés publics.

Au vu de ce qui précède, la décision entreprise est conforme à l'article 45 alinéa 1 LIRT et le recours est donc mal fondé.

7. La recourante allègue également que le refus de lui délivrer toute nouvelle attestation ne devrait pas dépasser une durée de trois mois.

Selon l'article 45 alinéa 2 LIRT, en fonction de la fréquence et la gravité de la violation des usages, l'office peut refuser la délivrance de toute nouvelle attestation pour une durée de trois mois à cinq ans.

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).

8. 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'intimé a pris en considération la gravité de l'infraction commise. En effet, celle-ci est répétée depuis juillet 2005 et atteint les intérêts économiques de l'ensemble du personnel de l'entreprise.

Il sied de rappeler que la décision querellée mentionne expressément la possibilité de solliciter un réexamen si l'entreprise apporte la preuve qu'elle respecte de nouveau les usages. Un tel réexamen ne pourra intervenir qu'après homologation du sursis concordataire et versement intégral des cotisations en souffrance.

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

Un émolument de CHF 500.- sera mis à la charge de la recourante qui succombe (art. 87 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 3 novembre 2006 par A_____ S.A. contre la décision de l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail du 4 octobre 2006 ;

au fond :

le rejette ;

met à la charge de la recourante un émolument de CHF 500.- ;

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 Me Philippe Meier, avocat de la recourante ainsi qu'à l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail.

Siégeants : Mme Bovy, présidente, M. Paychère, Mme Hurni, M. Thélin, Mme Junod, juges.

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 :