

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/4589/2018-EXPLOI

ATA/105/2019

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Décision du 30 janvier 2019

sur effet suspensif et sur mesures provisionnelles

dans la cause

Monsieur A_____

représenté par Me Howard Kooger, avocat

contre

OFFICE CANTONAL DE L'INSPECTION ET DES RELATIONS DU TRAVAIL

Vu en fait que :

1. Par décision du 29 décembre 2018, l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail (ci-après : OCIRT) a prononcé à l'encontre de Monsieur A_____, titulaire de l'entreprise individuelle « B_____ » dont le but consiste en « soudure, construction métallique, montage, démontage, réparation d'installations de gravière », des sanctions administratives prévues à l'art. 45 al. 1 de la loi sur l'inspection et les relations du travail du 12 mars 2004 (LIRT – J 1 05), soit en substance de refuser de lui délivrer l'attestation visée à l'art. 25 LIRT pour une durée de deux ans et l'exclure de tout marché public futur, aussi pour une durée de deux ans.

Le refus de délivrer une attestation était déclaré exécutoire nonobstant recours, alors que l'exclusion de tout marché public prendrait effet le lendemain de l'entrée en force de ladite décision.

En substance, l'OCIRT reprochait à l'entreprise de ne pas avoir respecté son obligation de collaborer. Elle n'avait pas fourni l'entier des renseignements et/ou documents sollicités par l'OCIRT et nécessaires au contrôle. Malgré trois demandes, formulées les 28 septembre, 18 octobre et 7 novembre 2018, dont la dernière constituait un avertissement à l'entreprise, une partie des documents demandés n'avait pas été transmise à l'OCIRT, à savoir les attestations de l'assurance-accident, de l'assurance perte de gains en cas de maladie et de la retraite anticipée.

Le nom de l'entreprise figurerait dorénavant sur la liste publiquement accessible des entreprises ayant été sanctionnées par l'OCIRT.

2. Le 24 décembre 2018, M. A_____ a saisi la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) d'un recours contre la décision précitée, concluant préalablement à la restitution de l'effet suspensif.

Le recourant avait fait aveuglément confiance à sa fiduciaire. Or, celle-ci ne lui avait pas transmis les correspondances reçues, dès septembre 2018, de l'OCIRT. Ce n'était que le 13 décembre 2018 qu'il avait été pleinement informé de la situation. Il ignorait quels documents avaient entretemps été remis à l'OCIRT. Il ignorait de même que la fiduciaire n'avait pas effectué les affiliations requises. Pour le surplus, les renseignements transmis par la fiduciaire à l'OCIRT comprenaient de nombreuses erreurs, à l'instar des dates d'entrée en service de MM. C_____ ou D_____.

Il reprenait la situation détaillée de chacun de ses employés et produisait plusieurs pièces y relatives. Il détaillait de même la situation vis-à-vis des assurances sociales pour chacun d'entre eux. Le mémoire faisait vingt-quatre pages et quarante-deux pièces étaient produites.

La demande de « reconsidération » du 4 décembre 2018 de la fiduciaire auprès de l'OCIRT avait été refusée par celui-ci le 10 décembre 2018 au motif que les conditions formelles n'étaient pas remplies et que l'administration n'avait aucune obligation d'entrer en matière sur une telle demande.

En droit, sur effet suspensif, le recourant était exposé à un dommage difficilement réparable. Les Services industriels de Genève (ci-après : SIG) avaient annulé une commande datée du 16 novembre 2018 d'une valeur de quelque CHF 96'000.-. Si la décision litigieuse était maintenue, le recourant devrait prochainement cesser son activité et se séparer de ses ouvriers. Le recourant n'avait découvert la situation en cause que le 7 novembre 2018, partiellement, dans le cadre d'un entretien avec sa fiduciaire. Le délai à disposition pour rétablir la situation, créée à son insu, était manifestement trop court. Pour le surplus, il avait remédié aux griefs formulés par l'OCIRT.

Au fond, les faits avaient été constatés de manière inexacte, voire incomplète. La posture adoptée par sa fiduciaire était choquante.

Il a conclu, à titre superprovisoire, à la restitution de l'effet suspensif relatif au refus de délivrer l'attestation visée à l'art. 25 LIRT et s'agissant de l'inscription du nom de l'entreprise sur la liste établie par l'OCIRT. Au fond, préalablement, toute nouvelle décision devait être suspendue jusqu'à droit connu de la procédure d'affiliation de l'entreprise auprès de deux institutions de prévoyance. Principalement, la décision devait être annulée, l'attestation visée à l'art. 25 LIRT délivrée et le nom de l'entreprise retirée de la liste établie en application de l'art. 45 al. 3 LIRT. Des conclusions subsidiaires étaient prises.

3. Le 17 janvier 2019, l'OCIRT a conclu au rejet de la demande de restitution de l'effet suspensif et de mesures provisionnelles.

4. Le 25 janvier 2019, M. A_____ a exercé, sur effet suspensif, son droit à la réplique, persistant dans les termes de ses conclusions initiales.

Le contrat avec les SIG représentait 70 % de son chiffre d'affaires. Les SIG faisaient appel à ses services de façon constante toute l'année. Le préjudice économique subi par le recourant était évident vu l'annulation d'une commande par les SIG de CHF 96'000.-. Il avait toujours respecté les salaires minima imposés par la convention collective de travail. Le reproche lié à une remise partielle des attestations des différentes institutions sociales n'était plus fondé dès lors qu'il y avait été remédié. Ces manquements étaient imputables à son ancienne fiduciaire. Son jeune âge, 28 ans, le fait de ne pas être de langue maternelle française et le fait d'être arrivé en Suisse il y avait quatre ans seulement, étaient tous des éléments l'ayant conduit à placer une confiance aveugle dans une fiduciaire de la place. L'intérêt public visant à garantir des marchés publics exempts de sous-enchères salariales ou sociales ne pouvait prévaloir sur son intérêt privé.

Vingt-huit pièces supplémentaires étaient produites.

5. Sur quoi, la cause a été gardée à juger sur effet suspensif.

Considérant, en droit, que :

1. Interjeté en temps utile et devant la juridiction compétente, le recours est, *prima facie*, recevable sous ces angles (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. Les décisions sur effet suspensif ou sur mesures provisionnelles sont prises par la présidente de la chambre administrative, respectivement par la vice-présidente, ou en cas d'empêchement de ceux-ci, par un juge (art. 9 al. 1 du règlement interne de la chambre administrative du 17 septembre 2017 ; ci-après : le règlement).

3. Sauf disposition légale contraire, le recours a effet suspensif à moins que l'autorité qui a pris la décision attaquée n'ait ordonné l'exécution nonobstant recours (art. 66 al. 1 LPA).

4. Lorsqu'aucun intérêt public ou privé prépondérant ne s'y oppose, la juridiction de recours peut, sur la demande de la partie dont les intérêts sont gravement menacés, retirer ou restituer l'effet suspensif (art. 66 al. 3 LPA). Cela vaut également lorsque l'effet suspensif est retiré *ex lege*, l'ordonnance procédurale valant décision incidente ressortant des effets *ex tunc* (Cléa BOUCHAT, *l'effet suspensif en procédure administrative*, 2015, p. 94 n. 251).

L'effet suspensif ne peut concerner que des décisions au sens de l'art. 4 LPA, dont la teneur et la portée correspond à celles de l'art. 5 de la loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968 (PA - RS 172.021) de nature formatrice, soit celle qui créent, modifient ou annulent des droits ou des obligations de l'administré (art. 4 al. 1 let. a LPA ; art. 5 al. 1 let. a PA) ayant pour objet d'imposer un certain comportement à celui-ci ou à lui octroyer, à modifier ou à suspendre certaines de ses prérogatives (Cléa BOUCHAT, *op. cit.*, p. 101, n. 269 ; Thierry TANQUEREL, *Manuel de droit administratif*, 2011, Manuel de droit administratif, 2011, p. 281 n. 817), mais aussi les décisions de nature constatatoire, soit celles constatant l'existence, l'inexistence ou l'étendue de droits ou d'obligations, dans la mesure où la décision sur restitution ou non de l'effet suspensif est susceptible d'empêcher les effets juridiques d'un tel constat (ATA/132/2016 du 11 février 2016 consid. 3 et les références citées).

Dans tous les cas, dès lors que l'effet suspensif vise à maintenir une situation donnée et non à créer un état qui serait celui découlant du jugement au fond, seules les décisions précitées de nature positive sont concernées par l'octroi ou le refus de l'effet suspensif au recours. En revanche, les décisions négatives ne le sont pas, soit celles qui rejettent ou déclarent irrecevables les requêtes tendant à créer, modifier, annuler ou constater des droits

et des obligations au sens de l'art. 4 al. 1 let. c LPA ou de l'art. 5 al. 1 let. c PA (Cléa BOUCHAT, op. cit., p. 104, n. 279).

5. Selon la jurisprudence constante de la chambre administrative, les mesures provisionnelles – au nombre desquelles compte la restitution de l'effet suspensif – ne sont légitimes que si elles s'avèrent indispensables au maintien d'un état de fait ou à la sauvegarde d'intérêts compromis, et ne sauraient, en principe tout au moins, anticiper le jugement définitif ni équivaloir à une condamnation provisoire sur le fond, pas plus qu'aboutir abusivement à rendre d'emblée illusoire la portée du procès au fond (ATF 119 V 503 consid. 3 ; ATA/176/2017 du 10 février 2017 ; ATA/884/2016 du 10 octobre 2016 consid. 1 ; ATA/658/2016 du 28 juillet 2016 consid. 1). Ainsi, dans la plupart des cas, les mesures provisionnelles consistent en un minus, soit une mesure moins importante ou incisive que celle demandée au fond, ou en un aliud, soit une mesure différente de celle demandée au fond (Isabelle HAENER, *Vorsorgliche Massnahmen in Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess in RDS 1997 II 253-420, 265*).

Leur prononcé présuppose l'urgence, à savoir que le refus de les ordonner crée pour l'intéressé la menace d'un dommage difficile à réparer (ATF 130 II 149 consid. 2.2 ; 127 II 132 consid. 3 = RDAF 2002 I 405). Toutefois, elles ne sauraient, en principe tout au moins, anticiper le jugement définitif, ni équivaloir à une condamnation provisoire sur le fond, pas plus qu'aboutir abusivement à rendre d'emblée illusoire la portée du procès au fond (arrêts précités ; Cléa BOUCHAT, op. cit., p. 105 n. 280).

6. a. Lorsque l'effet suspensif a été retiré ou n'est pas prévu par la loi, l'autorité de recours doit examiner si les raisons pour exécuter immédiatement la décision entreprise sont plus importantes que celles justifiant le report de son exécution. Elle dispose d'un large pouvoir d'appréciation qui varie selon la nature de l'affaire. La restitution de l'effet suspensif est subordonnée à l'existence de justes motifs, qui résident dans un intérêt public ou privé prépondérant à l'absence d'exécution immédiate de la décision ou de la norme (arrêt du Tribunal fédéral 2C_1161/2013 du 27 février 2014 consid. 5.5.1).

b. Pour effectuer la pesée des intérêts en présence, l'autorité de recours n'est pas tenue de procéder à des investigations supplémentaires, mais peut statuer sur la base des pièces en sa possession (ATF 117 V 185 consid. 2b ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_435/2008 du 6 février 2009 consid. 2.3 et les arrêts cités).

7. Toute entreprise soumise au respect des usages en vertu d'une disposition légale, réglementaire ou conventionnelle doit en principe signer un engagement de respecter les usages auprès de l'OCIRT, autorité compétente en vertu des art. 23 et 26 al. 1 LIRT, pour exercer le contrôle par ces entreprises du respect des usages pour le compte du département de la sécurité et de l'emploi (ci-après : DSE). Dans ce cadre, l'OCIRT délivre à l'entreprise une attestation, laquelle est de durée limitée (art. 25 al. 1 LIRT), soit trois mois (art. 40 al. 1 du règlement d'application de la loi sur l'inspection et les relations du travail du 23 février 2005 - RIRT - J 1 05.01). Cette dernière est réputée liée par un tel engagement

dès l'instant où son personnel est amené à travailler sur un marché public (art. 25 al. 3 LIRT).

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

La sanction d'une violation de l'obligation de collaborer dans le délai imparti, notamment suite au prononcé d'un avertissement au sens de l'art. 42A RIRT est le refus de délivrer l'attestation à l'employeur. En cas d'avertissement, au sens de la disposition précitée, s'il n'est pas donné suite dans les délais à la demande de l'OCIRT, celui-ci prononce les sanctions prévues à l'art. 45 al. 1 LIRT.

8. À teneur 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 :

- une décision de refus de délivrance de l'attestation visée à l'art. 25 LIRT, pour une durée de trois mois à cinq ans laquelle est exécutoire nonobstant recours (art. 45 al. 1 let. a LIRT) ;
- une amende administrative de CHF 60'000.- au plus (art. 45 al. 1 let. b LIRT) ;
- l'exclusion de tout marché public pour une période de cinq ans au plus (art. 45 al. 1 let. c LIRT).

Une liste des entreprises faisant l'objet d'une décision exécutoire de la part de l'OCIRT est établie, qui est accessible au public (art. 45 al. 3 LIRT).

9. En l'occurrence, le recourant a fait l'objet d'un refus de délivrance future d'une attestation de conformité aux usages au sens de l'art. 45 al. 1 let. a LIRT pendant deux ans, exécutoire nonobstant recours.

Il ne conteste pas avoir fait l'objet d'un avertissement au sens de l'art. 42A RIRT, par le biais de sa fiduciaire. Il indique avoir ignoré les démarches entreprises par l'OCIRT auprès de sa fiduciaire, laquelle aurait de surcroît transmis des renseignements erronés. Dans son recours, il indique constater son impossibilité à donner suite à son obligation de renseigner, n'ayant été informé de la situation que tardivement. Dans ces conditions, c'est, à première vue, à bon droit que l'autorité intimée a considéré que l'entreprise ne respectait pas ses obligations et l'a sanctionnée.

De jurisprudence constante, les actes du représentant sont opposables au représenté comme les siens propres ; ce principe vaut également en droit public (arrêt du Tribunal fédéral 2C_280/2013 du 6 avril 2013 ; ATA/1262/2015 du 24 novembre 2015 consid. 7c). La responsabilité du mandant ne saurait être dissociée de celle de son mandataire. En effet, le premier est responsable des actes de celui qui le représente et répond de toute faute de ses auxiliaires (ATA/370/2015 du 21 avril 2015 consid. 6b ; ATA/140/2015 du 3 février

2015 et les références citées). Dans ces conditions, en l'état du dossier et au vu d'un examen prima facie de la situation, l'autorité intimée n'a fait qu'appliquer la loi, laquelle ne lui accorde aucune latitude lorsqu'elle opte pour une telle sanction. Restituer l'effet suspensif dans ce cadre reviendrait à accorder à titre provisoire ce que le recourant veut sur le fond, avant même d'avoir instruit de manière complète la procédure. Un tel procédé est proscrit par la jurisprudence rappelée ci-dessus. Dans la mesure où, sur la base des pièces figurant au dossier, la décision prise échappe à tout grief d'arbitraire, la chambre administrative ne restituera pas l'effet suspensif au recours concernant cet aspect, sans qu'il y ait besoin de procéder à une pesée des intérêts (ATA/439/2016 du 26 mai 2016, consid. 9 à 11 b.)

10. Le recourant prétend avoir régularisé sa situation vis-à-vis de l'OCIRT.

Il ne s'agit pas de circonstances de nature à influencer sur la procédure en mesures provisionnelles dès lors que l'éventuelle régularisation de la situation devra faire l'objet d'un examen au fond.

11. Le recourant sollicite, sur mesures provisionnelles, qu'il soit ordonné à l'OCIRT de l'enlever de la liste répertoriant les entreprises en infraction jusqu'à droit connu sur le fond de la présente procédure.

L'inscription sur ladite liste est une conséquence, en principe automatique, d'une infraction au sens de l'art. 26A LIRT ainsi que des mesures prévues à l'art. 45 al. 1 LIRT.

Dès lors, l'effet suspensif ne pouvant pas être restitué pour ce qui est de l'art. 45 al. 1 let. a LIRT, il ne peut pas être, pour les mêmes motifs, donné droit sur mesures provisionnelles à la conclusion du recourant tendant au retrait de son inscription sur la liste établie par l'OCIRT sur la base de l'art. 45 al. 3 LIRT (ATA/658/2016 consid. 3 ; ATA/439/2016 précité consid. 11).

De surcroît, il ressort des déclarations du recourant que la fiduciaire aurait non seulement failli à ses devoirs de collaborer, mais aurait transmis des renseignements erronés, compliquant d'autant les vérifications auxquelles l'administration devra se livrer.

12. Dès lors, la requête de restitution d'effet suspensif et de mesures provisionnelles sera refusée.

13. Le sort des frais sera réservé jusqu'à droit jugé au fond.

LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

refuse la requête de restitution d'effet suspensif et de mesures provisionnelles ;

réserve le sort des frais de la procédure jusqu'à droit jugé au fond ;

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 joints à l'envoi ;

communique la présente décision, en copie, à Me Howard Kooger, avocat du recourant ainsi qu'à l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail.

La vice-présidente :

F. Krauskopf

Copie conforme de cette décision a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :