

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/770/2015-EXPLOI

ATA/608/2015

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Décision du 15 juin 2015

sur effet suspensif

dans la cause

M. A_____

représenté par Me Caroline Dessimoz, avocate

contre

OFFICE CANTONAL DE L'INSPECTION ET DES RELATIONS DU TRAVAIL

Vu l'art. 7 al. 1 du règlement de la chambre administrative du 21 décembre 2010 ;

Attendu, en fait, que :

- 1) M. A_____ est titulaire de l'entreprise individuelle B_____, qui est sise à Carouge et a pour but « clôtures, portails, aménagements extérieurs, maçonnerie ».
- 2) En date du 15 mai 2009, afin de pouvoir accéder aux marchés publics, M. A_____ a signé auprès de l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail (ci-après : l'OCIRT ou l'office) un engagement à respecter les usages, c'est-à-dire les conditions minimales de travail et de prestations sociales en usage applicables à son secteur d'activité, à savoir « Parcs et jardins ». Ces usages comprennent, outre les dispositions impératives de droit privé et public, les documents établis par l'office pour le secteur « Parcs et jardins » (UPJ 2008).

Ces usages de « Parcs et jardins » annulaient et remplaçaient, avec effet au 1^{er} janvier 2009, les usages du secteur « Bâtiment et gros œuvre » auxquels l'entreprise avait été liée jusqu'alors.

- 3) Par courrier du 21 octobre 2014, l'OCIRT a confirmé par écrit à B_____, à l'attention de Messieurs A_____ et C_____, les infractions constatées lors d'un contrôle du même jour par un inspecteur du travail.

Il demandait à l'entreprise de lui retourner, complétés, datés et signés, deux formulaires d'engagement à respecter les usages des « Parcs et jardins » et deux formulaires d'engagement à respecter les usages de la « Métallurgie du bâtiment » en raison de la fabrication de portails métalliques.

À cela s'ajoutaient des demandes relatives au registre des heures et aux primes d'assurance-maladie.

L'office requérait en outre la production des attestations d'assurance de l'AVS, de la LAA, de la LPP et de l'APG maladie mentionnant que l'entreprise était à jour avec le paiement des cotisations/primes, d'une attestation de la retraite anticipée mentionnant qu'elle était en règle avec les cotisations, d'une copie des fiches de salaires des mois de novembre 2013 à septembre 2014 de M. C_____, d'un modèle de contrat de travail utilisé par l'entreprise ainsi que d'une liste du personnel avec des données à fournir pour chaque employé.

- 4) Par lettre du 2 décembre 2014, l'office a prié B_____ de répondre à ses réquisitions du 21 octobre 2014 d'ici au 15 décembre 2014, à défaut de quoi il se verrait dans l'obligation d'appliquer l'art. 45 de la loi sur l'inspection et les relations du travail du 12 mars 2004 (LIRT - J 1 05).

- 5) Par courrier recommandé du 17 décembre 2014 valant avertissement, notifié le lendemain, l'OCIRT, vu l'absence de réaction de l'entreprise, lui a fixé un ultime délai au 19 janvier 2015.
- 6) L'office allègue, sans être contredit, avoir encore prolongé le délai à fin janvier 2015, sans que cela soit suivi d'une réaction de M. A_____.
- 7) Par décision du 4 février 2015, l'OCIRT a refusé de délivrer à B_____ les attestations permettant de soumissionner des marchés publics, fixé à deux ans la durée de ce refus, exclu l'entreprise de tout marché public pour une durée de deux ans au plus, fixé un émoluments de CHF 100.- et réservé les procédures de contrôle et de mise en conformité au droit public.

Le recours n'avait pas d'effet suspensif.

- 8) Par acte déposé le 6 mars 2015 au greffe de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative), M. A_____ a, en personne, formé recours contre cette décision.

Devant assurer la pérennité de son entreprise, qui dépendait pour l'essentiel des marchés publics, il se voyait contraint de signer et produire des « engagement[s] à respecter les usages » de la « Métallurgie du bâtiment » et des « Parcs et jardin » sur formulaires de l'OCIRT, tous deux datés du 1^{er} janvier 2015. À compter de cette date, son entreprise était gérée par les conditions édictées par l'office, « en espérant que ces dernières resteront figées dans le temps et par l'interprétation d'un préposé reconnu enfin compétent ».

Un délai au 30 avril 2015 était par ailleurs demandé à la chambre administrative pour « mettre l'entreprise en conformité tout en [lui] permettant l'obtention d'attestations pour soumission lui redonnant dès lors accès aux marchés publics, attestations délivrées exclusivement par l'office précité ».

Le recourant demandait enfin que « les décisions prises sans fautes de [sa] part voient leur application effective au 1^{er} janvier 2015, sans qu'il ne [lui] soit jamais opposé une quelconque action en rétroactivité ».

- 9) Dans sa réponse du 30 mars 2015, l'office intimé a conclu au rejet du recours « avec suite de dépens » et à la confirmation de sa décision querellée.
- 10) Dans sa réplique du 4 mai 2015, signée par une avocate nouvellement constituée, M. A_____ a conclu préalablement à l'octroi de l'effet suspensif au recours et en conséquence au retrait de son nom de la « liste noire » de l'OCIRT jusqu'à droit jugé au fond. Il a conclu au fond à l'annulation de la décision de l'office du 4 février 2015, à la constatation que son entreprise était soumise exclusivement au respect des normes et usages en vigueur à Genève pour le secteur des « Parcs et

jardins », à la condamnation de l'intimé « en tous les frais et dépens de la procédure » et au déboutement de celui-ci de toutes autres ou contraires conclusions.

À l'appui de certaines allégations étaient sollicités, à titre d'offres de preuve, l'interrogatoire des parties ou l'audition de deux cadres de l'association Métallurgie du Bâtiment Genève (ci-après : MBG).

- 11) Par écriture du 11 mai 2015, l'OCIRT s'est opposé aux conclusions sur effet suspensif du recourant.
- 12) Par observations du 29 mai 2015, M. A_____ a persisté dans toutes ses conclusions.

Ces dernières années, il avait connu d'importants problèmes financiers, de sorte que plusieurs poursuites lui avaient été notifiées, principalement par l'office cantonal des assurances sociales, la TVA et la SUVA. Il avait mis tout en œuvre pour rembourser ses créanciers, mais n'avait pas pu solder toutes les poursuites. L'office des poursuites avait accordé un sursis au recourant, qui disposait d'un délai à fin novembre 2015 pour payer ses créanciers. Il ne pouvait toutefois y parvenir qu'à la condition qu'il conserve d'importants contrats dont l'exécution était prévue au printemps et à l'été 2015, lesquels étaient pour la plupart suspendus en raison de la publication de son nom sur la « liste noire » de l'OCIRT.

- 13) Par lettre du 10 juin 2015, le juge délégué de la chambre administrative a informé les parties que la cause était gardée à juger sur effet suspensif.

Considérant en droit :

- 1) B_____ n'ayant pas la personnalité morale, seul peut être partie à la présente procédure sont titulaire, M. A_____.
- 2) a. Aux termes de l'art. 66 LPA, 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 (al. 1) ; toutefois, lorsque 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 (al. 3).

Selon la jurisprudence et la doctrine, la question de la restitution de l'effet suspensif ne se pose pas lorsque le recours est dirigé contre une décision purement négative, soit contre une décision qui porte refus d'une prestation. La fonction de l'effet suspensif est de maintenir un régime juridique prévalant avant la décision contestée. Si, sous le régime antérieur, le droit ou le statut dont la reconnaissance fait l'objet du contentieux judiciaire n'existait pas, l'effet suspensif ne peut être restitué car cela reviendrait à accorder au recourant d'être mis au bénéfice d'un régime juridique dont il ne bénéficiait pas (ATF 127 II 132 ; 126 V 407 ; 116 Ib 344 ;

ATA/257/2014 du 14 avril 2014 ; ATA/28/2014 du 15 janvier 2014 ; ATA/15/2013 du 8 janvier 2013 ; ATA/84/2009 du 9 avril 2009 ; Philippe WEISSENBERG/Astrid HIRZEL, Der suspensiveeffekt und andere vorsorgliche Massnahme, in Irène HAENER/Bernhard WALDMANN, Brennpunkte im Verwaltungsprozess, Fribourg 2013, p. 166 ; Ulrich HÄFELIN/Georg MÜLLER/Felix UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6ème éd., 2010 n. 1800 ; Pierre MOOR/Etienne POLTIER, Droit administratif, vol. 2, 3ème éd., 2011, p. 814 n. 5.8.3.3).

b. À teneur de l'art. 21 LPA, l'autorité peut d'office ou sur requête ordonner des mesures provisionnelles en exigeant au besoin des sûretés (al. 1) ; ces mesures sont ordonnées par le président s'il s'agit d'une autorité collégiale ou d'une juridiction administrative (al. 2).

Selon la jurisprudence constante, 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/248/2011 du 13 avril 2011 consid. 4 ; ATA/197/2011 du 28 mars 2011 ; ATA/248/2009 du 19 mai 2009 consid. 3 ; ATA/213/2009 du 29 avril 2009 consid. 2). 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).

3) a. Conformément à l'art. 20 al. 1 du règlement sur la passation des marchés publics du 17 décembre 2007 (RMP - L 6 05.01), pour le personnel appelé à travailler sur le territoire genevois, les soumissionnaires et les sous-traitants doivent respecter les dispositions relatives à la protection sociale des travailleurs et aux conditions de travail applicables à Genève dans leur secteur d'activité.

En vertu de l'art. 32 al. 1 let. b RMP, ne sont prises en considération que les offres accompagnées, pour le soumissionnaire et ses sous-traitants, des documents suivants : attestation certifiant pour le personnel appelé à travailler sur territoire genevois : 1° soit que le soumissionnaire est lié par la convention collective de travail de sa branche, applicable à Genève, 2° soit qu'il a signé, auprès de l'office cantonal, un engagement à respecter les usages de sa profession en vigueur à Genève, notamment en ce qui concerne la couverture du personnel en matière de retraite, de perte de gain en cas de maladie, d'assurance-accident et d'allocations familiales. L'al. 3 de cette disposition réglementaire précise que pour être valable, l'attestation ne doit pas être antérieure de plus de trois mois à la date fixée pour sa production, sauf dans les cas où elle a, de par son contenu, une durée de validité supérieure.

b. À teneur des art. 26 al. 1 LIRT et 20 al. 2 RMP, l'OCIRT est compétent pour contrôler le respect des usages au sein des entreprises concernées.

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'office un engagement de respecter les usages ; l'office délivre à l'entreprise l'attestation correspondante, d'une durée limitée.

En vertu de l'art. 26A LIRT, les entreprises en infraction aux usages font l'objet des sanctions prévues à l'art. 45 LIRT (al. 1) ; l'art. 45 al. 1 let. a LIRT est applicable lorsqu'une entreprise conteste les usages que l'office entend lui appliquer (al. 2).

Conformément à l'art. 45 LIRT, dans sa version en vigueur depuis le 16 novembre 2013, à la suite de l'adoption, le 20 septembre 2013, du projet de loi modifiant la loi sur l'inspection et les relations du travail (PL 11172), lorsqu'une entreprise visée par l'art. 25 LIRT ne respecte pas les conditions minimales de travail et de prestations sociales en usage, l'office 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'office établit et met à jour une liste des entreprises faisant l'objet d'une décision exécutoire ; cette liste est accessible au public (al. 3).

c. La volonté du législateur, lorsqu'il a prévu que le refus de l'OCIRT de délivrer pendant une période déterminée à une entreprise contrevenant aux usages professionnels en matière de relations du travail en vigueur à Genève était exécutoire nonobstant recours, fait partie des adaptations de la LIRT destinées à optimiser le dispositif existant afin de lutter efficacement contre les entreprises contrevenant aux conditions de travail en usage (Message du Conseil d'État à l'appui du projet de loi modifiant la LIRT du 15 mai 2013 ad art. 45 LIRT, p. 20). Le rôle de la chambre administrative en matière de relations du travail se limite à contrôler la conformité au droit des décisions prises par l'OCIRT mais non à se substituer à celui-ci dans l'appréciation qu'il fait de l'évolution de la situation (ATA/257/2014 précité).

4) Les parties à la présente procédure sont en désaccord relativement à l'application des usages « Métallurgie du bâtiment - Serrurerie, constructions métallique » au recourant, ce dernier estimant que tel n'est pas le cas, ce qui semble *prima facie* incompatible avec les conclusions initiales du recours, à l'appui desquelles il a notamment produit un engagement signé allant dans le sens d'une soumission à ces usages.

L'office reproche en outre à l'intéressé de ne pas lui avoir transmis les renseignements et pièces qu'il avait requis. Celui-ci ne paraît pas le contester.

5) D'après le recourant, la chambre administrative doit accorder l'effet suspensif au recours tant que la question de l'application des usages de la métallurgie du bâtiment à une partie de l'entreprise n'aura pas été tranchée, de sorte qu'il puisse continuer à exécuter ses contrats et honorer le sursis octroyé par l'office des poursuites, de manière à sauver son entreprise. Une fois la situation du recourant normalisée et la question de l'application des usages de la métallurgie du bâtiment tranchée, l'OCIRT pourrait procéder à un nouveau transport sur place, afin de s'assurer qu'il applique bien et en tous points les dispositions de la ou des conventions collectives de travail auxquelles son entreprise serait soumise.

6) Selon le droit des marchés publics, la délivrance à l'entreprise d'une attestation de respect des usages n'a pas un caractère permanent. Une telle attestation ne déploie ses effets, en vertu de l'art. 32 al. 3 RMP, que pour une durée limitée de trois mois. Cela signifie que, passé ce délai, toute entreprise qui désire soumissionner dans un marché public doit demander la délivrance d'une nouvelle attestation, ce qui nécessite un nouvel examen complet de sa situation. Prima facie, le refus de l'OCIRT de délivrer une telle attestation dès lors que cette autorité constate qu'une entreprise ne respecte pas les usages constitue une décision à caractère négatif destinée, de par sa nature, à déployer un effet immédiat. Dans un tel cas, ainsi que la chambre de céans l'a déjà décidé dans le domaine des relations du travail, l'effet suspensif ne peut être restitué (ATA/257/2014 précité ; ATA/28/2014 précité ; ATA/310/2012 du 22 novembre 2012 ; ATA/10/2007 du 12 janvier 2007).

Partant, la requête d'effet suspensif du recourant ne pourrait en tout état de cause pas porter sur le refus, pendant deux ans, de l'OCIRT de lui délivrer les attestations lui permettant de soumissionner des marchés publics et, en conséquence, aussi sur son exclusion de tout marché public pour une période de deux ans au plus, ce dernier point s'apparentant de facto à une décision négative.

Par surabondance, si la chambre administrative ordonnait à l'OCIRT de réintégrer la recourant dans la liste des entreprises habilitées à soumissionner dans des marchés publics à Genève sans attendre l'issue de la procédure, cela reviendrait à lui accorder immédiatement ce qui fait l'objet du fond du contentieux judiciaire. Or, c'est exactement le type de mesures provisionnelles proscrites par la jurisprudence et la doctrine précitées. Sous l'angle des conditions de l'art. 21 LPA, une telle requête ne pourrait qu'être refusée (dans ce sens ATA/257/2014 précité).

7) Quant au chef de conclusions tendant au retrait du recourant de la liste des entreprises faisant l'objet d'une décision exécutoire au sens de l'art. 45 al. 3 LIRT (appelée « liste noire » par celui-ci), qu'il entre dans le cadre de l'effet suspensif au sens strict ou de la mesure provisionnelle - ce qui importe peu en l'occurrence -, il ne pourrait en tout état de cause pas être admis à ce stade.

En effet, le placement de son entreprise sur cette liste découle, à teneur du texte clair de l'art. 45 LIRT, automatiquement de la décision de refus de délivrance de l'attestation visée à l'art. 25 LIRT, immédiatement exécutoire selon l'art. 45 al. 1 let. a LIRT. Un retrait de cette liste ne peut donc en aucun cas avoir lieu si l'effet suspensif au refus de délivrance de l'attestation selon l'art. 45 al. 1 let. a LIRT n'était pas accordé, ce qui est précisément impossible comme énoncé plus haut.

- 8) Pour ces motifs, et indépendamment de la question de savoir si le recours est recevable ou non au regard des conclusions initiales voire subséquentes du recourant - ce qui peut demeurer indécis à ce stade -, ses conclusions sur effet suspensif et/ou mesures provisionnelles ne peuvent qu'être rejetées si tant est qu'elles soient recevables.
- 9) Le sort des frais de la procédure est réservé jusqu'à droit jugé au fond.

LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

refuse de restituer l'effet suspensif au recours de M. A_____ et/ou d'ordonner des 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 Caroline Dessimoz, avocate du recourant, ainsi qu'à l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail.

Le président :

Ph. Thélin

Copie conforme de cette décision a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :