

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/940/2014-EXPLOI

ATA/257/2014

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Décision du 14 avril 2014

sur effet suspensif

dans la cause

X_____ SA

représentée par Me Alec Crippa, avocat

contre

OFFICE CANTONAL DE L'INSPECTION ET DES RELATIONS DU TRAVAIL

Attendu, en fait, que :

- 1) Le 26 février 2014, l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail (ci-après : OCIRT) a prononcé à l'encontre de la société X_____ SA (ci-après : l'entreprise) un refus de lui délivrer les attestations lui permettant de soumissionner sur des marchés publics pendant une période de deux ans, décision exécutoire nonobstant recours.

Dans le cadre d'un contrôle, il avait sollicité la production de documents. Il transparaissait de ceux-ci une violation des conditions minimales de travail et prestations sociales en usage à Genève dans le secteur de la métallurgie du bâtiment-chauffage (ci-après : UMB-C).

- 2) L'entreprise a recouru le 31 mars 2014 contre ladite décision, reçue le 27 février 2014, concluant à son annulation. Préalablement, elle concluait à la restitution de l'effet suspensif et à sa réintégration dans la liste des entreprises respectant les usages, avec publication de cette réintégration. L'OCIRT avait mal appliqué l'art. 45 de la loi sur l'inspection et les relations du travail du 12 mars 2004 (LIRT - J 1 05). L'entreprise s'était en effet « désormais conformée à toutes les exigences de l'OCIRT et de la conférence paritaire de la métallurgie et du bâtiment (EXECO) » et s'était ainsi mise en conformité avec les UMB-C, sous réserve du délai de mise en œuvre nécessaire pour une nouvelle affiliation de ses employés à une caisse de pension spécifique. Au demeurant, ses prestations en matière de LPP étaient globalement équivalentes au minimum requis par les règles applicables. La décision de refus comportait une sanction d'exclusion des marchés publics pour une durée de deux ans alors que courait encore le délai que l'OCIRT lui avait fixé pour produire les justificatifs. Il y avait eu violation du principe de coordination de l'art. 12A de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10). Finalement, la décision était disproportionnée et arbitraire. S'agissant de l'effet suspensif, celui-ci devait être restitué puisqu'elle s'était intégralement conformée à toutes les exigences formulées par l'OCIRT, ainsi qu'elle le lui avait confirmé le 27 mars 2014.

- 3) Le 10 avril 2014, l'OCIRT a conclu au rejet de la requête en restitution de l'effet suspensif. L'art. 45 al. 1 LIRT prévoyait expressément que le recours contre une décision de refus de délivrance des attestations n'avait pas d'effet suspensif.

Considérant, en droit, que :

- 1) La compétence pour ordonner, d'office ou sur requête, des mesures provisionnelles en lien avec un recours appartient au président de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative ; art. 21

al. 1 et 66 al. 2 LPA ; art. 7 ch. 1 du règlement interne de la chambre administrative du 21 décembre 2010).

- 2) a. Sauf disposition légale contraire ou décision de retrait prise par l'autorité compétente, le recours a effet suspensif (art. 66 al. 1 LPA). Lorsqu'une décision est exécutoire nonobstant recours, la juridiction de recours peut, sur la demande de la partie dont les intérêts sont gravement menacés, lorsqu'aucun intérêt public ou privé prépondérant ne s'y oppose, restituer l'effet suspensif même si le caractère exécutoire nonobstant recours est prévu par la loi (art. 66 al. 2 LPA).

b. 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/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*, p. 166 *in* Irène HAENER / Bernhard WALDMANN, *Brennpunkte im Verwaltungsprozess*, Fribourg 2013 ; Ulrich HÄFELIN / Georg MÜLLER / Felix UHLMANN, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 6^{ème} éd., 2010 n. 1800 ; Pierre MOOR / Etienne POLTIER, *Droit administratif*, vol. 2, 3^{ème} éd., 2010, p. 814 n. 5, 8.3.3).

- 3) a. A teneur de l'art. 21 LPA, l'autorité administrative peut ordonner, d'office ou sur requête, des mesures provisionnelles lorsqu'il est nécessaire de régler provisoirement la situation en cause jusqu'au prononcé de la décision finale.

b. Les mesures provisionnelles ne sont légitimes que si elles s'avèrent indispensables au maintien d'un état de fait ou à la sauvegarde d'intérêts compromis (ATF 119 V 503 consid. 3 ; ATA/744/2013 du 7 novembre 2013 ; 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). 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 (Thierry TANQUEREL, *Manuel de droit administratif*, 2011, p. 290 n. 846 et les arrêts cités). 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 (Irène HAENER, *Vorsorgliche Massnahmen in Verwaltungs-verfahren und Verwaltungsprozess*, RDS 1997 II 253-420, 265).

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

A 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.

b. 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 cette autorité un engagement de respecter lesdits usages. L'OCIRT lui délivre alors l'attestation correspondante, qu'elle doit produire à titre de critère d'aptitude dans le cadre de son dossier de soumission (art. 32 al. 1 let. b ch. 2 et al. 2 RMP).

c. 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 (art. 32 al. 3 RMP).

- 5) En vertu de l'art. 26 al. 2 LIRT, en cas d'infraction aux usages, les entreprises concernées font l'objet des sanctions prévues à l'art. 45 LIRT.

- 6) L'art. 45 LIRT, 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), énonce diverses mesures et sanctions que l'OCIRT peut prendre en cas de non-respect des usages par une entreprise assujettie. Il peut notamment refuser de délivrer, pour une durée de trois mois à cinq ans, l'attestation permettant à une entreprise de soumissionner pour un marché public dans le canton de Genève, décision immédiatement exécutoire (art. 45 al. 1 let. a LIRT).

- 7) 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/28/2014 précité ; ATA/310/2012 du 22 novembre 2012 ; ATA/10/2007 du 12 janvier 2007).

- 8) 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 qu'il était exécutoire nonobstant recours, fait partie des adaptations de la LIRT destinées à optimiser le dispositif existant afin de lutter efficacement contre les entreprises contrevenants aux conditions de travail en usage (Message du Conseil d'Etat 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.

Dans son recours, l'entreprise admet qu'elle ne respectait pas lesdites conditions de travail puisqu'elle indique s'y être conformée depuis lors. Dans la mesure où elle conclut sur cette base, au-delà de la restitution de l'effet suspensif, à être réintégrée à la liste des entreprises habilitées à soumissionner dans des marchés publics à Genève, sa requête doit également être examinée comme une requête en mesures provisionnelles au sens de l'art. 21 LPA.

- 9) En l'espèce, si la chambre administrative ordonnait à l'OCIRT de réintégrer la recourant dans la liste précitée 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, la requête ne peut qu'être refusée.

LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

refuse de restituer l'effet suspensif au recours ;

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 Alec Crippa, avocat de la recourante, 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 :