

GE_GERICHTE ATA/1020/2016 vom 6. Dezember 2016

GE Cour de justice, 2016-12-06, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATA_1020_2016

FR: GE_GERICHTE ATA/1020/2016 du 6 décembre 2016

IT: GE_GERICHTE ATA/1020/2016 del 6 dicembre 2016

Erwägungen

E. 16

Par acte expédié le 19 mai 2016 au greffe de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative), A_____ a formé recours contre la décision de l'OCIRT du 18 avril 2016, concluant, « avec suite de frais et dépens », à ce que, préalablement, il soit enjoint à l'office de dire avec clarté si la compétence de l'art. 26 LIRT avait été déléguée à la CPPJ et le cas échéant de produire le contrat de prestations à la base d'une telle délégation, au fond, principalement, à l'annulation de la décision attaquée.

Par lettre du 4 mai 2016, CSS Assurance lui avait confirmé que son personnel était assuré auprès d'elle pour la perte de salaire due à la maladie avec des prestations de 80 % et un délai d'attente de quatorze jours, et que les primes avaient été reçues dans les temps pour la période s'étendant du 1er janvier au 30 juin 2016.

Par attestation du 3 mai 2016, la CPPJ avait attesté qu'à cette date, elle était à jour avec les contributions professionnelles et la retraite anticipée instaurée par la CCT-PJ.

Par attestation du 24 mars 2016, la compagnie d'assurances Zurich lui avait confirmé qu'elle était assurée en responsabilité civile entreprise et produits, l'attestation étant valable jusqu'au 31 janvier 2017.

Par écrit du 3 mai 2016, la SUVA avait confirmé que son personnel était assuré conformément aux dispositions de la loi fédérale sur l'assurance-accidents du 20 mars 1981 (LAA - RS 832.20) et que les factures de primes échues au 31 mars 2016 avaient été réglées.

Par courrier du mois du 27 avril 2016, l'office cantonal des assurances sociales (ci-après : OCAS) avait certifié qu'à ce jour, elle remplissait les obligations découlant de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants du

E. 20

décembre 1946 (LAVS - RS 831.10), de la loi cantonale sur les allocations familiales du 1er mars 1996 (LAF - J 5 10), ainsi que de la loi cantonale genevoise

- 7/20 - A/1614/2016 sur l'assurance-maternité du 14 décembre 2000 (LAMat - J 5 07), cette attestation étant valable pour quinze jours.

Par courrier du 3 mai 2016, SwissLife avait confirmé que la prévoyance professionnelle était appliquée pour les personnes salariées dans le cadre de l'assurance collective entre elle et A_____, conformément aux dispositions de la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité du

E. 25

juin 1982 (LPP - RS 831.40), et que jusqu'au 3 mai 2016, l'œuvre de prévoyance affiliée A_____ avait régulièrement rempli ses obligations financières pour la prévoyance professionnelle. 17.

Par réponse du 27 juin 2016, l'OCIRT a, « avec suite de dépens », conclu au rejet du recours de A_____ et à la confirmation de sa décision du 18 avril 2016.

Était notamment produit le « rapport des [UPJ] » établi le 18 avril 2016 par l'inspecteur du travail, à la base duquel la décision querellée avait été prononcée.

Par lettre du 10 juin 2016, la CPPJ avait répondu à un courrier du 8 juin 2016 du conseil de A_____ en l'informant qu'elle contrôlait toutes les entreprises des parcs et jardins qui étaient assujetties à la CCT-PJ. À teneur de cette lettre, l'OCIRT se réservait le droit d'effectuer en tout temps, par lui-même, des contrôles nonobstant la délégation de compétence concédée à elle-même, et était également en charge de la constatation des conditions de travail en usage et du contrôle du respect des usages dans le cadre de la passation des marchés publics et des mesures d'accompagnement à la libre circulation des personnes. Chacune de ces deux instances instruisait ses propres dossiers en fonction des compétences qui lui étaient conférées, le recours contre la décision de l'office du 18 avril 2016 concernant le respect des usages en matière de marchés publics, dont la société avait signé l'engagement. Lors des contrôles de chantiers effectués les 17 février et 3 mars 2016 par des inspecteurs dûment accrédités, A_____ avait fait l'objet de deux rapports de suspicions d'irrégularités. Afin qu'elle se mette en conformité, elle était priée de transmettre à la CPPJ tous les documents et réajustements demandés dans son préavis comminatoire du 6 juin 2016 d'ici au 30 juin 2016. Passé ce délai, la CPPJ statuerait sur la base des rapports de contrôle précités et prendrait les sanctions qui s'imposaient. L'attention de la société était attirée sur l'art. 33 CCT-PJ qui stipulait que toute infraction à ladite convention collective était passible d'une amende pouvant aller jusqu'à CHF 5'000.- par cas.

Pour ce qui était de la compétence de l'office, l'art. 26 al. 2 LIRT l'autorisait à déléguer à une commission paritaire le soin d'effectuer des contrôles au sein des entreprises actives dans le secteur d'activité concerné mais ne lui interdisait nullement de se saisir du dossier d'une entreprise et de mener lui-même le contrôle. À teneur de la convention signée entre l'État de Genève et la CPPJ (contrat de prestations) – document interne à l'administration produit à titre confidentiel et soustrait à la prise de connaissance de la recourante –, notamment,

- 8/20 - A/1614/2016 « l'OCIRT se [réserve] le droit d'effectuer en tout temps, par lui-même, des contrôles nonobstant la délégation de compétences concédée à la commission paritaire » (art. 3.4). 18.

Par réplique du 29 août 2016, A_____ a persisté dans les conclusions de son recours.

Elle maintenait sa requête quant à la production du contrat de prestations susmentionné, en application de la loi sur l'information du public, l'accès aux documents et la protection des données personnelles du 5 octobre 2001 (LIPAD - A 2 08).

Les infractions qui lui étaient reprochées, ne justifiaient pas le prononcé d'une sanction de la gravité de celle prononcée dans la décision du 18 avril 2016. 19.

Par lettre du 30 août 2016, la chambre administrative a informé les parties de ce que la demande de production du contrat de prestations formulée par la recourante serait tranchée dans l'arrêt à rendre et de ce que la cause était gardée à juger. 20.

En réponse à une demande l'OCIRT du 6 septembre 2016 demandant que le chargé de pièces produit avec la réplique de A_____ lui soit communiqué, le juge délégué de la chambre administrative lui a rappelé que le dossier pouvait être consulté, sur demande, au greffe, seules les pièces dont la production avait été faite à double étant adressées automatiquement à la partie adverse, ce qui n'avait pas été le cas en l'espèce. 21.

Pour le reste, les arguments des parties et certains faits seront repris, en tant que de besoin, dans la partie en droit ci-après. EN DROIT 1.

Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable (art. 47 LIRT ; art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire du

E. 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. a. En vertu de l'art. 11 let. e de l'accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 (AIMP - L 6 05), lors de la passation des marchés publics, différents principes doivent être respectés par les entreprises soumissionnaires, dont le respect des dispositions relatives à la protection des travailleurs et aux conditions de travail.

Dans le canton de Genève, selon 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

- 9/20 - A/1614/2016 appelé à travailler sur le territoire genevois, les soumissionnaires et leurs 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.

À teneur 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, d'une 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. De par l'art. 42 al. 1 let. f ch. 3 RMP, l'offre du soumissionnaire est écartée d'office lorsque ce dernier fait l'objet, à la date du dépôt de l'offre ou en cours de procédure, d'une mesure exécutoire prononcée en application de l'art. 45 al. 1 let. a ou c LIRT.

b. En application de l'art. 23 al. 1 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.

Les entreprises concernées peuvent consulter les usages sur le site internet de l'OCIRT en fonction de leurs branches d'activités professionnelles (<http://www.ge.ch/rerelations-travail/usages/vigueur.asp>).

Conformément à l'art. 25 LIRT, toute entreprise soumise au respect des usages en vertu des dispositions légales ou règlementaires doit en principe signer auprès de l'OCIRT un engagement de respecter ceux-ci, en contrepartie de quoi celui-là lui délivre l'attestation correspondante, d'une durée limitée (al. 1) ; l'engagement vaut pour l'ensemble du personnel concerné ; il prend effet au jour de sa signature, sous réserve de l'al. 3 (al. 2) ;

l'entreprise est réputée liée par un engagement dès l'instant où son personnel est appelé à travailler sur un marché public (al. 3).

c. En vertu de l'art. 26A LIRT intitulé « non-respect et contestation des usages », 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'OCIRT entend lui appliquer (al. 2).

Selon l'art. 45 LIRT afférent aux « mesures et sanctions pour non-respect des usages », 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

- 10/20 - A/1614/2016 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 (al. 1) ; 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). 3. a. Aux termes de l'art. 26 LIRT, le département est compétent pour contrôler le respect des usages au sein des entreprises concernées ; cette compétence est exercée par l'OCIRT, sous réserve de l'al. 2 ; selon une nouvelle entrée en vigueur le 1er mai 2016 (à ce sujet ACST/10/2016 du 29 août 2016), l'inspection paritaire a également la faculté d'effectuer de tels contrôles (al. 1 ; cf. aussi art. 5 al. 3 de la loi autorisant le Conseil d'État à adhérer à l'accord intercantonal sur les marchés publics du 12 juin 1997 - L-AIMP - L 6 05.0 ; art. 20 al. 2 RMP) ; dans les secteurs couverts par une convention collective de travail étendue, le département peut déléguer aux associations contractantes le contrôle du respect des usages, par le biais d'un contrat de prestations (al. 2).

À teneur de l'art. V al. 1 des UPJ 2016, entrés en vigueur le 1er janvier 2016, l'OCIRT est compétent pour effectuer le contrôle du respect des usages, sous réserve de délégation. Selon l'art. VIII des UPJ 2016, nouveau et intitulé « compétence de la commission paritaire », en présence d'une convention collective étendue en vigueur et outre les compétences de l'OCIRT en matière de contrôles (art. V) et de sanctions (art. VI), la CPPJ est également compétente pour effectuer auprès des entreprises ses propres contrôles et infliger, cas échéant, les sanctions prévues par ladite convention (al. 1) ; les modalités de recours émanant des décisions de ladite commission paritaire sont réglées par la convention collective étendue (al. 2).

b. En l'occurrence, la recourante sollicite, en se prévalant notamment des art. 9 al. 3 et 28 al. 2 de la Constitution de la République et canton de Genève du 14 octobre 2012 (Cst-GE - A 2 00) ainsi que de la LIPAD, la production par l'intimé du contrat de prestations, afin de connaître avec clarté si la compétence de l'art. 26 LIRT a été déléguée à la CPPJ. Celui-ci s'y oppose en indiquant que ledit contrat, signé le 22 janvier 2014, est un document interne à l'administration destiné à régir les modalités de partenariat avec la commission paritaire et non voué à être communiqué au public, et que le seul élément pertinent est l'art. 3.4, à teneur duquel « l'OCIRT se réserve le droit d'effectuer en tout temps, par lui-même, des contrôles nonobstant la délégation de compétence concédée à la commission paritaire ».

Il est vrai que cet art. 3.4 autorise dans tous les cas l'OCIRT à contrôler le respect des usages au sein des entreprises concernées, quelle que soit la forme et la portée de la délégation octroyée à la CPPJ.

- 11/20 - A/1614/2016

Au surplus, c'est l'OCIRT qui est compétent pour prononcer une décision au sens de l'art. 45 LIRT, disposition légale sur laquelle est fondée la décision litigieuse, tandis que l'art. 33 CCT-PJ permet à la CPPJ de prononcer, pour toute infraction aux dispositions de ladite convention collective ainsi qu'aux dispositions prises par la commission paritaire et selon l'importance, une amende pouvant aller jusqu'à CHF 5'000.- par cas, avec possibilité de recours devant la Chambre des relations collectives de travail.

Dans ces conditions, l'intimé était en tout état de cause compétent pour effectuer les contrôles qui ont conduit au prononcé de la décision litigieuse et pour rendre cette dernière.

Le prononcé par la chambre de céans d'une décision tendant éventuellement à la production par l'intimé de tout ou partie du contrat de prestations serait sans aucune portée sur l'issue au fond du litige et pourrait être préjudiciable au principe de l'économie de procédure. Il n'y a donc pas lieu de requérir de l'OCIRT la production de tout ou partie dudit contrat de prestation.

c. Au surplus, le fait que deux procédures en matière de respect des usages soient menées contre la société, l'une par la CPPJ, l'autre par l'OCIRT, ne signifie pas qu'elles le soient pour les mêmes faits et les mêmes infractions.

En l'absence de sanction prononcée par la CPPJ, la recourante ne saurait en tout état de cause se plaindre d'une violation du principe « ne bis in idem », lequel ne vaut au demeurant que pour deux sanctions pénales ou assimilables.

Au demeurant, il n'est pas démontré en l'état que ce principe serait violé si la CPPJ infligeait à la société une amende, qui ne pourrait pas être d'un montant supérieur à CHF 5'000.- par cas (art. 33 CCT-PJ), la décision querellée ne prononçant pas une telle sanction et l'art. 45 al. 2 LIRT autorisant le cumul entre une amende et des sanctions. 4. a. Le droit d'être entendu garanti par l'art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101) implique notamment pour l'autorité l'obligation de motiver sa décision. Selon la jurisprudence, il suffit que le juge mentionne, au moins brièvement, les motifs qui l'ont guidé et sur lesquels il a fondé sa décision, de manière à ce que l'intéressé puisse se rendre compte de la portée de celle-ci et l'attaquer en connaissance de cause. L'autorité n'a pas l'obligation d'exposer et de discuter tous les faits, moyens de preuve et griefs invoqués par les parties, mais elle peut au contraire se limiter à ceux qui lui paraissent pertinents (ATF 138 I 232 consid. 5.1 ; 137 II 266 consid. 3.2 ; 136 I 229 consid. 5.2 ; 134 I 83 consid. 4.1).

b. Dans le cas présent, il est vrai, comme le fait valoir la recourante, que l'intimé ne reprend pas in extenso dans sa décision querellée l'énumération des

- 12/20 - A/1614/2016 infractions reprochées dans sa lettre du 18 janvier 2016. Néanmoins, il ressort clairement de ladite décision que ces reproches portent sur l'augmentation des salaires minimaux – compte tenu des années de pratique – et des salaires réels pour certains employés, sur l'indemnité de repas de M. E_____ ainsi que sur les remboursements liés aux trop-perçus du taux de prime de l'APMG sur la base d'une prime extrapolée (théorique) et non de la prime réelle, et tient compte des lettres de la société des 5 et 7 avril 2016.

La recourante était donc parfaitement en mesure de savoir, compte tenu des démarches qu'elle avait effectuées en vue de remédier en tout ou partie à certaines violations des usages, quelles étaient les infractions qui lui étaient reprochées, de même que les motifs, bien que sommaires.

La mention dans la décision de l'OCIRT que la société « contestait » des obligations découlant des usages ne contredit pas ce qui précède, ce d'autant moins qu'en vertu de l'art. 26A al. 2 LIRT, l'art. 45 al. 1 let. a LIRT est applicable lorsqu'une entreprise conteste les usages que l'OCIRT entend lui appliquer.

Une violation du droit d'être entendu ne saurait dès lors être retenue. 5. a. Pour ce qui est du fond, la procédure administrative est régie par la maxime inquisitoire, selon laquelle le juge établit les faits d'office, sans être limité par les allégués et les offres de preuves des parties (art. 19 LPA). Ce principe n'est pas absolu, sa portée étant restreinte par le devoir des parties de collaborer à la constatation des faits (art. 22 LPA). Celui-ci comprend en particulier l'obligation des parties d'apporter, dans la mesure où cela peut être raisonnablement exigé d'elles, les preuves commandées par la nature du litige et des faits invoqués, faute de quoi elles risquent de devoir supporter les conséquences de l'absence de preuves (arrêts du Tribunal fédéral 8C_1034/2009 du 28 juillet 2010 consid. 4.2 ; 9C_926/2009 du 27 avril 2010 consid. 3.3.2 ; ATA/162/2016 du 23 février 2016 consid. 3 ; ATA/1064/2015 du 6 octobre 2015 ; ATA/769/2015 du 28 juillet 2015).

La constatation des faits, en procédure administrative, est gouvernée par le principe de la libre appréciation des preuves, qui signifie que le juge forme librement sa conviction, en analysant la force probante des preuves administrées, dont ni le genre, ni le nombre n'est déterminant, mais uniquement leur force de persuasion (art. 20 al. 1 LPA ; ATF 139 II 185 consid. 9.2 ; 130 II 482 consid. 3.2 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_668/2011 du 12 avril 2011 consid. 3.3 ; ATA/162/2016 précité consid. 3 ; ATA/1064/2015 précité ; ATA/769/2015 précité).

b. Il ressort de la liste du personnel en 2015 fournie par la fiduciaire de la société intéressée et des lettres de l'OCIRT des 18 janvier et 9 mars 2016 que la période pour laquelle des infractions peuvent être prises en compte s'étend depuis

- 13/20 - A/1614/2016 la date d'engagement des employés, donc pas avant 2014, et jusqu'au 31 mars 2016.

Selon ladite liste, adressée à fin 2015 à l'intimé, la recourante comptait, en plus de l'administrateur, seize employés, tous avec plus de cinq ans d'expérience professionnelle.

c. Par sa lettre du 18 janvier 2016, se fondant sur cette liste, l'intimé a demandé à la recourante d'appliquer, conformément à l'art. 8 let. c des UPJ, le salaire minimal pour un aide-jardinier dans sa quatrième année de pratique professionnelle de CHF 25.55 par heure jusqu'à fin février 2015 (UPJ 2012) à MM. F_____ et G_____, et de CHF 25.72 depuis le 1er mars 2015 (UPJ 2015) à ces deux travailleurs ainsi qu'à MM. H_____ et I_____. Par la même missive et également sur la base de la liste du personnel en 2015, l'OCIRT a demandé à la société d'appliquer, conformément à l'art. 8 let. d des UPJ 2015, le salaire minimal pour un machiniste (avec permis pour petites machines) de CHF 29.24 par heure à M. J_____, engagé le 4 mai 2015.

Il sied de noter que, pour les aides-jardiniers et machinistes, le salaire minimal des UPJ 2015 n'a pas changé sous les UPJ 2016, entrés en vigueur le 1er janvier 2016.

Par courrier du 23 février 2016, la recourante a répondu à l'intimé que MM. H_____, F_____ et G_____, tous sans diplôme, n'avaient pas quatre années de pratique.

Dans son pli du 9 mars 2016, l'OCIRT a déclaré maintenir l'ensemble des points de mise en conformité demandés le 18 janvier 2016. Concernant les aides-jardiniers, il a confirmé sa position dans sa décision du 18 avril 2016, son rapport du même jour – qui indique les différences de salaire en décembre 2014 ou janvier 2015 ainsi qu'en septembre 2015 – et sa réponse du 27 juin 2016.

Il ressort de ce qui suit du rapport établi le 18 avril 2016 par l'inspecteur du travail, faisant suite aux documents, y compris de rattrapages, fournis par la recourante : le salaire horaire de M. H_____, de CHF 25.55, était correct en décembre 2014 mais inférieur de 17 centimes au salaire minimal en septembre 2015 ; le salaire horaire de M. F_____, de CHF 25.50, était inférieur de 5 centimes au salaire minimal en décembre 2014 et de 22 centimes en septembre 2015 ; le salaire horaire de M. G_____, de CHF 24.06, était inférieur de CHF 1.49 au salaire minimal en janvier 2015 et de CHF 1.66 en septembre 2015 ; le salaire horaire de M. I_____, de CHF 25.-, était inférieur de 72 centimes au salaire minimal en septembre 2015.

Concernant le salaire minimal horaire de M. G_____, la recourante a admis une infraction sur ce point, énonçant dans sa réplique des écarts de salaire horaire

- 14/20 - A/1614/2016 de 6 centimes en 2014 et de 29 centimes en 2015 et 2016, alors qu'ils se montaient à teneur de son courrier du 23 février 2016 à 3 centimes, respectivement 29 centimes ; les fiches des rattrapages de salaire de base 2015 et 2016 de ce travailleur, établies et contresignées par ce dernier le 16 août 2016 et produites en annexe de la réplique, indiquent effectivement des rattrapages de CHF 24.06 à CHF 24.35 pour 2015 et 2016 ; la position de la société est fondée sur le fait que M. G_____, sans diplôme, aurait commencé sa pratique professionnelle par son engagement du 1er octobre 2014. Selon la recourante, la gravité de cette infraction est très faible en raison des montants manquants et du fait qu'elle ne concerne qu'un employé, les autres ayant fait un rattrapage de leur salaire dans le délai imparti par l'intimé.

S'agissant de MM. H_____, F_____ et I_____, l'OCIRT a maintenu sa position dans sa réponse et la recourante n'a rien allégué ou invoqué sur ce point dans sa réplique.

Cela étant, si l'intimé n'a pas expressément requis de la recourante la preuve que les quatre aides-jardiniers susmentionnés avaient commencé leur pratique professionnelle selon les indications de celle-ci, il n'en demeure pas moins que la société, au regard de la jurisprudence citée plus haut et notamment conformément à son devoir de collaboration dans le cadre de la présente procédure de recours introduite par elle-même (art. 22 LPA ; ATA/495/2006 du 19 septembre 2006 consid. 2), ne pouvait pas se contenter d'alléguer une absence de pratique pour ces travailleurs sans présenter des moyens de preuve, par exemple un curriculum vitae, contredisant la liste du personnel en 2015 produite quelques mois auparavant par sa propre fiduciaire. Dans le cadre de la libre appréciation des preuves, il convient de déduire de cette attitude que ces quatre aides-jardiniers en étaient au moins à leur quatrième année de pratique.

Partant, c'est à juste titre que l'intimé a retenu une infraction aux usages concernant les salaires minimaux des quatre aides-jardiniers susmentionnés.

Pour ce qui est du machiniste, M. J_____, la recourante a, dans son pli du 23 février 2016, admis que le salaire horaire minimal de celui-ci selon la CCT-PJ s'élevait à CHF 29.24 et effectué en mars 2016 un rattrapage de salaire pour 2015 et 2016. Même si le rapport de l'inspecteur du travail du 18 avril 2016 fait encore état d'un salaire horaire de CHF 29.10 en septembre 2015, il n'en demeure pas moins que l'intimé, dans sa réponse au recours, n'a pas contesté le caractère suffisant du rattrapage, au contraire des quatre aides-jardiniers précités. Aucune infraction ne saurait donc être retenue concernant M. J_____.

d. Par sa lettre du 18 janvier 2016, se fondant l'art. 8 ch. 1 des UPJ 2015 – à teneur duquel les salaires réels sont augmentés de 0,5 %, à l'exception de ceux des apprentis –, l'intimé a demandé à la recourante d'appliquer cet ajustement aux salaires de six de ses employés.

- 15/20 - A/1614/2016

Dans son courrier du 23 février 2016, la société a écrit que les salaires de ces six travailleurs n'avaient pas à être augmentés, aux motifs que le temps de travail était de 50 % pour l'un d'eux et que le salaire était supérieur au salaire conventionnel pour les cinq autres. Dans sa réplique, elle ne s'est pas déterminée sur l'assertion contenue dans la réponse de l'OCIRT selon laquelle cette augmentation de 0,5 % visait tous les salaires réels.

Il ne pouvait toutefois pas lui échapper que cette augmentation visait les salaires effectivement dus sur la base du contrat de travail, l'art. 8 des UPJ 2015 – en vigueur dès le 1er mars 2015 – distinguant clairement entre les salaires réels (ch. 1) et les salaires minimaux (ch. 2).

Une infraction ne peut dès lors qu'être reconnue sur ce point.

e. S'agissant du versement de l'indemnité de CHF 3.50 en faveur d'un travailleur pour les travaux d'élagage en application de l'art. 12 ch. 1 des UPJ, il apparaît, au vu du rapport de l'inspecteur du travail du 18 avril 2016, que la société a régularisé la situation sur ce point, avant le prononcé de la décision querellée, par le montant versé de CHF 560.- dans le cadre du rattrapage effectué le 16 avril 2016.

f. Par sa lettre du 18 janvier 2016, se fondant sur l'art. 13 des UPJ, l'intimé a demandé à la recourante d'effectuer des rattrapages pour une indemnité de repas minimale de CHF 11.- par jour jusqu'à fin février 2015 (UPJ 2008) et de CHF 16.- par jour depuis lors (UPJ 2015) en faveur de l'ensemble des travailleurs concernés, notamment M. E_____.

La société a effectué ces rattrapages (« rétroactif des paniers ») en mars ou avril 2016 – avant la décision querellée – pour tous ses employés, sauf M. E_____, au motif que ce dernier, conformément à un accord de 2014 avec elle-même, disposait d'un véhicule – appartenant à cet employé – dont l'ensemble des frais était assumé par elle et à l'aide duquel il rentrait prendre son déjeuner à son domicile.

Dans sa réponse, l'OCIRT a fait valoir le caractère obligatoire des usages sur ce point.

Contrairement à ce qu'elle allègue, la recourante n'a nullement démontré verser l'indemnité de repas de M. E_____ depuis le mois de mars 2015.

Selon attestation signée le 25 août 2016 par M. E_____, celui-ci a le droit d'utiliser un véhicule de la recourante également à titre privé, celle-ci prenant à sa charge les frais d'essence, l'assurance véhicule ainsi que les frais de plaque d'immatriculation. Il ressort des autres pièces produites avec la réplique que les factures sont adressées au domicile de M. C_____ et acquittées par la société, à concurrence de CHF 1'556.80 pour l'assurance RC,

collision et casco partielle en

- 16/20 - A/1614/2016 2015, CHF 452.60 pour la taxe véhicule en 2015 et 2016, et différents montants pour l'essence. Il n'est toutefois pas possible de déterminer quelle part exacte de ces sommes relèverait d'un usage à titre privé du véhicule.

Quoi qu'il en soit, selon l'art. 13 des UPJ, l'indemnité de repas de CHF 11.-, respectivement CHF 16.- est due, dans la zone urbaine, si l'employé mange sur le chantier ou à l'établissement, ou dans les environs immédiats (ch. 1) et, au-delà de cette zone, lorsque le transport est effectué par l'entreprise, sur les heures de travail ; lorsque l'employé utilise les transports mis à disposition par l'entreprise en dehors des heures de travail, la prime de déplacement est amputée de CHF 6.- mais l'indemnité de repas reste acquise (ch. 2).

M. E_____ se trouvant dans cette dernière situation – qu'il soit ou non propriétaire du véhicule –, l'indemnité de repas lui est due à concurrence des montants indiqués par l'OCIRT.

En l'absence de preuve du versement de cette indemnité, une infraction aux usages doit être retenue sur ce point.

g. Pour ce qui est du droit aux vacances de six semaines dès 50 ans pour deux employés, il apparaît, au vu du rapport de l'inspecteur du travail du 18 avril 2016, que la société a régularisé la situation sur ce point avant le prononcé de la décision querellée.

h. Enfin, concernant le prélèvement du taux de prime de l'APGM, l'art. 19 des UPJ prévoit ce qui suit : les employeurs sont tenus d'assurer les travailleurs contre les risques de perte de gain due à la maladie, pour le versement d'une indemnité journalière correspondant au 80 % du salaire pendant une durée d'au moins sept cent trente jours pendant une période de neuf cents jours, par le biais d'un contrat géré paritairement (ch. 1) ; l'indemnité journalière est garantie dès le 2ème jour de l'incapacité de travail sur la base du salaire effectivement perdu, soit 80 % ; le 1er jour de maladie est à la charge du travailleur (ch. 2) ; la prime est fixée en pourcentage du salaire brut ; elle est supportée à raison des deux tiers par l'employeur et le tiers restant est retenu aux travailleurs (ch. 3).

Par sa lettre du 18 janvier 2016, l'OCIRT a reproché à la société d'avoir prélevé, en 2014, 2,46 % sur le salaire de ses travailleurs au lieu de 1,2766 % (sur une prime totale d'AMPG de 3,83 %) et, en 2015, aussi 2,46 % au lieu de 0,5 % (sur une prime totale d'AMPG de 1,56 %) ; il lui a demandé par conséquent d'effectuer le remboursement à l'ensemble de ses travailleurs concernés et de lui transmettre un tableau récapitulatif du calcul pour chacun d'entre eux, les bulletins de salaire de janvier 2016 devant mentionner clairement le montant des remboursements.

- 17/20 - A/1614/2016

Dans son courrier du 23 février 2016, la recourante a indiqué que pour ce qui était du prélèvement des taux de primes de l'APGM et comme évoqué lors de l'entretien du 5 novembre 2015, la société était assurée auprès d'une compagnie dès le 14ème jour mais elle assurait les pertes de gains maladie dès le 3ème jour ; cette situation permettait à A_____ d'économiser sur ses primes car elle bénéficiait d'un taux plus faible, et permettait une économie importante sur la gestion des sinistres, car en procédant de cette manière, les cas de petites maladies, inférieurs à quinze jours, n'étaient pas pénalisants pour l'entreprise, et la compagnie d'assurances n'augmentait pas son taux de cotisations. À teneur de ses lettres

des 5 et 7 avril 2016, les explications fournies le 23 février 2016 relatives au prélèvement des taux de primes de l'APGM étaient maintenues ; était présenté un tableau « Excel » pour chaque employé relativement aux versements des rattrapages pour l'APGM ; en outre, pour le calcul du taux de prime de cette assurance, elle s'était basée sur un taux théorique qui correspondait au taux auquel seraient soumis ses employés si elle avait un contrat de couverture maladie qui débutait au 3ème jour.

À teneur des « [rattrapages] salaire 2015-2016 » produits avec le recours, la recourante a remboursé à ses employés des montants au titre de « rétribution trop perçue 2014-2015-2016 ».

Selon la décision de l'OCIRT du 18 avril 2016, les remboursements ont été – à tort – liés aux trop-perçus du taux de prime de l'APMG sur la base d'une prime extrapolée (théorique) et non de la prime réelle. À teneur du rapport de l'inspecteur du travail du même jour, en réponse à la demande de l'OCIRT de remboursement du trop-perçu par rapport à la prime réelle, la société a effectué des remboursements sur la base d'une prime extrapolée pour une couverture dès le 2ème jour.

Selon la réponse au recours de l'intimé, un délai d'attente de quatorze jours avait été choisi par la recourante. Les calculs de rattrapages effectués par celle-ci pour 2014 étaient erronés ; si les rattrapages avaient été effectués pour 2015, ils l'avaient été sur la base d'un montant extrapolé de la prime d'assurance ; pour 2016, le taux de prime ne lui avait pas été communiqué.

Dans sa réplique, la recourante n'a pas contesté que le délai d'attente de l'assurance à laquelle elle avait souscrit était trop long au regard des usages, mais elle a fait valoir qu'elle assurait par elle-même ses employés contre le risque de perte de gain en cas de maladie, à des conditions plus favorables que celles exigées par les usages puisqu'en cas de maladie, elle leur versait par elle-même l'entier de leur salaire, du 1er au 14ème jour de maladie comme le démontraient les exemples de fiches de salaire d'employés en arrêt maladie en 2015 et 2016. Elle avait toutefois, dès mai 2016, soit avant le prononcé de la décision querellée, entrepris des démarches auprès de la CSS Assurance, assureur AMPG, afin d'obtenir une protection conforme aux usages. Par écrit du 25 août 2016,

- 18/20 - A/1614/2016 K_____ Sàrl (conseil – courtage – fiduciaire) attestait qu'elle avait demandé la rectification du délai d'attente à trois jours sur le contrat AMPG de la CSS Assurance, avec effet au 1er janvier 2017.

Cela étant, les explications de la recourante relatives au calcul du taux de primes ne sont, comme l'a considéré l'OCIRT, pas convaincantes et celle-ci n'a pas contesté le caractère erroné du calcul du taux de prime exécuté pour les remboursements, ni démontré avoir respecté la répartition prévue par l'art. 19 ch. 3 des UPJ, soit deux tiers à la charge de l'employeur et le tiers restant à la charge des travailleurs. Son assertion formulée dans sa lettre du 5 avril 2016, selon laquelle le taux plus élevé supporté par ses employés servait à la prémunir des préjudices résultant des maladies de ceux-ci en amont en raison des dates de début de prise en charge des arrêts maladie, ne permet en tout état de cause pas de retenir que cette solution serait plus favorable aux travailleurs. Par ailleurs, pour la période allant à tout le moins jusqu'à la fin de la présente année, la société a allégué couvrir ses employés après leur 3ème jour de maladie, et non leur 2ème jour comme prévu par l'art. 19 ch. 2 des UPJ, et, au regard de l'attestation de K_____ Sàrl du 25 août 2016, il n'est en l'état pas établi qu'elle va remédier à la violation des usages concernant le dies a quo de la

couverture.

En matière d'AMPG également et sous l'angle des taux des primes ainsi que du dies a quo de la couverture, des infractions aux usages doivent être retenues.

i. En définitive, les infractions retenues par l'intimé sont à une exception près (salaire du machiniste) confirmées. 6. a. Le principe de la proportionnalité, consacré de manière générale à l'art. 5 al. 2 Cst. et, en lien avec les restrictions de liberté, à l'art. 36 al. 3 Cst., exige qu'une mesure restrictive soit apte à produire les résultats escomptés (règle de l'aptitude) et que ceux-ci ne puissent être atteints par une mesure moins incisive (règle de la nécessité) ; en outre, il interdit toute limitation allant au-delà du but visé et il exige un rapport raisonnable entre celui-ci et les intérêts publics ou privés compromis (principe de la proportionnalité au sens étroit, impliquant une pesée des intérêts ; ATF 142 I 76 consid. 3.5.1).

b. Selon la recourante, les infractions qui lui sont encore reprochées ne justifient pas une sanction de la gravité de celle prononcée par la décision du 18 avril 2016.

Cela étant, eu égard à l'ensemble des circonstances et à la gravité de la faute, qui porte sur plusieurs obligations importantes de l'employeur, en particulier en matière salariale, la durée du refus, fixée à deux ans, située dans la moitié inférieure des quotités possibles, respecte le principe de la proportionnalité.

- 19/20 - A/1614/2016

Au demeurant, dans sa décision querellée, l'intimé a réservé l'éventualité d'une réduction, voire d'une levée de cette sanction en cas de demande formelle de reconsidération de la part de la recourante, pour autant que cette dernière se soumette à son contrôle et soit en mesure de prouver que les usages qui lui sont applicables ont été respectés pour toute la période correspondant aux créances non prescrites au sens de l'art. 128 de la loi fédérale complétant le Code civil suisse du

E. 30

mars 1911 (Livre cinquième : Droit des obligations - CO - RS 220). 7.

Vu ce qui précède, la décision attaquée est conforme au droit et le recours sera rejeté.

Vu l'issue du recours, un émolument de CHF 1'000.- sera mis à la charge de la recourante (art. 87 al. 1 LPA), et aucune indemnité de procédure ne lui sera allouée (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.