

# **GE\_GERICHTE ATA/1303/2015 vom 8. Dezember 2015**

GE Cour de justice, 2015-12-08, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATA\\_1303\\_2015](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATA_1303_2015)

FR: GE\_GERICHTE ATA/1303/2015 du 8 décembre 2015

IT: GE\_GERICHTE ATA/1303/2015 del 8 dicembre 2015

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable (art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05 ; art. 47 al. 1 de la loi sur l'inspection et les relations du travail du 12 mars 2004 - LIRT - J 1 05 ; art. 62 al. 1 let. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).

### **E. 2**

L'objet du litige consiste à déterminer si la décision de l'OCIRT du 19 septembre 2014 refusant de délivrer pendant deux ans à la recourante les attestations permettant de soumissionner des marchés publics est conforme au droit.

### **E. 3**

La société sollicite l'audition de ses anciens employés, de M. B \_\_\_\_\_ ainsi que d'une employée de sa fiduciaire actuelle.

Tel qu'il est garanti par l'art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101) le droit d'être entendu comprend notamment le droit pour l'intéressé d'offrir des preuves pertinentes, de prendre connaissance du dossier, d'obtenir qu'il soit donné suite à ses offres de preuves pertinentes (arrêts du Tribunal fédéral 2C\_545/2014 du 9 janvier 2015 consid. 3.1 ; 2D\_5/2012 du 19 avril 2012 consid. 2.3), de participer à l'administration des preuves essentielles ou à tout le moins de s'exprimer sur son résultat, lorsque cela est de nature à influencer sur la décision à rendre (ATF 138 I 154 consid. 2.3.3 ; 138 V 125 consid. 2.1 p. 127). Le droit de faire administrer des preuves n'empêche cependant pas le juge de renoncer à l'administration de certaines preuves offertes et de procéder à une appréciation anticipée de ces dernières, en particulier s'il acquiert la certitude que celles-ci ne l'amèneront pas à modifier son opinion ou si le fait à établir résulte déjà des constatations ressortant du dossier (ATF 136 I 229 consid. 5.2 p. 236 ; 134 I 140 consid. 5.3 ; ATA/695/2015 du 30 juin 2015 consid. 2a et les arrêts cités).

- 10/15 - A/3471/2014

En l'espèce, le dossier a été complété par toutes les pièces en possession des parties. La situation actuelle ne fait pas l'objet du litige. Seules les violations constatées par l'autorité intimée en octobre 2014 sont pertinentes. L'audition des anciens employés ne permettra pas d'établir à satisfaction de droit les faits pertinents pour les motifs énoncés ci-dessous. La chambre administrative dispose des éléments nécessaires pour statuer sans donner suite à la demande d'audition de témoins présentée par la recourante.

### **E. 4**

a. L'OCIRT est l'autorité compétente chargée d'établir les documents qui reflètent les conditions de travail et prestations sociales en usage à Genève (art. 23 al. 1 LIRT).

b. Aux termes de l'art. 25 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 (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).

Le département est compétent pour contrôler le respect des usages au sein des entreprises concernées. Cette compétence est exercée par l'office, sous réserve d'un cas, non pertinent en l'espèce (art. 26 al. 1 LIRT).

Les entreprises en infraction aux usages font l'objet des sanctions prévues à l'art. 45 (art. 26A al. 1 LIRT).

c. Aux termes 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'office peut prononcer une décision de refus de délivrance de l'attestation visée à l'art. 25 pour une durée de trois mois à cinq ans. La décision est immédiatement exécutoire (let. a), une amende administrative de CHF 60'000.- au plus (let. b), l'exclusion de tous marchés publics pour une période de cinq ans au plus (let. c).

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 (art. 45 al. 2 LIRT). L'office établit et met à jour une liste des entreprises faisant l'objet d'une décision exécutoire. Cette liste est accessible au public (art. 45 al. 3 LIRT).

## **E. 5**

Les dispositions du RIRT relatives aux documents à fournir par les entreprises ont fait l'objet de modifications, entrées en vigueur le 1er juillet 2015. C'est toutefois l'art. 42 RIRT dans sa teneur en octobre 2014 (ci-après aRIRT) qui

- 11/15 - A/3471/2014 s'applique (ATA/891/2015 du 1er septembre 2015 consid. 3 et les références citées).

L'art. 42 aRIRT prévoit, notamment, que, dans le cadre du contrôle du respect des usages, l'employeur est tenu de donner l'accès à ses locaux à l'office ou à la commission paritaire compétente (al. 1). Il tient à leur disposition ou fournit à leur demande toutes pièces utiles à l'établissement du respect des usages (al. 2). Par pièces utiles, il faut entendre notamment les contrats de travail (let. c), les horaires effectifs détaillés (durée du travail, début et fin du travail, pauses, jours de congé, vacances - let. d), les attestations de salaire détaillées (let. e), les décomptes de cotisations sociales (let. f). L'office refuse de délivrer l'attestation à l'employeur qui ne fournit pas les pièces dans le délai imparti (al. 4).

## **E. 6**

Il ressort de la jurisprudence cantonale que dans un cas où, malgré un avertissement, la recourante n'a pas donné suite à différentes requêtes de l'OCIRT, se bornant à contester la violation de ses obligations en matière de paiement de salaires, de prélèvement de

cotisations ou de prises de vacances, sans établir aucunement qu'elle s'était conformée à la loi, comme elle devait pouvoir le faire en produisant les pièces probantes, la chambre de céans avait considéré que l'OCIRT était fondé à constater le non-respect des usages et à refuser de délivrer à la recourante toute attestation lui permettant de soumissionner sur des marchés publics. Eu égard à la gravité de la faute qui portait sur des éléments importants des obligations d'un employeur vis-à-vis de ses collaborateurs, la durée de ce refus, fixée à deux ans et située dans la moitié inférieure des quotités possibles, respectait le principe de la proportionnalité (ATA/175/2012 du 27 mars 2012).

Dans une situation où malgré les diverses requêtes de l'OCIRT, la recourante n'a pas modifié le salaire d'un employé ni versé le rétroactif y relatif, se bornant à contester la violation de ses obligations en la matière, sans établir qu'elle s'était conformée à la loi, comme elle aurait dû le faire en produisant les pièces probantes, l'OCIRT était fondé à refuser de délivrer à la recourante toute attestation lui permettant de soumissionner des marchés publics pendant deux ans (ATA/665/2014 du 26 août 2014).

De même dans une situation où, malgré les diverses requêtes de mise en conformité de l'OCIRT, la recourante n'avait pas modifié le salaire d'une employée, ni versé le rétroactif y relatif, n'avait pas fourni un document permettant d'établir les horaires effectifs détaillés de ses employés, malgré un avertissement indiquant expressément la nécessité d'un réel registre des horaires et la fixation d'un délai pour sa mise en place, la chambre administrative avait considéré que l'OCIRT était légitimé à prononcer un refus de soumissionner des marchés publics d'une durée de deux ans (ATA/903/2015 du 1er septembre 2015).

- 12/15 - A/3471/2014

Dans le cadre d'une société qui avait violé ses obligations en matière d'assurances sociales et n'avait pas fourni les pièces utiles, qui, de surcroît, avait déjà fait l'objet d'une sanction d'exclusion des marchés publics pour une durée de deux ans, une nouvelle sanction pour une durée de trois ans était proportionnée (ATA/722/2014 du 9 septembre 2014).

## **E. 7**

a. En l'espèce, l'OCIRT a entrepris dès août 2014 une procédure de contrôle de la recourante et a constaté diverses infractions, l'intéressée n'étant pas en mesure de produire de documents lors du contrôle dans les locaux.

La recourante ne conteste d'ailleurs pas ne pas avoir respecté ses obligations légales jusqu'au changement de direction en octobre 2014. Les demandes de l'OCIRT et son contrôle ont coïncidé, au niveau des dates, avec le changement de direction et une période où les tensions entre administrateur, directeur et actionnaires ont atteint leur apogée, jusqu'à des changements de serrure, des interdictions d'entrée dans des locaux et le licenciement avec effet immédiat du directeur.

Ces modifications au sein de la recourante et lesdites tensions ne sont pas contestées par l'autorité intimée quand bien même celle-ci relève que l'administrateur était au courant, contrairement à ce que l'intéressé a indiqué, du contrôle de l'OCIRT du 19 septembre 2014, mais avait renvoyé l'OCIRT à examiner la situation avec son directeur de l'époque, licencié peu après.

Compte tenu de ce qui précède, l'OCIRT était fondé à constater le non-respect des usages et à refuser de délivrer à la recourante toute attestation lui permettant de soumissionner des

marchés publics au moment où il a pris la décision.

b. Toutefois, en application de l'art. 68 LPA, la recourante peut valablement invoquer des faits nouveaux, produits après la décision, en l'espèce sa collaboration avec l'intimé.

Il résulte en effet du dossier que si la nouvelle direction de l'entreprise a, dans un premier temps, soutenu avoir respecté la législation applicable, alors même qu'il ressort du dossier que tel n'était pas le cas, il n'en demeure pas moins que celle-ci a tenté par la suite de collaborer, dans la mesure de ses possibilités, avec l'OCIRT et de se mettre en règle avec leurs exigences. Ainsi, les sommes encore dues aux anciens employés ont été acquittées et la très grande majorité des documents sollicités par l'OCIRT produits.

Certaines zones d'ombre persistent toutefois tels que le retard pour verser le treizième salaire de l'un des employés, dû au 31 décembre 2014 et versé fin mars 2015 seulement, l'argumentation développée en audience concernant les complications liées à l'arrêt de travail de celui-ci n'emportant pas conviction ou le

- 13/15 - A/3471/2014 remboursement aux travailleurs, en septembre 2015 seulement, de l'excès de prélèvement, jusqu'à dix fois supérieur, des primes de l'assurance maternité.

De même, aucun « registre horaire » n'a pu être produit, malgré les demandes de l'OCIRT. À juste titre, la recourante indique que compte tenu des tensions passées, de la gestion de l'ancien directeur, il ne lui est aujourd'hui plus possible de se conformer à cette exigence en reconstituant ledit registre. Si cette affirmation de l'entreprise concernée est exacte, elle implique cependant aussi que, contrairement à ce que souhaite la recourante, la chambre de céans n'entende pas les différents travailleurs précédemment employés de celle-ci tant il est vrai qu'il ne leur sera pas possible de se rappeler, près de deux ans plus tard, des heures de travail précisément effectuées, sur une durée de plusieurs mois, y compris de toute heure supplémentaire ou du respect des pauses quotidiennes. Même à les faire citer, cette condition posée par l'OCIRT ne pourra plus être satisfaite. L'audition de M. B. \_\_\_\_\_ ou de l'employée de la fiduciaire actuelle de la société ne permettra pas non plus d'établir lesdits faits.

c. La faute de la société est grave, car portant sur des obligations importantes d'un employeur vis-à-vis de ses collaborateurs. Par ailleurs, la société n'est plus à même de se conformer aux législations applicables. À ce titre, le changement de direction ne l'exonère nullement.

Il doit toutefois être tenu compte de l'attitude de la recourante qui, suite audit changement de direction, a entrepris diverses démarches pour tenter de satisfaire aux exigences de l'OCIRT, ce que les pièces prouvent, y compris la « petite audit » confiée à une fiduciaire lausannoise. La lettre de celle-ci, du 20 juillet 2015, atteste du souci de la recourante de respecter ses obligations, indépendamment des échéances judiciaires, la convocation à une audience ayant été envoyée dix jours plus tard.

Dans les circonstances à prendre en compte interviennent cependant aussi les « zones d'ombres » précitées, relatives notamment aux délais mis par la nouvelle direction pour s'acquitter des montants dus aux anciens employés.

Ces circonstances, ultérieures à la décision, doivent être prises en compte et influencer sur la quotité de la sanction.

Cette appréciation est confortée par la jurisprudence précitée qui retient comme proportionnés des refus d'une durée de deux ans dans des cas où les sociétés ne coopèrent aucunement.

En conséquence, la durée du refus doit être légèrement diminuée, de quelques mois, pour tenir compte des faits précités.

Le recours sera partiellement admis et la durée du refus réduite à quinze mois au vu de ce qui précède.

- 14/15 - A/3471/2014

#### **E. 8**

Au vu de ce qui précède, un émolument réduit de CHF 500.- sera mis à la charge de la recourante, qui succombe partiellement (art. 87 al. 1 LPA). Une indemnité réduite de CHF 500.- 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.