

GE_GERICHTE ATA/459/2021 vom 27. April 2021

GE Cour de justice, 2021-04-27, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATA_459_2021

FR: GE_GERICHTE ATA/459/2021 du 27 avril 2021

IT: GE_GERICHTE ATA/459/2021 del 27 aprile 2021

Erwägungen

E. 1

Interjetés en temps utile devant la juridiction compétente, les recours sont recevables (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) a. Selon l'art. 70 al. 1 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10), l'autorité peut, d'office ou sur requête, joindre en une même procédure des affaires qui se rapportent à une situation identique ou à une cause juridique commune.

b. En l'espèce, la présente procédure A/2811/2020 et la procédure A/4052/2020 sont dirigées contre des décisions émises par la même autorité, soit

- 13/21 - A/2811/2020 l'OCIRT, à l'égard de la même justiciable, soit A_____, et qui concernent le même complexe de faits, soit le contrôle opéré par l'OCIRT sur la conformité aux UBPC de l'activité de celle-ci.

Il se justifie ainsi de joindre les causes précitées sous le numéro A/2811/2020. 3)

À titre préalable, la recourante conclut à la suspension de l'instruction pendant la durée des négociations avec l'OCIRT, l'appel en cause de B_____, et la comparution personnelle des parties et l'audition de témoins.

a. L'instruction a été suspendue puis reprise le 16 novembre 2020, après que les négociations eurent abouti.

b. L'autorité peut ordonner, d'office ou sur requête, l'appel en cause de tiers dont la situation juridique est susceptible d'être affectée par l'issue de la procédure. La décision leur devient dans ce cas opposable (art. 71 al. 1 LPA). L'appelé en cause peut exercer les droits qui sont conférés aux parties (art. 71 al. 2 LPA). Cette disposition doit être interprétée à la lumière de celles relatives à la qualité pour recourir en procédure contentieuse.

L'institution de l'appel en cause ne doit ainsi pas permettre à des tiers d'obtenir des droits plus étendus que ceux donnés aux personnes auxquelles la qualité pour agir est reconnue (ATA/664/2012 du 2 octobre 2012 consid. 3a ; ATA/281/2012 du 8 mai 2012 consid. 7 ; ATA/623/1996 du 29 octobre 1996 consid. 2a), mais a pour but de sauvegarder le droit d'être entendu des personnes n'étant pas initialement parties à la procédure (arrêts du Tribunal fédéral 1C_134/2010 du 28 septembre 2010 consid. 4.2 ; 1C_505/2008 et 1C_507/2008 du 17 février 2009 consid. 4.2).

En l'espèce, la recourante n'expose pas en quoi les droits ou la situation juridique de B_____ pourraient être affectés par l'issue de la procédure. B_____ n'apparaît en outre pas être partie à la procédure de l'OCIRT. La demande est infondée et sera rejetée.

c. Tel qu'il est garanti par l'art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101), le droit d'être entendu comprend notamment le droit pour l'intéressée d'offrir des preuves pertinentes et d'obtenir qu'il y soit donné suite (ATF 132 II 485 consid. 3.2 ; 127 I 54 consid. 2b). Ce droit ne s'étend qu'aux éléments pertinents pour l'issue du litige et n'empêche pas le juge de renoncer à l'administration de certaines preuves et de procéder à une appréciation anticipée de ces dernières, 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 138 III 374 consid. 4.3.2 ; 131 I 153 consid. 3). En outre, il n'implique pas le droit d'être entendu oralement, ni celui d'obtenir l'audition de témoins (ATF 134 I 140 consid. 5.3 ; 130 II 425 consid. 2.1).

- 14/21 - A/2811/2020

En l'espèce, les parties ont eu l'occasion de s'exprimer à plusieurs reprises et de verser à la procédure toutes les pièces qu'elles ont jugé utiles. La recourante n'a par ailleurs pas indiqué quels témoins elle souhaitait faire entendre et sur quel sujet. Le dossier de la procédure apparaît complet, et celle-ci est en état d'être jugée. Il ne sera pas donné suite aux demandes d'actes d'instruction. 4)

L'objet du litige correspond à l'objet de la décision attaquée, qui délimite son cadre matériel admissible (ATF 142 I 155 consid. 4.4.2 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_533/2020 du 25 juin 2020 consid. 3 ; ATA/563/2020 du 9 juin 2020 consid. 2a). La contestation ne peut excéder l'objet de la décision attaquée, c'est-à-dire les prétentions ou les rapports juridiques sur lesquels l'autorité inférieure s'est prononcée ou aurait dû se prononcer. L'objet d'une procédure administrative ne peut donc pas s'étendre ou qualitativement se modifier au fil des instances. Ainsi, si un recourant est libre de contester tout ou partie de la décision attaquée, il ne peut pas prendre, dans son mémoire de recours, des conclusions qui sortent du cadre des questions traitées dans la procédure antérieure (ATA/369/2020 du 16 avril 2020 consid. 3b).

Selon la jurisprudence, le recourant doit avoir un intérêt pratique à l'admission du recours, soit que cette admission soit propre à lui procurer un avantage, de nature économique, matérielle ou idéale (ATF 138 II 162 consid. 2.1.2 ; ATA/636/2020 du 30 juin 2020 consid. 2b et l'arrêt cité). La condition de l'intérêt actuel fait défaut en particulier lorsque, notamment, la décision attaquée a été exécutée et a sorti tous ses effets (ATF 125 I 394 consid. 4 ; ATA/710/2020 du 4 août 2020 consid. 3b ; ATA/1794/2019 du 10 décembre 2019 consid. 2d).

Il est toutefois renoncé à l'exigence d'un intérêt actuel lorsque cette condition de recours fait obstacle au contrôle de la légalité d'un acte qui pourrait se reproduire en tout temps, dans des circonstances semblables, et qui, en raison de sa brève durée ou de ses effets limités dans le temps, échapperait ainsi toujours à la censure de l'autorité de recours (ATF 135 I 79 consid. 1 ; 131 II 361 consid. 1.2 ; 128 II 34 consid. 1b). 5) a. En l'espèce, le recours formé le 14 septembre 2020 visait la décision de l'OCIRT du 20 juillet 2020 et concluait à sa nullité, subsidiairement son annulation. Était également expressément visé l'émolument de CHF 100.-.

Or, le 2 novembre 2020, l'OCIRT a, par une décision en reconsidération, annulé avec effet immédiat les trois premiers chiffres du dispositif de la décision du 20 juillet 2020, indiquant expressément que la recourante pouvait à nouveau obtenir les attestations.

Le recours est ainsi devenu sans objet sur ces trois points.

- 15/21 - A/2811/2020

La recourante ne peut par ailleurs se prévaloir d'un intérêt actuel à faire, malgré son annulation, constater que la décision du 20 juillet 2020 était illégale, faute pour elle d'être soumise aux UBPC. Elle ne se trouve en effet pas dans le cas d'une décision aux effets brefs et limités dans le temps qui échapperait, en cas de répétition, au contrôle judiciaire, preuve en est le recours qu'elle a formé contre la nouvelle décision du 2 novembre 2020. Elle n'établit pas que l'application limitée dans le temps des sanctions rapportées par la nouvelle décision lui aurait causé un dommage – étant noté qu'elle qualifiait dans son recours les sanctions d'inefficaces, car elle n'était pas active dans des marchés publics.

Il sera encore observé que la recourante a signé les nouveaux UBPC et régularisé sa situation durant la procédure de recours et les négociations qu'elle a menées avec l'OCIRT, ce qui conduirait en toute hypothèse à douter de l'existence d'un intérêt pratique à faire constater qu'elle n'y serait pas soumise.

Le recours du 14 septembre 2020 est ainsi irrecevable en ce qu'il porte sur les ch. 1, 2 et 3 de la décision du 20 juillet 2020.

b. La décision sur reconsidération du 2 novembre 2020 a maintenu les points 4 (émolument de CHF 100.-) et 5 (réserve des contrôles de l'OCIRT) du dispositif de la décision attaquée du 20 juillet 2020. Ces deux points sont ainsi toujours l'objet du recours et il convient de trancher leur sort.

La décision en reconsidération du 2 novembre 2020 a été prononcée par l'OCIRT une fois que A_____ eut satisfait à la plupart des exigences dont le non-respect avait fondé la décision de sanction du 20 juillet 2020. Elle n'a pas été déclenchée par le recours, et n'a pas fait droit aux griefs de la recourante. L'OCIRT pouvait ainsi, sans commettre d'excès ni d'abus de son pouvoir d'appréciation, considérer qu'un émolument restait dû (cf. sur le même sujet mais en matière d'indemnité : ATA/425/2016 du 24 mai 2016 consid. 3).

La faculté de procéder en permanence à des contrôles résulte de la LIRT, comme il sera vu plus loin, et n'a pas à être disposée par l'OCIRT dans ses décisions. Si elle l'est malgré tout, c'est sans effet sur les droits et obligations de la recourante, qui découlent de la loi. Faute de préjudice, la conclusion en annulation du point 5 du dispositif est irrecevable.

Le recours du 14 septembre 2020 sera ainsi rejeté dans la mesure de sa recevabilité. 6)

Dans son recours du 2 décembre 2020 contre la décision en reconsidération du 2 novembre 2020, la recourante conclut tout d'abord à l'annulation du point 3 de la décision en ce qu'il maintient les points 4 et 5 du dispositif de la décision du 20 juillet 2020.

- 16/21 - A/2811/2020

Or, cette conclusion est matériellement déjà l'objet du premier recours, du 14 septembre 2020, contre la décision du 20 juillet 2020. Le même raisonnement tenu plus haut (consid. 5b) lui sera appliqué. Le présent arrêt confirme l'émolument et déclare irrecevable la conclusion sur le point de la décision portant sur le contrôle par l'OCIRT. 7)

La recourante conclut ensuite à la confirmation des points 1 et 2 de la décision du 2 novembre 2020 (levée des sanctions), et ne conteste finalement que les points 4 (frais de CHF 750.-) et 5 (émolument de CHF 100.-).

L'art. 42 al. 1 LIRT permet à l'OCIRT de percevoir des émoluments pour l'accomplissement de ses tâches légales, notamment pour la délivrance d'autorisations, dérogations, attestations, ainsi que pour ses tâches de contrôle. L'art. 66B du règlement d'application de la loi sur l'inspection et les relations du travail du 23 février 2005 (RIRT - J 1 05.01) précise que l'OCIRT peut percevoir des frais, selon un tarif horaire de CHF 150, pour les contrôles qu'il exécute dans le cadre de ses compétences, notamment lorsque des contrôles complémentaires sont nécessaires en raison de la mauvaise exécution de ses prescriptions.

En l'espèce, l'OCIRT a exposé avoir dû fournir du travail supplémentaire pour une durée de cinq heures. Compte tenu de la durée et du volume des échanges avec la recourante, des multiples refus opposés par celle-ci aux demandes d'information de l'OCIRT, les cinq heures de travail supplémentaires dont l'OCIRT réclame l'indemnisation apparaissent fondées, étant observé que la recourante n'en conteste d'ailleurs pas la quotité.

La fixation des frais de contrôle à CHF 750.- sera confirmée.

Pour les mêmes motifs qu'exposés plus haut (consid. 5b), l'émolument de CHF 100.- est fondé et sera confirmé. 8)

La recourante soutient enfin que la chambre de céans devrait quoi qu'il en soit examiner ses griefs sur le bien fondé des exigences de l'OCIRT, des sanctions prononcées par ce dernier, ainsi que sur le principe de sa compétence. Elle expose qu'elle n'était pas tenue de signer les UBPC.

a. Le but de la LIRT est de définir le rôle et les compétences respectives du département et de l'inspection paritaire des entreprises, notamment dans le domaine des conditions de travail et prestations sociales en usage à Genève (art. 1 al. 1 let. c LIRT). Les compétences du département sont en règle générale exercées par l'OCIRT, sauf exception prévue par la présente loi ou son règlement d'application (art. 2 al. 3 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, sur la base des directives émises par le conseil de surveillance (art. 23 al. 1 LIRT). Pour

- 17/21 - A/2811/2020 constater les usages, l'office se base notamment sur les conventions collectives de travail, les contrats-types de travail, les résultats de données recueillies ou d'enquêtes menées auprès des entreprises, les travaux de l'observatoire dont son calculateur des salaires ainsi que sur les statistiques disponibles en la matière (art. 23 al. 2 LIRT).

Toute entreprise soumise au respect des usages, en vertu d'une disposition légale, réglementaire ou conventionnelle, doit en principe signer auprès de l'OCIRT un engagement de respecter les usages. Celui-ci délivre à l'entreprise l'attestation correspondante, d'une durée limitée (art. 25 al. 1 LIRT). L'engagement vaut pour l'ensemble du personnel concerné et prend effet au jour de sa signature (art. 25 al. 2 LIRT). L'entreprise est réputée liée par un engagement dès l'instant où son personnel est appelé à travailler sur un marché public (art. 25 al. 3 LIRT).

En matière de marchés publics, l'art. 20 RMP dispose que pour le personnel appelé à travailler sur le territoire genevois, les soumissionnaires et les entreprises exécutantes doivent respecter les dispositions relatives à la protection sociale des travailleurs et aux conditions de travail applicables à Genève dans leur secteur d'activité (al. 1), et que l'OCIRT établit les usages en la matière, conformément à l'art. 23 LIRT. L'art. 32 al. 1 let.

b RMP dispose que ne sont prises en considération que les offres accompagnées, pour le soumissionnaire et ses sous-traitants, des attestations certifiant, pour le personnel appelé à travailler sur territoire genevois, soit que le soumissionnaire est lié par la convention collective de travail de sa branche, applicable à Genève (ch. 1), soit qu'il a signé, auprès de l'OCIRT, un engagement à respecter les usages en vigueur à Genève qui lui sont applicables, notamment en ce qui concerne les salaires minimaux, la couverture du personnel en matière de retraite, y compris retraite anticipée, de perte de gain en cas de maladie, d'assurance-accidents et d'allocations familiales, ainsi que la contribution professionnelle (ch. 2). Pour obtenir l'attestation prévue à l'al. 1, let. b, ch. 2, le soumissionnaire doit signer un engagement officiel à respecter ces usages à l'égard de son personnel appelé à travailler sur territoire genevois (art. 32 al. 2 let. b RMP).

Les UBPC reflètent les conditions minimales de travail et de prestations sociales en usage à Genève (art. I al. 1 UBPC). Ils s'appliquent à tout employeur, toute entreprise et partie d'entreprise du secteur de la boulangerie, pâtisserie et confiserie, étant précisé qu'appartiennent audit secteur tous les fabricants ou fournisseurs de tout type de pain, de produits de boulangerie (viennoiseries et boulangerie fine comprises), de chocolat et autres préparations alimentaires contenant du cacao, d'articles de confiserie et de glace alimentaire aliénés à titre onéreux et/ou fabriqués tout ou partie sous la surveillance du fabricant ou du fournisseur (art. II al. 1). Les dispositions impératives applicables à l'entreprise font partie intégrante des usages. L'employeur est tenu de respecter le droit

- 18/21 - A/2811/2020 fédéral, cantonal, les conventions collectives de travail déclarées de force obligatoire ainsi que les contrats-types de travail au sens de l'article 360a de la loi fédérale du 30 mars 1911, complétant le Code civil suisse (CO, Code des obligations - RS 220 ; art. III al. 1). L'OCIRT est compétent pour effectuer le contrôle du respect des usages, même en cas de délégation (art. V al. 1), et pour infliger les sanctions de l'art. 45 LIRT (art. VI). En présence d'une convention collective étendue en vigueur et outre les compétences de l'OCIRT, la commission paritaire est également compétente pour effectuer auprès des entreprises ses propres contrôles et infliger, cas échéant, les sanctions prévues par ladite convention (art. VIII).

b. La recourante a établi qu'elle était liée à B_____ par une convention de concession du 14 août 2012, renouvelée le 6 juillet 2018. Selon l'art. 9 de cette convention, la recourante s'engage à « recruter du personnel qualifié, à le rémunérer selon les conditions du marché (en prenant en compte les contraintes dues aux horaires irréguliers) et à respecter les dispositions prévues dans la convention collective de travail (CCT) ou dans les usages applicables » (ch. 3). B_____ peut en tout temps exiger de la recourante une attestation actualisée certifiant soit qu'elle est liée par une CCT applicable à Genève soit qu'elle a signé auprès de l'OCIRT un engagement à respecter les usages de sa profession en vigueur à Genève. Il peut également exiger en tout temps toutes explications ou pièces propres à prouver que les conditions relatives aux conditions de travail du personnel sont respectées, les contrôles des organes et autorités compétents étant réservés, et dénoncer le concessionnaire aux organes et autorités compétents en cas de violation de ces obligations (ch. 4). Le concessionnaire autorise B_____ à obtenir de la part des autorités compétentes, notamment de l'OCIRT et de toute commission paritaire compétente, toute information le concernant (ch. 12). Une peine conventionnelle peut être infligée en cas de décision prononcée par l'OCIRT en application de l'art. 45 LIRT constatant le non-respect des usages, ou en cas de refus d'une mise en conformité ou de paiement d'une peine

conventionnelle prononcées par la commission paritaire en application de la CCT, ou encore lorsque le concessionnaire qui n'est pas lié par les usages fait l'objet d'un rapport établi par l'OCIRT ou l'inspection paritaire des entreprises (IPE) constatent qu'il ne respecte pas la réglementation en matière de conditions de travail et qu'il refuse de donner suite à la demande de mise en conformité notifiée par l'OCIRT ou l'IPE (ch. 14).

Plus aucune partie ne prétend que la concession dont bénéficie la recourante lui aurait été attribuée dans le cadre d'un marché public. Selon la jurisprudence, le simple fait que la collectivité publique permette à une entreprise privée d'exercer une activité déterminée n'a pas pour conséquence de soumettre cette activité aux règles des marchés publics. En effet, dans une telle situation, la collectivité ne charge pas l'entreprise privée d'exercer une activité, pas plus qu'elle ne se procure un bien, mais se limite à ordonner ou réguler une activité privée (ATF 125 I 209

- 19/21 - A/2811/2020 consid. 6b ; arrêts du Tribunal fédéral 2C_229/2017 du 9 mars 2018 consid. 2.2 à 2.4 ; 2C_198/2012 du 16 octobre 2012 consid. 5.1.3). La vente de confiseries aux voyageurs ne constitue pas une tâche publique. La recourante n'était ainsi pas « réputée soumise », soit soumise d'office, aux UBPC selon l'art. 25 al. 3 LIRT. Si elle a souscrit aux UBPC, ce n'était par ailleurs pas en application de l'art. 32 al. 2 let. b RMP.

Selon la convention de concession, la recourante avait le choix d'établir qu'elle était liée par la CCT « ou » par les UBPC, s'agissant de s'assurer des conditions de travail minimales de tout son personnel.

Or, la recourante était soumise à la CCT et elle a par ailleurs souscrit aux UBPC en 2017.

Elle affirme certes que c'était parce que la CCT ne couvrait alors pas tout son personnel. La mise à jour de la CCT en 2019 ne peut cependant, comme le soutient la recourante, avoir eu pour effet de rendre caduque sa soumission volontaire aux UBPC de 2017. La recourante ne soutient pas que la caducité résulterait d'une disposition expresse de la CCT, de la convention de concession ou de la loi, ni qu'elle aurait révoqué sa soumission. Elle a simplement opposé à l'OCIRT son incompetence lorsque celui-ci a procédé à des contrôles.

S'agissant enfin du contenu matériel de la protection, soit des conditions minimales de travail, l'OCIRT ne reprochait à la recourante rien de plus que la violation des standards de la CCT (et de la LTr), auxquels renvoyaient les UBPC.

Il résulte de ce qui précède que l'OCIRT avait la compétence de procéder aux contrôles en raison de la soumission de la recourante aux UBPC, et de prononcer des sanctions. Vu la nature et l'ampleur des infractions constatées, celles-ci n'apparaissent ni infondées dans leur principe ni disproportionnées dans leur nature et leur quotité.

Il sera encore observé que les UBPC (art. VIII) comme la LIRT (art. 26) paraissent réserver des compétences concurrentes à l'OCIRT et à l'inspection paritaire. Enfin, la convention de concession réserve l'établissement par l'OCIRT ou l'inspection paritaire de rapports établis au sujet de concessionnaires qui ne sont pas liés par les usages (art. 9 ch. 14). La recourante ne saurait ainsi être suivie lorsqu'elle soutient que la compétence de l'inspection paritaire en application de la CCT exclurait celle de l'OCIRT.

c. La recourante a qualifié la sanction initiale d'inefficace car elle n'était pas active dans les marchés publics. Or, comme cela vient d'être confirmé, son obligation de se conformer aux conditions applicables à ses employés n'est pas liée à une activité exercée à la suite d'une adjudication mais aux obligations légales applicables à tout employeur du secteur concerné.

Elle a finalement donné

- 20/21 - A/2811/2020 suite à la plupart des exigences énoncées par l'OCIRT, s'est mise en conformité avec des exigences découlant de la CCT et a souscrit à nouveau aux UBPC. Elle a négocié avec l'OCIRT un retrait de la sanction. Elle n'établit pas qu'elle aurait agi ainsi sous la contrainte.

Les griefs seront écartés. 9)

Vu l'issue du recours, un émolument de CHF 1'000.- sera mis à la charge de la recourante qui succombe (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.