

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

**POUVOIR JUDICIAIRE**

**A/2917/2015-EXPLOI**

**ATA/647/2016**

**COUR DE JUSTICE**

**Chambre administrative**

**Arrêt du 26 juillet 2016**

**1<sup>ère</sup> section**

dans la cause

**A \_\_\_\_\_ GmbH**

représentée par Me Yvan Jeanneret, avocat

contre

**OFFICE CANTONAL DE L'INSPECTION ET DES RELATIONS DU TRAVAIL**

---

## EN FAIT

1. A\_\_\_\_\_ GmbH (ci-après : A\_\_\_\_\_ ) est une société à responsabilité limitée sise à Zurich, dont le but consiste en la vente de cartes téléphoniques à des grossistes et en le conseil dans le domaine des services de télécommunications ; elle peut effectuer tous actes qui se rapportent directement ou indirectement à son but.
2. À partir de mai 2013, l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail (ci-après : OCIRT ou l'office) a entrepris le contrôle des relations de travail dans le secteur du commerce de détail, principalement des petits commerces.
3. À la suite d'une plainte du 24 juin 2014 d'un syndicat concernant la situation des employés de A\_\_\_\_\_, l'OCIRT a, par lettre du 26 août 2014, demandé à celle-ci de lui faire parvenir les documents et renseignements nécessaires à un contrôle des conditions de travail en son sein, avec délai au 15 septembre 2014 au plus tard.
4. Le 14 octobre 2015, après une prolongation de ce délai, A\_\_\_\_\_ a adressé des documents à l'OCIRT, et, le 12 novembre 2014, elle lui en a adressé d'autres à la demande de l'office formulée le 27 octobre 2014.
5. L'OCIRT a contrôlé les salaires versés en lien avec les mois travaillés de quatre-vingt employés/promoteurs de A\_\_\_\_\_ entre le 1<sup>er</sup> février 2013 et le 30 septembre 2014. Il a, dans une liste, récapitulé les rattrapages salariaux pour quatre-vingt employés pour une somme totale de CHF 329'120.62.
6. Par courrier adressé le 1<sup>er</sup> décembre 2014 à B\_\_\_\_\_ AG, mandataire de A\_\_\_\_\_, l'OCIRT a constaté que cette dernière ne respectait pas les salaires impératifs prévus dans le contrat-type de travail du commerce de détail du 22 janvier 2013 (CTT-CD - J 1 50.17), en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> février 2013, modifié le 26 novembre 2013 et abrogé avec effet au 1<sup>er</sup> octobre 2014, à l'égard de l'ensemble des employés de vente soumis audit contrat-type. En effet, dès l'embauche, les salaires contractuels étaient en infraction au CTT-CD ; A\_\_\_\_\_ payait un salaire brut mensuel de CHF 2'800.-, respectivement CHF 3'000.- pour un poste de promoteur à plein temps, soit à 42,5 h hebdomadaires ; or le salaire minimum impératif pour la catégorie la plus basse (employé sans CFC, moins de cinq ans de pratique dans la vente) s'élevait à CHF 3'740.- brut en 2013 respectivement CHF 3'820.- brut par mois en 2014, ceci pour une durée de travail de 42 h hebdomadaires. De plus, A\_\_\_\_\_ opérait des réductions salariales au motif d'absences injustifiées, représentant souvent des montants importants en proportion du salaire de base ; or aucun document transmis n'étayait les allégations d'absences injustifiées. Par ailleurs, les jours

d'absence pour cause de maladie ou accident n'étaient pas rémunérés, mais étaient en règle générale rattrapés par du travail effectué le samedi. À cet égard, le montant forfaitaire pour le travail du samedi était inférieur au montant déduit pour une journée d'absence, la journée de travail de 7 h n'étant pas démontrée. Enfin, les documents relatifs aux présences et absences journalières ne précisaient pas le début et la fin de l'activité journalière ni les pauses, de sorte que ces documents n'étaient pas conformes aux art. 46 de la loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce du 13 mars 1964 (LTr - RS 822.11) et 73 de son ordonnance 1 relative à la loi sur le travail du 10 mai 2000 (OLT 1 - RS 822.111).

L'OCIRT demandait à A\_\_\_\_\_ de corriger les salaires des employés concernés avec effet rétroactif, à savoir de verser la différence pour atteindre le salaire minimum de CHF 3'784.52 mensuel brut (salaire minimum pour 42,5 h hebdomadaires) pour la période allant du 1<sup>er</sup> février 2013 au 31 décembre 2013, et de CHF 3'865.48 mensuel brut (salaire minimum pour 42,5 h hebdomadaires) pour la période du 1<sup>er</sup> janvier au 30 septembre 2014. Il demandait à l'entreprise de lui faire parvenir les justificatifs permettant d'établir qu'elle avait procédé à la mise en conformité demandée, avec délai au 9 janvier 2015 au plus tard, délai dans lequel celle-ci pouvait également lui faire parvenir ses observations écrites.

Il rendait A\_\_\_\_\_ attentive au fait que, si elle procédait aux rattrapages salariaux demandés, il pouvait réduire, voire renoncer, à l'amende administrative de CHF 5'000.- au plus par infraction prévue par l'art. 9 al. 2 let. c de la loi fédérale sur les conditions minimales de travail et de salaire applicables aux travailleurs détachés en Suisse et sur les mesures d'accompagnement du 8 octobre 1999 (LDét - RS 823.20), et que, si elle faisait obstacle au contrôle, elle était passible de la contravention pénale prévue à l'art. 12 al. 1 let. a LDét.

7. Par lettre de sa mandataire du 19 décembre 2014, A\_\_\_\_\_ a contesté avoir été avisée et au courant de l'application dans le canton de Genève, depuis le 1<sup>er</sup> février 2013, du CTT-CD.
8. Par courrier du 6 janvier 2015, l'OCIRT lui a répondu qu'elle avait été valablement informée des dispositions légales applicables à son domaine d'activité et qu'elle ne pouvait ainsi pas se prévaloir d'une prétendue méconnaissance des salaires minimaux impératifs pour ne pas réparer les infractions commises.

En effet, s'il était exact que le CTT-CD n'avait pas été notifié aux entreprises concernées de manière individuelle, il avait néanmoins fait l'objet de publications dans les éditions de la Feuille d'avis officielle de la République et canton de Genève (ci-après : FAO) des 21 décembre 2012, 25 janvier 2013, 3 décembre 2013 et 17 janvier 2014.

Depuis de nombreuses années, le secteur du commerce de détail était régi par une convention collective de secteur (ci-après : CCT-CD), laquelle avait, suivant les périodes, été étendue. Après une interruption du 1<sup>er</sup> février 2013 au 30 septembre 2014, ladite convention collective avait à nouveau fait l'objet d'une décision d'extension et était à nouveau applicable au domaine d'activité de A\_\_\_\_\_.

A\_\_\_\_\_ ne pouvait pas nier connaître ces différents dispositifs légaux, après avoir été plusieurs fois condamnée par le Tribunal des prud'hommes du canton de Genève (ci-après : TPH), lequel avait toujours considéré que la CCT-CD étendue était applicable aux promoteurs ; dans la mesure où le CTT-CD avait repris l'intégralité du champ d'application de ladite CCT-CD, il était également applicable au personnel de vente au détail.

A\_\_\_\_\_ était priée de corriger les salaires des employés concernés avec effet rétroactif, à savoir de verser la différence pour atteindre le salaire minimum tel qu'énoncé dans le courrier de l'OCIRT du 1<sup>er</sup> décembre 2014, d'ici au 3 février 2015 au plus tard, étant en outre rappelé le fait que la société était passible d'une amende administrative tel que déjà mentionné dans ce dernier courrier.

9. Par lettre d'un avocat zurichois du 3 février 2015, A\_\_\_\_\_ a fait part à l'OCIRT de ce que ses employés n'avaient pas vendu des cartes SIM sur des stands, leur tâche consistant à trouver des grossistes désirant revendre de telles cartes ; ils étaient ainsi actifs dans la recherche de magasins et non dans la vente au détail des cartes SIM. Elle avait besoin d'autorisations de travail pour les étrangers, et aucun fonctionnaire de l'office cantonal de la population et des migrations (ci-après : OCPM) ne l'avait informée de ce que les contrats ne respectaient pas les lois cantonales. Dès lors, elle n'avait pas l'obligation de changer les contrats.
10. Par courrier de son conseil genevois nouvellement constitué du 20 février 2015, A\_\_\_\_\_ s'est à nouveau opposée formellement à la demande de mise en conformité du 1<sup>er</sup> décembre 2014.

Les promoteurs n'étaient aucunement des vendeurs du commerce de détail. En effet, ils effectuaient la distribution de prospectus et flyers auprès des détaillants et du public pour la promotion de la marque C\_\_\_\_\_, la mise à jour permanente des posters et autres affiches de ladite marque auprès des revendeurs et détaillants de celle-ci, principalement des kiosques et agences de transfert d'argent, le « branding », soit l'habillage des vitrines des revendeurs C\_\_\_\_\_ au moyen d'adhésifs publicitaires, enfin la distribution promotionnelle de cartes SIM au public, soit dans l'espace public, soit à l'occasion d'un stand monté auprès de l'un ou l'autre commerce genevois, ces cartes étant offertes au public et leur valeur intrinsèque étant nulle, dès lors qu'aucun crédit prépayé n'était offert à

cette occasion, le consommateur ayant toute la liberté de recharger sa carte ultérieurement s'il souhaitait en faire usage.

Pour prouver sa bonne foi, A\_\_\_\_\_ souhaitait vivement pouvoir rencontrer les inspecteurs du travail de l'OCIRT et leur exposer plus en détail son fonctionnement et ses activités sur le territoire genevois.

11. Par décision du 2 juillet 2015, notifiée le lendemain, l'OCIRT a prononcé à l'encontre de A\_\_\_\_\_ une amende de CHF 5'000.-, fondée sur l'art. 9 al. 2 let. c LDét, fixé l'émolument de sanction à CHF 100.-, réservé une décision fondée sur l'art. 12 LDét et réservé les actions civiles des travailleurs concernés.

Lors du contrôle portant sur les mois de février 2013 à septembre 2014, il avait constaté que l'entreprise ne respectait pas les salaires minimaux prévus à l'art. 2 CTT-CD pour septante-neuf de ses promoteurs, soit la totalité des employés soumis au CTT-CD, entre le 1<sup>er</sup> février 2013 et le 30 septembre 2014. La différence de salaire constatée était de CHF 984.50 par travailleur et par mois en 2013 et de CHF 865.50 par travailleur et par mois en 2014, le rattrapage salarial total s'élevant donc à CHF 329'120.-. Par rapport au salaire obligatoire, la sous-enchère salariale pratiquée par la société était par conséquent particulièrement importante.

12. Par acte déposé le 1<sup>er</sup> septembre 2015 au greffe de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative), A\_\_\_\_\_ a formé recours contre cette décision, concluant préalablement à ce que ladite chambre constate qu'elle n'était pas soumise au CTT-CD, annule ladite décision, déboute l'intimé de tout autre ou contraire conclusion et le condamne en tous les « frais et dépens » de la procédure.

D'une part les promoteurs n'exerçaient pas le métier de vendeur et ne concluaient aucun contrat de vente avec le public qu'ils rencontraient et renseignaient. D'autre part, ces activités de promotion avaient lieu dans des lieux extrêmement divers, A\_\_\_\_\_ ne possédant aucun bâtiment ni aucun magasin ou local où elle exerçait ses activités, alors que la vente de détail supposait qu'elle soit effectuée, selon la définition de la convention collective neuchâteloise du commerce de détail, dans des magasins ou locaux sur rue ou à l'étage ou, selon ce qui était exigé par le droit fédéral, dans un bâtiment.

Il était exact que la recourante n'avait pas remis en cause le jugement du TPH du 8 novembre 2013 (JTPH/373/2013), à teneur duquel l'employée, promotrice, vendait des cartes SIM A\_\_\_\_\_ sur des stands situés à Genève et bénéficiait par conséquent de la CTT-CD dans sa version 2011, ce pour des raisons d'économie de procédure. Ce jugement ne faisait pas pour autant autorité en la matière, non seulement car il se rapportait à la CCT-CD 2011 et non au CTT-CD, mais surtout car il reposait sur une constatation de faits erronés, à savoir

que la promotrice en question faisait de la vente de cartes SIM, ce qui n'était pas le cas. Concernant l'autre catégorie de ses employés que les promoteurs, à savoir les employés marketing, un jugement du TPH du 5 novembre 2013 (JTPH/367/2013) avait considéré que la tâche d'un employé engagé en qualité de marketing consistait à trouver des grossistes désirant revendre des cartes SIM A\_\_\_\_\_ et que le projet de certificat de travail déposé en audience indiquait que celui-ci était actif dans la recherche de grossistes et non dans la vente au détail de cartes SIM de sorte que la CCT-CD n'était pas applicable au cas d'espèce.

13. Dans sa réponse du 5 octobre 2015, l'OCIRT a conclu, « avec suite de frais et dépens », au rejet du recours de A\_\_\_\_\_ et à la confirmation de la décision attaquée.

Les demandes de permis de travail pour des travailleurs en provenance de l'étranger déposées par la recourante n'avaient pas toutes reçu une réponse positive de l'OCIRT, faute d'un salaire respectant le salaire minimum impératif, ce que montraient les lettres qu'il avait adressées à A\_\_\_\_\_ en 2009 suite aux demandes de celle-ci pour des autorisations de séjour pour des « représentants/vendeurs ». Par ailleurs, dans une demande du 25 janvier 2012, soit une période où les conditions de travail pour les entreprises non signataires de la CCT-CD n'étaient régies par aucun dispositif légal ou réglementaire impératif, la société avait demandé une autorisation de séjour pour prise d'emploi d'un employé « promoteur de vente » alors que, pour le même travailleur, le 20 mai 2014, soit en période d'application du CTT-CD, elle avait qualifié celui-ci de « promoteur », induisant ainsi en erreur les autorités et contournant l'examen des permis de travail afin de pouvoir appliquer les salaires à sa guise. En effet, les membres de la commission tripartite ne pouvaient pas connaître toutes les entreprises dont le siège était situé dans un autre canton, pas plus que leur domaine d'activité. De plus, le nom de la société A\_\_\_\_\_ ne faisait pas nécessairement penser au service C\_\_\_\_\_ et la confusion entre les branches d'activité et les métiers était garantie lorsque la fonction « promoteur » dans le domaine de la télécommunication était indiquée. Par conséquent, la recourante ne pouvait pas, sans faire preuve d'une mauvaise foi crasse, se prévaloir d'un permis de travail pour justifier la non-application des salaires minimaux prévus par le CTT-CD.

14. Par courriers des 29 octobre et 18 décembre 2015, A\_\_\_\_\_ a sollicité l'audition de témoins.

15. Il ressort ce qui suit de l'instruction de la cause.

a. À teneur de la clause III.A de deux contrats de travail conclus entre A\_\_\_\_\_ et des employeurs promoteurs les 20 juin 2012 et 2 septembre 2013, et produit par l'intimée avec sa réponse, « les tâches confiées à l'Employé [étaient] notamment la promotion et la vente des produits A\_\_\_\_\_ et C\_\_\_\_\_ ». La

version du 2 septembre 2013 faisait suite à une modification d'avril 2013 et a été modifiée en 2014, sur des points non précisés.

Selon la clause IV.A.a du contrat du 20 juin 2012, « le salaire brut de l'Employé [s'élevait] à 2'800 CHF, payable 12 fois l'an. Une commission de Frs. 3 par carte SIM [était] attribuée si l'employé(e) [avait] atteint le quota de vente fixé à 300 cartes SIM par mois ». En vertu de la même clause du contrat du 2 septembre 2013, « le salaire brut de l'Employé [s'élevait] à 2'800 CHF, payable 12 fois l'an. Une commission de 0 à 50 SIM 00.00 Fr Bonus, 50 à 100 SIM 1.00 Fr Bonus, 100 à 200 SIM 1.50 Fr. Bonus, 200 à 300 SIM 2.50 Fr Bonus, plus de 300 SIM 3.50 Fr Bonus ».

b. Une audience de comparution personnelle et d'enquêtes s'est tenue le 8 mars 2016 devant le juge délégué. Les déclarations, en parties évasives, de M. D\_\_\_\_\_, témoin, qui était le gérant de A\_\_\_\_\_ de mai 2013 à octobre 2015, ne seront pas retenues, alors que celles, précises, du nouveau gérant, M. E\_\_\_\_\_, domicilié à Zurich, qui correspondent pour l'essentiel aux témoignages de Mme F\_\_\_\_\_ et M. G\_\_\_\_\_, respectivement promotrice à Genève et employé aux ressources humaines au siège de la recourante à Zurich, le seront.

Il y avait trois types d'employés de A\_\_\_\_\_ : les employés de bureau, les employés marketing et les employés promoteurs. A\_\_\_\_\_ et la société anonyme C\_\_\_\_\_ AG (ci-après : C\_\_\_\_\_) avaient le même propriétaire et le même gérant respectivement administrateur unique. Les employés de C\_\_\_\_\_ étaient sous contrat de travail de A\_\_\_\_\_.

Les employés marketing de A\_\_\_\_\_ remettaient des cartes SIM aux propriétaires des magasins, en quantité nécessaire.

Dans le cadre de la promotion des produits C\_\_\_\_\_, les promoteurs commençaient le matin leur travail au bureau de A\_\_\_\_\_ à Genève et étaient envoyés par celui-ci dans les magasins où il y avait des posters et, dans la plupart des cas, un stand C\_\_\_\_\_. Ils conseillaient et expliquaient aux clients qui venaient en quoi consistaient les produits C\_\_\_\_\_, les offres et abonnements ainsi que le fonctionnement. Ils ne remettaient pas des objets contre un paiement ni n'encaissaient rien eux-mêmes. Ils ne distribuaient que des cartes SIM et les prospectus, étant précisé qu'ils n'avaient pas sur eux-mêmes de cartes SIM, mais ils les demandaient aux propriétaires du magasin une fois arrivés. S'ils distribuaient une carte SIM, ils devaient enregistrer sur place le client avec sa carte d'identité ou son passeport et activaient ladite carte (au moyen d'une tablette informatique connectée sur internet, voire de leur téléphone portable), et notaient sur un « formulaire d'inscription » – le contrat – ses références, c'est-à-dire nom, prénom, adresse, date de naissance, numéro de la pièce d'identité et signature du client. Sans enregistrement des données des clients, les cartes SIM ne pouvaient pas fonctionner. En 2013 et 2014, les cartes SIM avaient toujours un crédit de

CHF 5.- ou 10.- lorsqu'elles étaient remises par les promoteurs, mais malgré ces crédits, ces cartes étaient toujours remises gratuitement. Il arrivait aussi que le propriétaire du magasin vende la carte SIM pour CHF 1.- ou 2.- sans l'intervention du promoteur. Depuis le deuxième semestre 2014 environ, les promoteurs n'avaient le droit d'activer que des cartes SIM où il n'y avait aucun crédit, alors que le propriétaire du magasin pouvait le faire jusqu'à CHF 10.-. Le client pouvait tout de suite ou plus tard aller acheter une recharge pour pouvoir effectuer des appels avec la carte SIM, la réception d'appel étant quant à elle d'emblée possible même sans crédit. Il arrivait aussi que des clients de C\_\_\_\_\_ ayant déjà une carte SIM rechargée demandaient aux promoteurs de l'aide pour activer de nouvelles offres, notamment par les paramètres d'activation par rapport à l'internet C\_\_\_\_\_. Le soir, les promoteurs revenaient au bureau pour signer une feuille selon laquelle ils étaient présents et remettre les contrats signés par les clients.

En plus du salaire mensuel fixe, les promoteurs recevaient une commission ou bonus lorsque le client auquel ils avaient fait signer eux-mêmes le contrat rechargeait la première fois sa carte SIM, dont le montant était le même quel que soit celui de la recharge. Il s'agissait d'une gratification pour l'activation des cartes SIM ; si c'était le promoteur qui l'avait effectuée, c'était lui qui recevait le bonus et si c'était le propriétaire du magasin, c'était lui qui le recevait. Le bonus de Mme F\_\_\_\_\_ pouvait se monter suivant les mois notamment à environ CHF 400.- ou CHF 500.-.

c. Lors de l'audience, A\_\_\_\_\_ a produit deux cahiers des charges établis par « l'Institut suisse de santé au travail », l'un concernant la fonction de « commercial (marketing) », l'autre concernant celle de « promoteur » à Genève. À teneur de ce dernier, la « distribution de brochures au stand de promotion » représentait 20 % du temps, l'« explication des offres et conseils aux clients » 50 %, le poste « pourvoir les clients intéressés d'une carte SIM non chargée » - y compris en « [expliquant] la procédure de chargement de la carte SIM » et en « [demandant] un document d'identité au client et relevant les champs demandés (nom, prénom, numéro de carte, etc.) » - 20 %, enfin le poste « faire des comptes rendus au responsable de l'agence locale » 10 %.

d. À la demande du juge délégué de produire un exemple de certificat de travail d'un promoteur établi durant la période de février 2013 à septembre 2014, la recourante a versé à la procédure le 22 mars 2016 un certificat de travail – caviardé – certifiant qu'un homme avait été employé au sein de A\_\_\_\_\_ du 26 avril 2012 au 28 février 2014 « en fonction de représentant des ventes à notre bureau de Genève ».

A\_\_\_\_\_ a également produit à cette même date, et à la demande du juge délégué, un « formulaire d'inscription » qu'un promoteur avait fait signer le 1<sup>er</sup> mars 2016 à un client. Ce dernier y « [acceptait] les conditions générales de



vente de C\_\_\_\_\_ AG » et, en bas, sous « ID Vendeur », étaient inscrits des chiffres suivis d'un nom, à côté desquels figurait la signature dudit « vendeur » sur le tampon du kiosque.

16. Dans ses observations après enquêtes du 25 avril 2016, A\_\_\_\_\_ a persisté dans les conclusions de son recours.
17. Dans ses observations après enquêtes du même jour, l'OCIRT en a fait de même et a produit en annexe de nouvelles pièces, dont les conditions générales de C\_\_\_\_\_ au 12 avril 2016 selon son site internet.
18. Par écrit du 2 mai 2016, la recourante a spontanément répliqué en lien avec les nouveaux arguments et nouvelles pièces de l'intimé.

Notamment le certificat caviardé qu'elle avait produit le 22 mars 2016 était destiné à un homme qui exerçait la fonction de « Branding Staff », soit celle d'un habilleur de vitrines commerciales. Au besoin, l'audition de cet homme était demandée.

19. Par lettre du 11 mai 2016, la chambre administrative a informé les parties de ce que la cause était gardée à juger.
20. Pour le reste, les arguments des parties 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. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05 ; art. 62 al. 1 let. a et 63 al. 1 let. b de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).
2. Tout d'abord, sous l'angle du droit d'être entendu garanti par les art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101) et 41 LPA, il n'est pas donné suite à la demande de l'intimé formulée lors de l'audience du 8 mars 2016 et tendant à l'audition du président de la commission paritaire du commerce de détail et, éventuellement, d'une collaboratrice du syndicat, qui aurait reçu de nombreuses plaintes d'employés de la recourante, ce pour les motifs qui suivent et compte tenu du caractère complet du dossier.
3. a. Vu la requête du 23 novembre 2012 du Conseil de surveillance du marché de l'emploi (ci-après : CSME) agissant en tant que commission tripartite cantonale au sens de l'art. 360b al. 1 de la loi fédérale complétant le Code civil suisse du 30 mars 1911 (Livre cinquième : Droit des obligations - CO - RS 220) constatant dans le secteur du commerce de détail une sous-enchère abusive et

répétée au sens des art. 360a al. 1 et 360b al. 3 CO et l'absence de convention collective dès le 1<sup>er</sup> février 2013, la Chambre des relations collectives de travail (ci-après : CRCT) a adopté le 22 janvier 2013 le CTT-CD, en vigueur du 1<sup>er</sup> février 2013 au 30 septembre 2014.

Aux termes de l'art. 1 CTT-CD, sont considérés comme travailleurs du commerce de détail au sens du présent contrat-type les travailleuses et travailleurs (ci-après : travailleurs) occupés, dans les entreprises actives dans le commerce de détail dans le canton de Genève, en qualité de personnel de vente et exerçant leur activité principale sur le lieu de vente, à savoir : a) le personnel de vente fixe à plein temps ; b) le personnel de vente fixe à temps partiel ; c) les apprentis ; d) le personnel de vente temporaire (toute personne engagée par un contrat de durée déterminée qui n'excède pas quatre mois dans l'année, soit 120 jours, quel que soit le taux d'activité, la date d'entrée en vigueur du premier contrat faisant foi ; al. 1) ; le présent contrat-type ne s'applique pas aux pharmaciens diplômés ni aux préparateurs en pharmacie (al. 2) ; le présent contrat-type ne s'applique pas non plus aux travailleurs soumis à une convention collective de travail étendue au secteur d'activité – les trois derniers mots ayant été ajoutés au 1<sup>er</sup> janvier 2014 – (al. 3) ; sont également exclus du champ d'application : a) la vente par correspondance ; b) la réparation d'articles personnels et domestiques ; c) la réparation de vélos ; d) la réparation et la retouche d'articles d'habillement ; e) la réparation d'articles optiques et photographiques non professionnels ; f) la copie de clés ; g) la réparation de téléphones portables ; h) l'accordage de pianos ; i) les services « minute » y compris d'impression sur des articles en textile ; j) l'entretien et la réparation d'appareils ménagers non électriques (al. 4).

L'art. 2 al. 1 CTT-CD dans sa version en vigueur jusqu'au 31 décembre 2013 a énoncé une liste des salaires minimaux annuels bruts pour une durée de travail hebdomadaire de 42 heures, pour le personnel fixe, le salaire annuel le plus bas étant celui d'un employé sans CFC, de CHF 44'880.-, qui correspond à CHF 3'740.- par mois et à CHF 3'784.50 par mois pour 42,5 heures hebdomadaires de travail.

En vertu de l'art. 2 al. 1 CTT-CD dans sa version en vigueur du 1<sup>er</sup> janvier au 30 septembre 2014, le personnel de vente et les apprentis perçoivent un salaire minimum brut qui peut être versé en douze ou treize mensualités ; pour une durée de travail hebdomadaire de 42 heures, le salaire minimal est, concernant le personnel fixe – et selon une liste –, de CHF 3'820.- pour un employé sans CFC s'il est versé douze fois par an. Cela correspond à un salaire mensuel brut de CHF 3'865.50 pour 42,5 h hebdomadaires.

Selon l'al. 4, respectivement 3 de ce même article, ces salaires minimaux ont un caractère impératif au sens de l'article 360a CO.

À teneur de l'art. 3 CTT-CD, l'OCIRT est l'organe de surveillance (al. 1) ; il est chargé notamment de contrôler le respect des salaires minimaux, les conditions de travail des jeunes gens et des personnes en formation (al. 2).

b. Aux termes de l'art. 9 al. 2 let. c LDét, l'autorité cantonale visée à l'art. 7 al. 1 let. d LDét peut, en cas d'infraction aux dispositions relatives au salaire minimal d'un contrat-type de travail au sens l'art. 360a CO par l'employeur qui engage des travailleurs en Suisse, prononcer une sanction administrative prévoyant le paiement d'un montant de CHF 5'000.- au plus ; l'art. 7 de la loi fédérale sur le droit pénal administratif du 22 mars 1974 (DPA - RS 313.0) est applicable.

L'art. 9 al. 2 let. d LDét permet à ladite autorité de mettre tout ou partie des frais du contrôle à la charge de l'entreprise ou de la personne fautive.

c. Conformément à son art. 1 al. 2, la loi sur l'inspection et les relations du travail du 12 mars 2004 (LIRT - J 1 05) précise la mise en œuvre, dans le canton de Genève, de la LDét.

En vertu de l'art. 35 LIRT, l'OCIRT est l'autorité compétente au sens de l'art. 7 al. 1 let. d LDét (al. 1) ; le prononcé des sanctions et mesures administratives prévues par l'article 9 de la LDét est du ressort de l'office (al. 3).

4. a. Ni la LDét, ni le message du Conseil fédéral du 23 juin 1999 relatif à l'approbation des accords sectoriels entre la Suisse et la CE (FF 1999 p. 5440 ss, spéc. 5696 ss) ne contiennent des précisions concernant les principes afférents au principe du prononcé de l'amende administrative et à sa quotité selon l'art. 9 al. 2 let. c LDét.

Cela étant, il n'y a aucun motif de s'écarter des règles générales en la matière (ATA/126/2016 du 9 février 2016 consid. 6a ; ATA/1305/2015 du 8 décembre 2015 consid. 12a).

b. Les amendes administratives prévues par les législations cantonales sont de nature pénale, car aucun critère ne permet de les distinguer clairement des contraventions pour lesquelles la compétence administrative de première instance peut au demeurant aussi exister. C'est dire que la quotité de la sanction administrative doit être fixée en tenant compte des principes généraux régissant le droit pénal (ATA/126/2016 précité consid. 6b ; ATA/1305/2015 précité consid. 12b).

Il est ainsi nécessaire que le contrevenant ait commis une faute, fût-ce sous la forme d'une simple négligence (ATA/516/2016 du 14 juin 2016 consid. 6 ; Ulrich HÄFELIN/Georg MÜLLER/Felix UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2016, n. 1493). Selon la jurisprudence constante, l'administration doit faire preuve de sévérité afin d'assurer le respect de la loi et

jouit d'un large pouvoir d'appréciation pour infliger une amende (ATA/516/2016 précité consid. 6 ; ATA/74/2013 du 6 février 2013 et les arrêts cités). La chambre de céans ne le censure qu'en cas d'excès ou d'abus (ATA/160/2009 du 31 mars 2009). Enfin, l'amende doit respecter le principe de la proportionnalité (art. 36 al. 3 d Cst. ; ATA/61/2014 du 4 février 2014 ; ATA/74/2013 précité et les arrêts cités).

L'autorité qui prononce une mesure administrative ayant le caractère d'une sanction doit également faire application des règles contenues aux art. 47 ss du code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP - RS 311.0 ; principes applicables à la fixation de la peine), soit tenir compte de la culpabilité de l'auteur et prendre en considération, notamment, les antécédents et la situation personnelle de ce dernier (art. 47 al. 1 CP). La culpabilité est déterminée par la gravité de la lésion ou de la mise en danger du bien juridique concerné, par le caractère répréhensible de l'acte, par les motivations et les buts de l'auteur, et par la mesure dans laquelle celui-ci aurait pu éviter la mise en danger ou la lésion, compte tenu de sa situation personnelle et des circonstances extérieures (art. 47 al. 2 CP ; ATA/126/2016 précité consid. 6b ; ATA/1305/2015 précité consid. 12b).

5. a. Ni la LDét, ni la LIRT ou la LPA ne contiennent de disposition réglant la question de la prescription. Il s'agit d'une lacune proprement dite, dès lors que le législateur s'est abstenu de régler un point qu'il aurait dû fixer et qu'aucune solution ne se dégage du texte ou de l'interprétation de la loi, laquelle doit être comblée par le juge. Il y a lieu de faire application, par analogie, de l'art. 109 CP (ATA/913/2015 du 8 septembre 2015 consid. 4, à tout le moins par analogie).

Pour les contraventions, l'art. 109 CP prévoit que l'action pénale et la peine se prescrivent par trois ans.

Selon l'art. 98 CP, la prescription court, alternativement, dès le jour où l'auteur a exercé son activité coupable, dès le jour du dernier acte si cette activité s'est exercée à plusieurs reprises ou encore dès le jour où les agissements coupables ont cessé s'ils ont eu une certaine durée.

En vertu de l'art. 97 al. 3 CP, elle ne court plus si, avant son échéance, un jugement de première instance a été rendu.

La prescription est une question de droit matériel qu'il y a lieu d'examiner d'office lorsqu'elle joue en faveur de l'administré (ATF 138 II 169 consid. 3.2 ; ATA/913/2015 précité consid. 4).

- b. En l'occurrence, les infractions reprochées à la recourante, consistant en des versements inférieurs aux salaires minimaux à des travailleurs durant plusieurs mois, du 1<sup>er</sup> février 2013 au 30 septembre 2014, doivent être considérés comme ayant cessé le 1<sup>er</sup> octobre 2014.

Le présent arrêt étant rendu moins de trois ans après cette date, il n'y a en tout état de cause pas prescription.

6. La question présentement litigieuse est en premier lieu et pour l'essentiel celle de savoir si le CCT-CD s'appliquait, du 1<sup>er</sup> février 2013 au 30 septembre 2014, aux employés promoteurs de la recourante, en d'autres termes si ces derniers étaient occupés, dans une entreprise active dans le commerce de détail dans le canton de Genève, en qualité de personnel de vente et exerçant leur activité principale sur le lieu de vente.
7. a. D'après la recourante, la notion de commerce de détail renferme nécessairement deux composantes : celle d'une vente à un consommateur final, ainsi que celle d'un lieu défini où s'exerce cette vente.

À l'appui de cette assertion, elle se fonde sur l'art. 2 al. 1 2<sup>ème</sup> phr. de la convention collective de travail neuchâteloise du commerce de détail, qui entend par commerce de détail, tous les magasins ou locaux sur rue ou à l'étage, munis ou non de vitrines, accessibles à la clientèle, qu'une entreprise commerciale ou artisanale utilise, même occasionnellement ou partiellement, pour la vente aux consommateurs.

Elle se réfère également à l'art. 2 OLT 1, qui précise l'art. 9 al. 1 let. a LTr et à teneur duquel sont réputées grandes entreprises du commerce de détail les entreprises qui occupent plus de cinquante travailleurs à la vente au détail, personnel de caisse compris, dans le même bâtiment ou dans des bâtiments voisins.

- b. Il n'existe pas de définition précise, ni au plan fédéral, ni au plan genevois, de la notion de commerce de détail.

Selon la définition que présente le gouvernement du Canada, le secteur du commerce de détail comprend les établissements dont l'activité principale consiste à vendre des marchandises au détail, généralement sans transformation, et à fournir des services connexes. Le commerce de détail représente le dernier maillon de la chaîne de distribution ; les détaillants sont donc organisés pour vendre des marchandises en petites quantités au grand public. Ce secteur comprend deux grands types d'établissements : les détaillants en magasin et les détaillants hors magasin (consultable sur internet : [www.ic.gc.ca/app/scr/sbms/sbb/cis/definition.html?code=44-45&lang=fra](http://www.ic.gc.ca/app/scr/sbms/sbb/cis/definition.html?code=44-45&lang=fra)). Cette définition correspond pour l'essentiel à celle fournie par l'Institut national de la statistique et des études économiques français, selon lequel, en outre, le commerce de détail se distingue du commerce de gros (commerce interentreprise) qu'il suit dans le temps en général (ci-après : l'INSEE ; sur internet : [www.insee.fr/fr/methodes/default.asp?page=definitions/commerce-de-detail.htm](http://www.insee.fr/fr/methodes/default.asp?page=definitions/commerce-de-detail.htm)).

c. La convention collective de travail neuchâteloise du commerce de détail ne s'applique pas dans le canton de Genève.

Quant à l'art. 2 OLT 1, il vise une catégorie précise, les grandes entreprises du commerce de détail, qui n'exclut nullement l'existence d'autres entreprises actives, de manière différente, dans le commerce de détail.

Aucune conclusion applicable au présent cas ne saurait donc être tirée de ces deux dispositions.

d. Il convient dès lors de d'examiner le champ d'application du CTT-CD à l'aune de ses propres termes.

Il faut que les employés concernés, en l'occurrence les promoteurs travaillent au service d'une entreprise active dans le commerce de détail dans le canton de Genève, en qualité de personnel de vente, et, en exerçant leur activité principale sur le lieu de vente.

Il n'y a pas lieu de soustraire de l'application du CTT-CD tout employé des petits commerces de détail occupé, en parallèle à son activité de vente, à la gestion des stocks, de la comptabilité ou de l'entretien du magasin. D'ailleurs, ce contrat-type n'opère aucune distinction quant au pourcentage du temps de travail consacré à la vente ou à une autre activité (ATA/235/2016 du 15 mars 2016 consid. 6b).

8. a. En l'espèce, s'agissant de la période considérée, du 1<sup>er</sup> février 2013 au 30 septembre 2014, les employés promoteurs de la recourante ne concluent pas personnellement avec les clients une vente, qui est, en vertu de l'art. 184 al. 1 CO, un contrat par lequel le vendeur s'oblige à livrer la chose vendue à l'acheteur et à lui en transférer la propriété, moyennant un prix que l'acheteur s'engage à lui payer. Seuls les propriétaires des kiosques reçoivent les cartes SIM et les recharges.

Les recharges peuvent être considérées comme des marchandises vendues aux consommateurs finaux et ressortissent ainsi au commerce de détail. Ce sont elles seules qui font l'objet d'un contrat de vente stricto sensu, les acheteurs les recevant avec un crédit pour téléphoner à des tiers contre le paiement d'un montant correspondant audit crédit.

b. Néanmoins, la question centrale ayant trait non à des contrats de vente en tant que tels mais à des contrats de travail, le personnel de vente occupé dans le commerce de détail n'est pas que celui qui remet des marchandises aux acheteurs contre encaissement du prix de vente. Par exemple, dans les grands magasins, les employés qui conseillent les clients devant les étalages de marchandises ne sauraient être exclus du personnel de vente au motif qu'ils n'encaisseraient pas toujours ou jamais les prix de vente, ce que fait en général le personnel de caisse

auquel les acheteurs apportent pour paiement les articles qu'ils ont choisis dans le magasin.

En définitive, contrairement à ce que soutient la recourante, la notion de personnel de vente au service d'une entreprise active dans le commerce de détail ne saurait se limiter aux employés qui concluent un contrat de vente stricto sensu, mais doit être comprise de manière plus large, en ce sens que leur activité doit être dirigée de manière directe vers le but qui est la conclusion d'un tel contrat.

Or les employés promoteurs concluent, au nom de la recourante, par leur signature et celle des clients sur les « formulaires d'inscription », de véritables contrats, dont découlent immédiatement des droits et obligations, en particulier l'acceptation par les clients des « conditions générales de vente » de la société, et dans lesquels s'inséreront les simples achats de recharges par le paiement d'un montant les créditant. Le démontrent notamment, outre les déclarations des témoins et du gérant faites lors de l'audience du 8 mars 2016, les « conditions générales » de la recourante produites le 25 avril 2016 par l'intimé, dont le ch. 1.3 qui stipule : « Contrat : Les présentes conditions générales, le Guide de l'Utilisateur accompagnant la carte SIM et les Tarifs publiés par C\_\_\_\_\_ de temps à autre, comprenant toutes les offres spéciales. Le Contrat commence lorsqu'un Client enregistre ou active un Compte, utilise nos Services de Recharge ou utilise nos Services, quel que soit l'événement survenant en premier ». Les achats de recharges sont ainsi régis pour une part essentielle par les contrats que font signer notamment les promoteurs aux clients et ne sont possibles qu'à la suite de la remise aux clients des cartes SIM. Ces dernières permettent du reste, déjà à elles seules, de recevoir des appels téléphoniques.

Au surplus, la plupart des documents produits au dossier, que ce soient les contrats de travail des promoteurs, le « formulaire d'inscription » ou le certificat de travail du 31 mars 2014 – même si ce dernier concernait, comme le prétend la recourante, un habilleur de vitrines commerciales, qui aurait encore moins de raisons d'être appelé « représentant des ventes » qu'un promoteur –, considèrent les employés promoteurs comme des vendeurs ou évoquent des actes de vente accomplis par ceux-ci.

Par surabondance, les décisions de l'autorité de conciliation du TPH du 26 juin 2013 (BCPH/168/2013) et du 8 novembre 2013 (JTPH/373/2013) ont appliqué à des employés promoteurs de la recourante la CCT-CD dans sa version 2012, respectivement 2011, dont la définition des travailleurs actifs dans le commerce de détail ne diffère pas de celle du CTT-CD et qui, comme ce dernier, entend par personnel de vente les employés qui exercent leur activité principale sur le lieu de vente (ch. 2.7).

c. Enfin, l'exigence que leur activité principale soit exercée sur le lieu de vente n'implique pas forcément que ce lieu soit unique ou qu'il appartienne à l'employeur des travailleurs concernés.

Cette exigence est remplie dans le cas présent, puisque les lieux de vente sont les kiosques auxquels la recourante livre les cartes SIM et les recharges.

Au demeurant, la convention collective de travail neuchâteloise du commerce de détail invoquée par la recourante paraît faire entrer dans son champ d'application une utilisation seulement occasionnelle de locaux par une entreprise.

9. Pour le reste, la recourante ne conteste pas en tant que tels le calcul et la somme totale de la sous-enchère salariale qui lui est reprochée.
10. Concernant la quotité de l'amende, l'OCIRT l'a fixée au maximum – CHF 5'000.- – compte tenu de la durée – plus de deux ans et demi –, de la quantité considérable de la sous-enchère – CHF 329'120.60 – et du nombre de collaborateurs concernés – septante-neuf, soit la totalité des employés soumis au CTT-CD.

La faute de la recourante apparaît grave. Celle-ci ne peut en particulier pas prétendre qu'elle ignorait que ses employés promoteurs étaient susceptibles d'être considérés comme des vendeurs actifs dans le commerce de détail et devait, si elle avait un doute à ce sujet, à tout le moins s'enquérir de cette question auprès de l'OCIRT. Cette conclusion s'impose d'autant plus que cet office avait, déjà en 2009, rendu des décisions défavorables concernant des autorisations de travail pour des requérants d'asile au motif que le salaire prévu pour ces derniers était inférieur au salaire minimal impératif conforme aux usages en vigueur à Genève et dans la profession. Par surabondance, il n'est dans ce contexte pas anodin que la recourante ait, dans ses demandes pour ressortissants hors UE/AELE, qualifié la profession de la personne concernée de « promoteur de vente » en janvier 2012, soit à une époque où les conditions de travail des entreprises non signataires de la CCT n'étaient régies par aucun dispositif légal ou réglementaire impératif, puis, en mai 2014, soit après l'entrée du CTT-CD, de « promoteur » sans adjonction.

Au regard de ce qui précède, le montant de l'amende de CHF 5'000.-, parfaitement justifié et proportionné, ne peut qu'être confirmé.

11. Le recours, infondé, sera rejeté.

Vu l'issue du recours, un émolument de CHF 2'000.- 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).

\* \* \* \* \*



**PAR CES MOTIFS**  
**LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE**

**à la forme :**

déclare recevable le recours interjeté le 31 août 2015 par A\_\_\_\_\_ GmbH contre une décision de l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail du 2 juillet 2015 ;

**au fond :**

le rejette ;

met à la charge de A\_\_\_\_\_ GmbH un émolument de CHF 2'000.- ;

dit qu'il n'est pas alloué d'indemnité de procédure ;

dit que conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), le présent arrêt peut être porté 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. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

communique le présent arrêt à Me Yvan Jeanneret, avocat de la recourante, à l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail, ainsi qu'au Secrétariat d'État à l'économie.

Siégeants : M. Verniory, président, MM. Thélin et Pagan, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière-juriste :

S. Hüsler Enz

le président siégeant :

J.-M. Verniory

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :