

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2063/2019-EXPLOI

ATA/220/2020

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 25 février 2020

2^{ème} section

dans la cause

A. _____ SA

contre

OFFICE CANTONAL DE L'INSPECTION ET DES RELATIONS DU TRAVAIL

EN FAIT

- 1) A_____ SA (ci-après : la société) est une société anonyme sise à Genève, inscrite au registre du commerce (ci-après : RC) du canton de Genève depuis le 30 avril 2014, et dont le but statutaire est l'exploitation de cafés-buvettes et de bureaux de vente de tabacs et de journaux, ainsi que le commerce de détail.

Elle exploite ainsi un commerce de détail de journaux et de périodiques à la rue B_____. Elle est également active dans le domaine de la vente de boissons et petites restauration.

- 2) Le bureau de l'inspection paritaire des entreprises (ci-après : IPE) a été informé par l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail (ci-après : OCIRT ou l'office) qu'une personne, employée de cet établissement, avait bénéficié de la procédure Papyrus. Les inspecteurs devaient ainsi vérifier si la personne avait été engagée valablement.

L'IPE a procédé à un premier contrôle de l'établissement le 1^{er} mars 2018 mais l'absence de l'employeur et le fait que « les employés étaient désorientés » avaient convaincu les enquêteurs de reprogrammer la visite. Un second contrôle a ainsi eu lieu le 5 avril 2018 au sein de l'établissement.

- 3) En date du 23 mai 2018, l'IPE a rédigé un rapport de contrôle. La conclusion indiquait qu'il avait été très difficile de vérifier les dires tant des employés que du patron car les pièces ayant été requises lors du contrôle n'avaient pas été fournies dans le délai fixé au 25 avril 2018. Une sommation avait suivi cette requête accordant un délai supplémentaire, soit jusqu'au 15 mai 2018, pour faire parvenir les documents. N'ayant rien reçu dans ce délai, l'IPE avait remis le dossier à l'OCIRT.

- 4) Par courrier du 10 octobre 2018, l'OCIRT a initié un contrôle des conditions de travail des employés de l'entreprise. Il demandait un certain nombre de documents et de renseignements, soit la liste du personnel, les fiches de salaires de décembre 2017 et juillet, août et septembre 2018, les contrats de travail des employés, les horaires d'ouverture du magasin et le mode de calcul des salaires. Ainsi, il pourrait vérifier le respect des salaires minima prévus à l'art. 2 du contrat-type de travail du commerce de détail du 13 juin 2017 (CTT-CD - J 1 50.17).

- 5) Par courrier du 30 octobre 2018, l'entreprise a produit les documents requis. Il en résultait que les salaires minimaux impératifs prescrits par le CTT-CD n'étaient pas respectés à l'égard de quatre travailleurs employés en qualité de vendeurs kiosque, à savoir :

- Monsieur C_____, pour 34,4 heures de travail par semaine, avait été payé en 2018, mensuellement CHF 2'400.- au lieu de CHF 3'227.- et, en 2019, CHF 2'400.- au lieu de CHF 3'282.-. Le rattrapage total était de CHF 10'806.- pour la période du 1^{er} janvier 2018, date de son engagement, au 31 janvier 2019 ;
 - Monsieur D_____, pour 5,04 heures de travail par semaine, avait été payé en 2018, CHF 300.- au lieu de CHF 473.- et, en 2019, CHF 300.- au lieu de CHF 481.-. Le rattrapage total était de CHF 1'736.- pour la période du 1^{er} avril 2018, date de son engagement, au 31 janvier 2019 ;
 - Monsieur E_____, pour 25 heures de travail par semaine, avait été payé en 2018, CHF 1'800.- au lieu de CHF 1'993.- et, en 2019, CHF 1'800.- au lieu de CHF 2'027.-. Le rattrapage total était de CHF 2'549.- pour la période du 1^{er} janvier 2018, date de son engagement, au 31 janvier 2019 ;
 - Monsieur F_____, pour 42 heures de travail par semaine, avait été payé en 2017 et 2018, CHF 3'500.- au lieu de CHF 3'940.- et, en 2019, CHF 3'500.- au lieu de CHF 4'007.-. Le rattrapage total était de CHF 8'427.- pour la période du 1^{er} juillet 2017, date d'entrée en vigueur du CTT-CD, au 31 janvier 2019.
- 6) Par courrier du 7 février 2019, l'OCIRT a adressé à la société une demande de mise en conformité assortie d'un « droit d'être entendu » avant le prononcé d'une sanction administrative. Par ailleurs, un délai au 5 mars 2019 lui était imparti pour régulariser la situation, à savoir le rattrapage salarial de ses employés pour un total de CHF 23'518.- et pour déclarer les salaires bruts aux assurances sociales obligatoires.
- 7) En date du 26 avril 2019, sans réponse de la société et à défaut de rattrapage salarial même partiel, l'OCIRT a prononcé une amende administrative de CHF 7'250.- à l'encontre de la société, pour non-respect des salaires minimaux impératifs prévus par le CTT-CD à l'encontre de quatre de ses employés, en sus d'un émolument de sanction fixé à CHF 100.-.
- 8) Le 28 mai 2019, la société a interjeté recours contre cette décision auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative), concluant à ce que « la décision de l'OCIRT du 26 avril 2019 soit cassée » et « d'annuler par conséquent l'amende en relation ».

Depuis février, elle avait respecté « la recommandation » se trouvant dans le courrier du 7 février 2019 de l'OCIRT, comme en attestaient les fiches de salaires jointes signées par les employés concernés, qui confirmaient ainsi avoir reçu ces montants, à l'exception de M. D_____ qui ne travaillait plus pour la société depuis le 31 décembre 2018.

- 9) Le 28 juin 2019, l'OCIRT a conclu au rejet du recours.

La société ne contestait pas avoir enfreint ses obligations en matière de respect de salaires minimaux. Elle invoquait uniquement le fait qu'elle se serait mise en conformité pour le futur. Néanmoins, elle ne prouvait toujours pas avoir procédé aux rattrapages salariaux s'agissant des périodes de sous-enchère salariale visée par la décision querellée.

Les pièces produites n'étaient pas propres à remettre en cause le bien-fondé de la décision. Seules les fiches de trois travailleurs avaient été produites, soit MM. C_____, E_____ et F_____, aucun document n'étant fourni pour M. D_____. Les trois fiches de salaires fournies étaient celles du mois de février 2019 alors que la décision querellée sanctionnait une violation des salaires impératifs du CTT-CD entre le 1^{er} janvier 2018 et le 31 janvier 2019 concernant MM. C_____ et E_____, et entre le 1^{er} juillet 2017 et le 31 janvier 2019 concernant M. F_____.

Par ailleurs, alors que les trois fiches de salaire étaient celles des mois de février 2019, il était indiqué qu'elles avaient été imprimées le 27 mai 2019, selon la mention figurant en haut et en bas de celles-ci, soit la veille du dépôt de recours. La validité de la signature manuscrite des travailleurs était suspecte s'agissant des fiches de salaire de MM. E_____ et F_____, celles-ci mentionnant comme date « 28.02.2019 » laissant présager qu'elles avaient été antidatées et créées pour les besoins de la cause. La fiche de salaire de M. F_____ portait la mention manuscrite « signature sous réserve », sans que ladite réserve soit précisée, laissant présumer que le montant figurant sur la fiche de salaire n'était pas celui versé au travailleur.

- 10) Le 25 juin 2019, le juge délégué a fixé aux parties un délai au 19 juillet 2019 pour formuler toutes requêtes ou observations complémentaires, après quoi la cause serait gardée à juger.
- 11) Aucune des parties ne s'est manifestée.

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 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).
- 2) La recourante conteste tant le principe que le montant de l'amende administrative qui lui a été infligée par l'intimé.

- 3) a. Selon 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), l'OCIRT, en tant qu'autorité cantonale compétente, est en droit, en cas d'infraction aux dispositions relatives au salaire minimal d'un contrat type de travail au sens de l'art. 360a de la loi fédérale complétant le Code civil suisse du 30 mars 1911 (Livre cinquième : Droit des obligations - CO - RS 220) par l'employeur qui engage des travailleurs en Suisse, de prononcer une sanction administrative prévoyant le paiement d'un montant de CHF 30'000.- au plus (art. 9 al. 2 let. f LDét).
- b. À Genève, le prononcé des sanctions et mesures administratives prévues par l'art. 9 LDét est du ressort de l'OCIRT (art. 35 al. 3 de la loi sur l'inspection et les relations du travail du 12 mars 2004 - LIRT - J 1 05).
- c. La LDét ne contient aucune précision concernant les principes afférents au principe du prononcé de l'amende administrative et à sa quotité, si bien qu'il y a lieu d'appliquer les règles générales prévalant en la matière.
- d. 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/1190/2018 du 6 novembre 2018 consid. 11b et les références citées).
- Il est ainsi nécessaire que le contrevenant ait commis une faute, fût-ce sous la forme d'une simple négligence (Ulrich HÄFELIN/Georg MÜLLER/Felix UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7^{ème} éd., 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. La chambre de céans ne la censure qu'en cas d'excès ou d'abus dudit pouvoir d'appréciation. Enfin, l'amende doit respecter le principe de la proportionnalité (ATA/319/2018 du 10 avril 2018 ; ATA/1239/2017 du 29 août 2017).
- e. 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/1447/2017 du 31 octobre 2017 consid. 7 ; ATA/1305/2015 du 8 décembre 2015).

- 4) Dans une affaire dans laquelle un employeur avait affecté pendant près d'une année son employé à des activités domestiques traditionnelles, sans respecter les salaires minimaux impératifs prévus par le contrat-type de travail avec salaires minimaux impératifs de l'économie domestique du 1^{er} janvier 2012 (CCT-EDom - J 1 50.03), impliquant un rattrapage salarial brut de CHF 19'750.-, la chambre administrative a confirmé l'amende de CHF 2'000.- infligée par l'OCIRT (ATA/1057/2017 du 4 juillet 2017).

Elle en a fait de même s'agissant d'une affaire de violation des salaires minimaux prévus par la convention collective cadre dans le commerce de détail dans laquelle l'OCIRT avait fixé l'amende au maximum d'alors, soit CHF 5'000.-, compte tenu de la quantité considérable de la sous-enchère salariale (CHF 329'120.60), de sa durée (plus de deux ans et demi) et du nombre de collaborateurs concernés (septante-neuf), soit la totalité des employés soumis à la convention collective (ATA/647/2016 26 juillet 2016).

Elle a en revanche réduit à CHF 3'500.- l'amende initialement fixée à CHF 5'000.-, infligée à un employeur n'ayant pas respecté les salaires minimaux impératifs prévus par le contrat-type de travail avec salaires minimaux impératifs des esthéticiennes du 18 décembre 2012 (CTT-Esthé - J 1 50.16), pour deux employées et pendant plusieurs mois, entraînant un rattrapage de CHF 10'175.84. La chambre administrative a notamment retenu qu'il s'agissait de la première infraction commise par l'employeur en cette matière et qu'il avait collaboré à l'établissement des faits (ATA/126/2016 du 9 février 2016). Dans le même domaine, elle a également ramené à CHF 3'000.- une amende s'élevant à CHF 5'000.-, soit le maximum légal d'alors, dans le cas d'une entreprise qui n'avait pas respecté les salaires minimaux pour quatre de ses employés pour une durée de trois mois et pour un montant total de CHF 4'865.80.- (ATA/1305/2015 précité).

Une amende fixée à CHF 2'500.- a en revanche été confirmée, s'agissant également d'une violation des salaires minimaux impératifs prévus par le CTT-Esthé, sur une durée de moins d'une année et concernant un arriéré salarial évalué entre CHF 10'000.- et CHF 15'000.-, du fait qu'une seule employée était concernée et du fait que la recourante avait déjà fait l'objet, par le passé, d'un rattrapage salarial (ATA/1447/2017 précité).

- 5) En l'espèce, une faute a été indéniablement commise par la recourante. En effet, l'OCIRT a constaté que l'entreprise a employé M. C_____, depuis le 1^{er} janvier 2018, M. D_____, depuis le 1^{er} avril 2018, M. E_____, depuis le 1^{er} avril 2018 et M. F_____, depuis le 1^{er} janvier 2017, en tant que vendeurs kiosque. Les rapports de travail sont soumis à un contrat-type de travail au sens de l'art. 360a CO, à savoir le CTT-CD prescrivant des salaires minimaux impératifs.

Les employés étaient ainsi protégés par la CTT-CD et la recourante devait respecter les conditions salariales qui y étaient fixées.

Cependant, les salaires versés aux employés mentionnés étaient inférieurs au minimum impératif, ce que la recourante ne conteste pas, invoquant uniquement le fait qu'elle se soit mise en conformité pour le futur. Par conséquent, la sous-enchère due au non-paiement de ces salaires s'élève à CHF 23'518.-.

Il résulte des considérations qui précèdent que les manquements reprochés à la recourante sont effectivement réalisés et constituent des fautes passibles d'une amende administrative. Celle-ci est donc fondée dans son principe.

- 6) Reste à examiner si le montant de l'amende respecte le principe de la proportionnalité.

En l'espèce, l'OCIRT a déterminé le montant total de l'amende en fonction de l'importance de la sous-enchère et du nombre d'infractions commises – quatre –, à savoir selon le nombre de collaborateurs concernés.

Bien qu'il s'agisse de la première infraction commise par la recourante, la violation s'est étendue sur la totalité de la durée du contrat de travail des employés concernés. Elle a ainsi porté sur une période de plus d'un an pour deux des employés et neuf mois pour les deux autres, pour un montant total de CHF 23'518.-. Enfin, l'entreprise n'a pas prouvé avoir procédé à un quelconque rattrapage salarial en faveur des employés malgré la requête de mise en conformité de l'autorité en date du 7 février 2019, et n'a collaboré que médiocrement lors de la procédure, ne donnant pas toujours suite aux courriers des autorités.

Au surplus, la recourante, qui n'a fait état d'aucun élément susceptible d'être pris en compte et n'a produit aucun de ses états financiers à l'appui de son recours, n'invoque pas que le paiement de l'amende infligée la mettrait dans une situation financière délicate.

Par conséquent, le montant de l'amende apparaît adéquat et sera confirmé, étant rappelé qu'il se situe loin du maximum actuel en la matière, fixé par l'art. 9 al. 2 let. f LDét à CHF 30'000.-.

- 7) En conséquence, la décision doit être confirmée et le recours rejeté. Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 500.- sera mis à la charge de la recourante, qui succombe (art. 87 al. 1 LPA), et il ne sera alloué aucune indemnité de procédure (art. 87 al. 2 LPA).

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 28 mai 2019 par A_____ SA contre la décision de l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail du 26 avril 2019 ;

au fond :

le rejette ;

met à la charge d'A_____ SA un émolument de CHF 500.- ;

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 A_____ SA ainsi qu'à l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail.

Siégeant : Mme Krauskopf, présidente, MM. Verniory et Mascotto, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière-juriste :

F. Cichocki

la présidente siégeant :

F. Krauskopf

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :