

## **GE\_GERICHTE ATA/647/2016 vom 26. Juli 2016**

GE Cour de justice, 2016-07-26, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATA\\_647\\_2016](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATA_647_2016)

FR: GE\_GERICHTE ATA/647/2016 du 26 juillet 2016

IT: GE\_GERICHTE ATA/647/2016 del 26 luglio 2016

### **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. 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).

#### **E. 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.

#### **E. 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

- 10/18 - A/2917/2015 répétée au sens des art. 360a aé- 1 et 360b al. 3 CO et l'absence de convention collective dès le 1er février 2013, la Chambre des relations collectives de travail (ci-après : CRCT) a adopté le 22 janvier 2013 le CTT-CD, en vigueur du 1er 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 1er 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 1er 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.

- 11/18 - A/2917/2015

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).

#### **E. 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

## E. 8

a. En l'espèce, s'agissant de la période considérée, du 1er 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

- 15/18 - A/2917/2015 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).

- 16/18 - A/2917/2015

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 champs d'application une utilisation seulement occasionnelle de locaux par une entreprise.

#### **E. 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.

#### **E. 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.

#### **E. 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).

\* \* \* \* \*

- 17/18 - A/2917/2015

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