

GE_GERICHTE ATA/917/2021 vom 7. September 2021

GE Cour de justice, 2021-09-07, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATA_917_2021

FR: GE_GERICHTE ATA/917/2021 du 7 septembre 2021

IT: GE_GERICHTE ATA/917/2021 del 7 settembre 2021

Regeste

Résumé: Les salaires minimaux prévus par les contrats-types de travail présentent un caractère impératif, de sorte qu'il ne peut y être dérogé en défaveur du travailleur. En cas de leur non-respect, l'employeur commet une faute et s'expose au prononcé d'une sanction administrative. Une amende infligée à un employeur pour non-respect du salaire minimum doit respecter le principe de la proportionnalité.

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 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).

E. 1.3

; Michel DUPUIS/Laurent MOREILLON/ Christophe PIGUET/Séverine BERGER/Miriam MAZOU/Virginie RODIGARI [éd.], Code pénal - Petit commentaire, 2ème éd., 2017, n. 8 ad. art. 98 CP). Le délit continu ne se prescrit pas tant qu'il dure (Robert ROTH/Gilbert KOLLY, op. cit., n. 29 ad. art. 98 CP).

c. En l'espèce, les contraventions reprochées à la recourante, consistant en des versements inférieurs aux salaires minimaux à deux de ses employées entre février 2017 et février 2020, d'une part, et février 2017 et décembre 2020, d'autre part, doivent être considérées comme ayant cessé le 28 février 2020 pour la première citée et le 31 décembre 2020 pour l'autre, cette dernière échéance ayant été retenue par l'autorité intimée. C'est dès lors à partir de ces dates-là que la prescription a commencé à courir pour les faits en lien avec les deux employées concernées, de sorte que celle-ci n'est pas encore acquise et la poursuite administrative pas éteinte.

- 9/19 - A/1554/2021

E. 2

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/1308/2020 du 15 décembre 2020). a. Ni 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 (Loi sur les travailleurs détachés - LDét -

- 8/19 - A/1554/2021 RS 823.20), ni la LPA ni la loi sur l'inspection et les relations du travail du 12 mars 2004 (LIRT - J 1 05) 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 (ATA/1308/2020 précité). Il y a lieu de faire application, par analogie, de l'art. 109 du code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP - RS 311.0), à teneur duquel la prescription de l'action pénale est de trois ans pour les contraventions, soit les infractions passibles d'une amende (art. 103 CP ; ATA/1308/2020 précité).

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

L'art. 98 let. c CP règle le début de la prescription pour les délits continus (Robert ROTH/Gilbert KOLLY, in Alain MACALUSO/Nicolas QUELOZ/ Laurent MOREILLON/Robert ROTH [éd.], Commentaire romand du code pénal I, 2ème éd., 2021, n. 28 ad. art. 98 CP). Le délit continu se caractérise par le fait que la situation illicite créée par un état de fait ou un comportement contraire au droit se poursuit. Il y a infraction continue lorsque les actes qui créent la situation illégale forment une unité avec les actes qui la perpétuent ou avec l'omission de la faire cesser, pour autant que le comportement visant au maintien de l'état de fait délictueux soit expressément ou implicitement contenu dans les éléments constitutifs de l'infraction. L'infraction est consommée dès que tous ses éléments constitutifs sont réalisés, mais n'est achevée qu'avec la cessation de l'état de fait ou du comportement contraire au droit (ATF 135 IV 6 consid. 3.2 ; 132 IV 49 consid. 3.1.2.2 ; arrêt du Tribunal fédéral 6B_196/2012 du 24 janvier 2013 consid.

E. 3

La recourante soutient que l'ancien droit est applicable aux faits qui lui sont reprochés, ceux-ci ayant débuté en février 2017 et le nouvel art. 9 al. 2 let. f LDét plus sévère étant entré en vigueur le 1er avril 2017.

a. Nul ne peut être condamné pour une action ou une omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une infraction d'après le droit national ou international. De même il n'est infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise (art. 7 al. 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (CEDH - RS 0.101). L'art. 15 al. 1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966 (Pacte II - RS 0.103.2) prévoit aussi que nul ne sera condamné pour des actions ou omissions qui ne constituaient pas un acte délictueux d'après le droit national ou international au moment où elles ont été commises. De même, il ne sera infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise. Si, postérieurement à cette infraction, la loi prévoit l'application d'une peine plus légère, le délinquant doit en bénéficier.

La Cour européenne des droits de l'homme (CourEDH) a reconnu que l'art. 7 CEDH garantit non seulement le principe de non-rétroactivité des lois pénales plus sévères, mais aussi de façon implicite l'exception de la *lex mitior* (ACEDH Gouarré Patte c. Andorre du 12 janvier 2016, req. n° 33427/10, § 35 ; ACEDH Ruban c. Ukraine du 12 juillet 2016, req. n° 8927/11, § 39 ; ACEDH Scoppola c. Italie [Grande Chambre] du 17 septembre 2009, req. n° 10249/03, § 108). L'exception de la *lex mitior* a acquis un statut de garantie de rang conventionnel. Néanmoins, son application n'est pas absolue. Elle souffre d'exceptions en présence de lois temporaires et intermédiaires mais aussi de lois civiles et administratives

(Nathalie DONGOIS/Kastriot LUBISHTANI, in Alain MACALUSO/Nicolas QUELOZ/Laurent MOREILLON/Robert ROTH [éd.], op. cit., n. 7 et 55 ad. art. 2 CP).

b. Est jugé d'après le CP quiconque commet un crime ou un délit après l'entrée en vigueur de ce code (art. 2 al. 1 CP). Le CP est aussi applicable aux crimes et aux délits commis avant la date de son entrée en vigueur si l'auteur n'est mis en jugement qu'après cette date et si le présent code lui est plus favorable que la loi en vigueur au moment de l'infraction (al. 2).

L'art. 2. al. 1 CP consacre le principe général de la non-rétroactivité de la loi pénale nouvelle, l'alinéa 2 y déroge et prévoit l'application rétroactive de la loi nouvelle aux actes commis avant son entrée en vigueur lorsque le droit nouveau est plus favorable à l'auteur que l'ancien. La *lex mitior* vise à tenir compte des changements législatifs favorables à l'auteur pour ne plus le sanctionner par des peines que l'État, et la collectivité qu'il représente, considèrent désormais comme excessives (ACEDH Scoppola c. Italie [Grande Chambre] précité, § 108 ; Nathalie DONGOIS/Kastriot LUBISHTANI, op. cit., n. 3 ad. art. 2 CP).

- 10/19 - A/1554/2021

L'art. 2 CP n'envisage pas la situation dans laquelle une infraction est commise à cheval sous l'empire de la loi ancienne et de la loi nouvelle. Il régleme les cas dans lesquels elle l'est avant ou après l'entrée en vigueur de la loi nouvelle. Dans le premier cas de figure, l'infraction continue constitue un tout ou une unité, raison pour laquelle un seul droit s'applique à cette situation, surtout si le droit ancien et le nouveau prévoient un régime des sanctions qui diverge (Nathalie DONGOIS/Kastriot LUBISHTANI, op. cit., n. 3 ad art. 2 CP). C'est le nouveau droit qui va trouver à s'appliquer à l'entièreté de l'infraction continue (arrêt AARP/74/2020 de la chambre pénale d'appel et de révision de la Cour de justice du 21 février 2020 consid. 2.1.2). De plus, l'exception de la *lex mitior* ne permet pas de combiner ancien et nouveau droit (ATF 134 IV 82 consid. 6.2.3 ; 114 IV 81 consid. 3c ; CR CP I). La concrétisation de l'application de la *lex mitior* ne soulève pas de difficulté lorsque le nouveau droit est plus favorable, car son application satisfait alors à l'art. 2 al. 2 CP. En revanche, si le nouveau droit rend punissable un comportement qui ne l'était pas au moment de son commencement, le principe de non-rétroactivité s'applique et a pour conséquence que seule la partie du comportement postérieure à l'entrée en vigueur peut être punie. Dans la pratique, en présence d'une sanction aggravée par le nouveau droit, le tribunal devra tenir compte, dans un sens atténuant la fixation de la peine, qu'une partie de l'infraction a été accomplie alors que la sanction était moins grave (arrêt du Tribunal fédéral 6B_196/2012 précité consid. 1.3 ; arrêt du Tribunal pénal fédéral SK.2018.9 du 14 janvier 2019 consid. 3.1 ; Nathalie DONGOIS/Kastriot LUBISHTANI, op. cit., n. 39 ad art. 2 CP).

Ainsi le Tribunal fédéral a récemment confirmé la solution préconisée par la doctrine majoritaire, relevant que si la nouvelle loi comporte uniquement une modification des sanctions, il n'est pas envisageable d'appliquer deux régimes de peine à un seul et même acte. Le délit continu constituant une unité, il n'est pas possible d'appliquer pour partie l'ancien et pour partie le nouveau droit. Le principe de la *lex mitior* ne permet en effet pas de combiner ancien et nouveau droit. Pour régler cette question, la doctrine largement majoritaire propose l'application du nouveau droit à l'ensemble du délit continu, soit également à la partie antérieure à l'entrée en vigueur de la nouvelle norme. Dès lors qu'une norme abrogée ne peut être appliquée à un comportement postérieur à son abrogation et

qu'il n'est pas possible d'appliquer pour partie l'ancien et pour partie le nouveau droit, la solution doctrinale se justifie. En cas d'aggravation de la sanction prévue par la loi, il convient toutefois, lors de la fixation de la peine, de tenir compte, dans un sens atténuant, du fait qu'une partie de l'infraction s'est déroulée pendant une période où la sanction était moins grave (arrêt du Tribunal fédéral 6B_196/2012 du 24 janvier 2013 consid. 1.3 ; arrêts de la chambre pénale d'appel et de révision AARP/184/2021 du 14 juin 2021 consid. 2.1.2 ; AARP/74/2020 du 21 février 2020 consid. 2.1.2).

- 11/19 - A/1554/2021

c. En droit administratif, conformément aux principes généraux du droit intertemporel, lorsqu'un changement de droit intervient au cours d'une procédure administrative contentieuse ou non contentieuse, la question de savoir si le cas doit être tranché sous l'angle du nouveau ou de l'ancien droit se pose. En l'absence de dispositions transitoires, s'il s'agit de tirer les conséquences juridiques d'un événement passé constituant le fondement de la naissance d'un droit ou d'une obligation, le droit applicable est celui en vigueur au moment dudit événement (ATF 143 V 446 consid. 3.3). Dès lors, en cas de changement de règles de droit, la législation applicable reste en principe celle qui était en vigueur lors de la réalisation de l'état de fait qui doit être apprécié juridiquement ou qui a des conséquences juridiques (ATF 137 V 105 consid. 5.3.1 ; Thierry TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2ème éd., 2018, n. 403 ss). Lorsque l'événement en cause est un comportement susceptible d'entraîner une sanction, cette règle est toutefois tempérée, même en l'absence de base légale particulière, par l'application analogique du principe de la *lex mitior* de l'art. 2 al. 2 CP (Thierry TANQUEREL, op. cit., n. 409).

d. Le principe de la *lex mitior* s'applique aussi en droit pénal administratif (ATF 123 IV 84 consid. 3a ; 116 IV 258 consid. 3b).

Dans cette perspective, la notion de droit pénal de délit continu peut être rapprochée sous l'angle du droit administratif du concept de « fait duratif », soit un fait qui dure dans le temps ou se répète, peut poser des difficultés d'attribution temporelle lorsqu'il se trouve à cheval sur l'entrée en vigueur d'une nouvelle loi. La question qui se pose alors est celle de savoir laquelle, de la loi ancienne ou de la nouvelle loi, doit s'appliquer. Ce sont des questions que doivent résoudre les dispositions de droit intertemporel dans la mesure du possible ou, en l'absence de telles dispositions, le principe de l'effet immédiat de la loi ou celui de non-rétroactivité des lois (Milena PIREK, L'application du droit public dans le temps : la question du changement de loi, 2018, n. 468 et 469). Il y a rétroactivité improprement dite lorsque la loi doit s'appliquer à un fait survenu sous l'empire de l'ancien droit mais perdurant au moment de l'entrée en vigueur. Cette rétroactivité n'est en principe compatible avec le droit constitutionnel que si des droits acquis ne s'y opposent pas (ATF 138 I 189 = JdT 2013 I 195 ; Thierry TANQUEREL, op. cit., n. 419 ; Milena PIREK, op. cit., n. 495). La rétroactivité improprement dite concerne les cas où la nouvelle loi s'applique, une fois entrée en vigueur, à des faits duratifs nés dans le passé et impose par conséquent de cette façon le règne exclusif de la loi nouvelle une fois celle-ci entrée en vigueur (Milena PIREK, op. cit., n. 468). La nouvelle loi s'applique ainsi aux faits duratifs antérieurs à son entrée en vigueur et leur attribuera pour la partie de leur déroulement postérieur à sa date d'entrée en vigueur la conséquence juridique qu'elle attache aux faits en question (Milena PIREK, op. cit., n. 494).

- 12/19 - A/1554/2021

En conséquence la théorie du fait duratif conduit au même résultat que l'application des principes généraux du droit pénal applicables en l'espèce.

E. 4

En l'espèce, l'art. 9 al. 2 let. f LDét, dans sa teneur actuelle, entrée en vigueur le 1er avril 2017, prévoit comme sanction administrative le paiement d'un montant de CHF 30'000.- au plus 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 du 30 mars 1911, complétant le Code civil suisse (Code des obligations - CO - RS 220) par l'employeur qui engage des travailleurs en Suisse. Dans sa teneur en vigueur avant cette date, la situation était réglée à l'art. 9 al. 2 let. c aLDét : l'employeur qui avait commis de tels faits était passible d'une amende d'un montant de CHF 5'000.- au plus. Les faits qui sont concernés par la décision contestée ont débuté en février 2017, avant l'entrée en vigueur de la modification précitée qui a aggravé la sanction prévue en cas de contravention sus-rappelée. Ils se sont poursuivis néanmoins sous le régime du nouveau droit. Ils constituent ainsi des faits duratifs qui imposent l'application du régime de la nouvelle loi une fois celle-ci entrée en vigueur.

Partant, pour trancher le présent litige, il sera fait application de l'art. 9 al. 2 let. f LDét dans sa teneur entrée en vigueur le 1er avril 2017.

E. 5

Le litige porte sur la question de savoir si l'amende de CHF 5'600.- infligée à la recourante pour avoir versé à deux de ses employées domestiques des salaires inférieurs aux salaires minimaux prévus par le contrat-type de travail avec salaires impératifs de l'économie domestique du 13 décembre 2011 (CTT-Edom - J 1 50.03) est conforme au droit.

a. Sont considérés comme travailleurs de l'économie domestique, au sens du CTT-EDom, les travailleuses et travailleurs occupés dans un ménage privé (art. 1 al. 1 let. a CTT-EDom).

Selon l'art. 1 al. 2 LDét, parmi les objectifs de cette loi figure le contrôle des employeurs qui engagent des travailleurs en Suisse, et les sanctions qui leur sont applicables en cas de non-respect des dispositions relatives aux salaires minimaux prévus par les contrats-types de travail au sens de l'art. 360a CO. La recourante, qui appartient à cette catégorie d'employeurs, est donc soumise au respect des dispositions précitées qui renvoient à celles du CTT-EDom.

Aux termes de l'art. 1 al. 2 CTT-EDom, ce dernier s'applique à tout le personnel affecté aux activités domestiques traditionnelles ou nouvelles, notamment aux maîtres d'hôtel, gouvernantes, cuisiniers, cuisinières, valets de chambre, femmes de chambre, chauffeurs, jardiniers, jardinières, ainsi qu'aux autres employés de maison affectés notamment au nettoyage, à l'entretien du linge, aux commissions, à la prise en charge d'enfants, de personnes âgées, de

- 13/19 - A/1554/2021 personnes handicapées et de malades, à l'assistance aux personnes âgées, aux personnes handicapées et aux malades dans la vie quotidienne.

Un contrat type de travail ne peut en principe que contenir des règles dispositives auxquelles les parties à un contrat individuel de travail peuvent déroger, le cas échéant dans le respect de la forme écrite (art. 360 al. 2 CO). L'art. 2 CTT-EDom prévoit expressément qu'il est possible de déroger à certaines dispositions pour autant que les dérogations

revêtent la forme écrite et soient conformes au droit fédéral et cantonal.

Les salaires minimaux prévus dans le CTT-EDom ont un caractère impératif au sens de l'art. 360a CO (art. 10 al. 7 CTT-EDom). Les contrats-types édictés en application de l'art. 360a CO, relatif aux salaires minimaux, présentent un caractère impératif, de sorte qu'il ne peut être dérogé aux salaires minimaux en défaveur du travailleur (art. 360d al. 2 CO).

b. L'art. 10 CTT-EDom concrétise l'obligation de l'employeur de verser les salaires minimaux à ses employés pour une durée hebdomadaire de quarante-cinq heures, étant précisé qu'en cas de travail partiel, le salaire minimum est calculé prorata temporis (art. 10 al. 7 CTT-EDom). Les salaires minimaux sont, pour un employé non qualifié avec au moins quatre ans d'expérience professionnelle utile au poste, de CHF 4'029.- (art. 10 al. 1 let. e CTT-Edom, état au 1er janvier 2017) et pour un employé non qualifié CHF 3'756.- (let. f).

Les montants ci-dessus comprennent le salaire en nature pour le logement et pour la nourriture. S'il est logé ou nourri par l'employeur, le travailleur reçoit en espèces la différence entre ces montants et la valeur du logement ou de la nourriture selon les normes AVS en vigueur, rappelées en annexe au CTT-EDom (art. 10 al. 3 CTT-EDom). Ces montants, fixés de manière journalière, sont les suivants : petit déjeuner : CHF 3.50 ; repas de midi : CHF 10.- ; repas du soir : CHF 8.- ; logement : CHF 11.50.

Un décompte détaillé mentionnant les composantes du salaire (notamment salaire brut, heures supplémentaires), ainsi que les retenues (notamment AVS, assurances, impôt à la source) est remis chaque mois au travailleur (art. 10 al. 6 CTT-EDom).

E. 6

La recourante conteste tant le principe que le montant de l'amende administrative qui lui a été infligée par l'office intimé.

a. La LIRT précise la mise en œuvre, dans le canton de Genève, de la LDét (art. 1 al. 2 LIRT).

En vertu de l'art. 35 al. 3 LIRT, l'OCIRT est l'autorité de contrôle compétente pour le prononcé des sanctions et mesures administratives prévues par l'art. 9 LDét. En outre, il est spécifiquement désigné pour être l'autorité

- 14/19 - A/1554/2021 compétente pour contrôler le respect des salaires minimaux prévus dans les contrats-types de travail (art. 34A LIRT) et pour prononcer les sanctions administratives qui s'imposent selon l'art. 9 LDét en cas de non-respect de ceux-ci (art. 34B al. 1 LIRT).

La LDét ne contient aucune précision concernant les principes afférents au prononcé d'une amende administrative et à sa quotité. Les règles générales en la matière peuvent ainsi s'appliquer, rien ne s'y opposant.

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/1308/2020 précité 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, 2010, n. 1179). 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 juridiction de céans ne la censure qu'en cas d'excès ou d'abus.

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 CTT-EDom, 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, 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 du 26 juillet 2016).

Elle a, en revanche, réduit à CHF 3'500.- l'amende initialement fixée à CHF 5'000.-, pour 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. Il s'agissait de la première infraction commise par l'employeur en cette matière et

- 15/19 - A/1554/2021 celui-ci avait collaboré à l'établissement des faits (ATA/126/2016 du 9 février 2016).

L'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 du 31 octobre 2017).

c. L'autorité qui prononce une mesure administrative ayant le caractère d'une sanction doit également faire application des règles contenues aux art. 47 ss CP (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 précité).

d. La procédure administrative est régie par la maxime inquisitoire, selon laquelle le juge établit les faits d'office (art. 19 LPA), sans être limité par les allégués et les offres de preuves des parties. Dans la mesure où l'on peut raisonnablement exiger de l'autorité qu'elle les recueille, elle réunit ainsi les renseignements et procède aux enquêtes nécessaires pour fonder sa décision. Elle apprécie les moyens de preuve des parties et recourt s'il y a lieu à

d'autres moyens de preuve (art. 20 LPA). Mais ce principe n'est pas absolu, sa portée est restreinte par le devoir des parties de collaborer à la constatation des faits (art. 22 LPA). Celui-ci comprend en particulier l'obligation des parties d'apporter, dans la mesure où cela peut être raisonnablement exigé d'elles, les preuves commandées par la nature du litige et des faits invoqués, faute de quoi elles risquent de devoir supporter les conséquences de l'absence de preuves (arrêts du Tribunal fédéral 8C_309/2015 du 21 octobre 2015 consid. 6.2 ; 9C_868/2014 du 10 juillet 2015 consid. 4.4 ; ATA/806/2018 du 7 août 2018 ; ATA/383/2017 du 4 avril 2017).

E. 7

En l'espèce, la recourante conteste avoir violé les dispositions du CCT-EDom prévoyant des salaires minimaux impératifs et devoir à ses deux employées, à titre de rattrapage salarial, une somme de CHF 13'232.35. Elle a soutenu que les salaires qu'elle leur a versés correspondaient à ceux appliqués aux employés non-qualifiés ne jouissant pas d'une expérience professionnelle utile au poste.

Il ressort du dossier que l'une des employées concernées jouissait d'une expérience professionnelle de treize ans et l'autre de onze ans avant d'être

- 16/19 - A/1554/2021 engagées au service de la recourante. Les intéressées ont confirmé avoir auparavant exercé, dans le domaine de l'économie domestique, une activité auprès de plusieurs employeurs. Certes, selon le registre de l'OCPM, elles sont arrivées dans le canton de Genève respectivement les 29 septembre et 7 décembre 2017. Néanmoins, cette information est contredite d'une part, par les allégations de la recourante et de ses employées qui soutiennent que leurs rapports de travail ont débuté le 2 février 2017 et, d'autre part, par le fait que, pour être régularisés dans le cadre d'un cas de rigueur, notamment de l'opération Papyrus, les employées de la recourante, célibataires, devaient justifier d'un séjour continu de dix ans sur le territoire genevois. Or, d'après le document produit par la recourante le 6 octobre 2019, elles sont entrées en Suisse, pour Mme D_____ le 8 avril 2007, et, pour Mme C_____, le 27 juin 2005. Elles allèguent en outre avoir travaillé durant leur séjour non autorisé à Genève dans le domaine de l'économie domestique auprès de plusieurs employeurs. Il convient ainsi de retenir, pour les deux, comme l'office intimé, une expérience professionnelle d'au moins quatre ans utile au poste d'employée exerçant une activité domestique traditionnelle. De plus, dans le cadre de l'examen d'une éventuelle sous-enchère salariale, l'autorité intimée a tenu compte du fait que l'activité exercée dans le cadre de l'aide à la mère de la recourante était rémunérée selon le critère d'un employé non qualifié sans expérience professionnelle utile au poste.

Par ailleurs, avant de prononcer l'amende, l'OCIRT a laissé la possibilité à la recourante de se conformer au salaire minimal contenu dans le CCT-EDom. Celle-ci ne l'a pas fait.

Ainsi, les manquements reprochés à la recourante sont réalisés et constituent des fautes passibles d'une amende administrative. Celle-ci est donc fondée dans son principe.

E. 8

a. L'amende doit respecter le principe de la proportionnalité (ATA/319/2018 du 10 avril 2018 ; ATA/1239/2017 du 29 août 2017).

Pour satisfaire au principe de la proportionnalité (art. 5 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 - Cst. - RS 101), il faut que la décision prononcée soit apte à produire les résultats escomptés (règle de l'aptitude), que ceux-ci ne puissent être

atteints par une mesure moins incisive (règle de la nécessité) et qu'il existe un rapport raisonnable entre le but d'intérêt public recherché par cette mesure et les intérêts privés en cause, en particulier la restriction à la liberté personnelle qui en résulte pour la personne concernée (principe de la proportionnalité au sens étroit ; ATF 136 IV 97 consid. 5.2.2).

b. L'OCIRT a déterminé le montant de l'amende en fonction de l'importance de la sous-enchère salariale, du nombre d'employées concernées, du rattrapage salarial, de la faible collaboration de la recourante durant la procédure ainsi que du fait qu'une partie de l'infraction s'était déroulée sous l'ancien droit.

- 17/19 - A/1554/2021

Une faute a été indéniablement commise par la recourante par le non-respect du salaire minimal prescrit par le CTT-EDom. De plus, la violation du CTT-EDom s'est étendue sur plusieurs années, soit de février 2017 à février 2020 respectivement décembre 2020, et a concerné deux employées pour un montant de CHF 13'232.35. Néanmoins, contrairement à ce qu'a retenu l'office intimé, la collaboration de la recourante à l'établissement des faits doit être jugée comme moyenne et non faible. En effet, même si celle-ci a produit les documents qui lui étaient demandés après des relances de l'autorité intimée, elle les a adressés à l'OCIRT au fur et à mesure qu'elle les recevait de l'OCAS et de l'institution LPP. En outre, il s'agit de la première infraction commise par la recourante.

Dans ces conditions, compte tenu de l'ensemble des circonstances de la cause et de la jurisprudence de la chambre administrative en la matière, l'amende administrative de CHF 5'600.- infligée à la recourante paraît disproportionnée et sera ramenée à CHF 4'000.-, étant précisé que l'OCIRT a déjà tenu compte de l'atténuation du fait qu'une partie de l'infraction, en l'espèce minime, soit deux mois seulement s'est déroulée pendant une période où la sanction était moins grave.

Enfin, l'émolument de sanction de CHF 100.- entre dans le cadre de l'art. 66A du règlement d'application de la loi sur l'inspection et les relations du travail du 23 février 2005 (RIRT - J 1 05.01).

Ainsi, le recours sera admis partiellement et la décision querellée annulée en ce sens que l'amende sera réduite à CHF 4'000.-.

E. 9

Vu l'issue du litige, un émolument, réduit, de CHF 500.- sera mis à la charge de la recourante (art. 87 al. 1 LPA), et une indemnité de procédure, réduite, de CHF 300.- lui sera allouée (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

- 18/19 - A/1554/2021

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