

GE_GERICHTE A/1631/2023 vom 24. November 2023

GE Cour de justice, 2023-11-24, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_A_1631_2023

FR: GE_GERICHTE A/1631/2023 du 24 novembre 2023

IT: GE_GERICHTE A/1631/2023 del 24 novembre 2023

Erwägungen

E. 1

ère section dans la cause A_____ recourante représentée par Me Martine STÜCKELBERG, avocate contre OFFICE CANTONAL DE L'INSPECTION ET DES RELATIONS DU TRAVAIL intimé EN FAIT A. a. A_____ est la mère de deux enfants, nés en 2001 et 2004. Elle s'est séparée de leur père en 2005 et a obtenu leur garde. Le couple est aujourd'hui divorcé.![endif]>![if> b. Elle a habité, avec ses enfants, dans un appartement de 123 m² à l'avenue B_____ jusqu'en 2015, date à laquelle elle a déménagé dans un appartement d'environ 180 m² au __, chemin des C_____ à Champel.![endif]>![if> Ses parents sont domiciliés à proximité, dans un appartement de 115 m

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/917/2021 du 7 septembre 2021).![endif]>![if>

E. 2.1

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 - 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. ![endif]>![if> 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/917/2021 précité et les références citées). 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, 2^{ème} 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). Le délit continu ne se prescrit pas tant qu'il dure (Robert ROTH/Gilbert KOLLY, op. cit., n. 29 ad. art. 98 CP).

E. 2.2

En l'espèce, les contraventions reprochées à la recourante, consistant en des versements inférieurs aux salaires minimaux à une employée entre janvier 2013 et fin août 2021 doivent être considérés comme ayant cessé le 31 août 2021. C'est dès lors à partir de cette date que la prescription a commencé à courir, de sorte que celle-ci n'est pas encore acquise et la poursuite administrative pas éteinte.

E. 3

La recourante soutient que l'ancien droit serait applicable, les faits reprochés ayant débuté en janvier 2013 et le nouvel art. 9 al. 2 let. f LDét, plus sévère, étant entré en vigueur, ultérieurement, le 1^{er} avril 2017.

E. 3.1

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). La théorie du fait duratif conduit au même résultat que l'application des principes généraux du droit pénal applicables (ATA/917/2021 précité consid. 3 et les nombreuses références citées).

E. 3.2

En l'espèce, l'art. 9 al. 2 let. f LDét, dans sa teneur actuelle, entrée en vigueur le 1^{er} 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 janvier 2013, 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.![endif]>![if> 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 1 er avril 2017. Les références mentionnées par la recourante (ATA/1308/2020 du 15 décembre 2020), antérieures aux développements qui précèdent de l'arrêt de la chambre de céans du 7 septembre 2021, d'ailleurs aussi mentionné, à juste titre, par la recourante, ne sont en conséquence pas pertinents.

E. 4

La recourante se plaint d'une violation de son droit d'être entendue, dès lors qu'elle n'a pas été conviée à participer aux auditions par l'OCIRT des cinq personnes entendues entre mars et juin 2022.![endif]>![if>

E. 4.1

Selon l'art. 28 al. 1 LPA, lorsque les faits ne peuvent être éclaircis autrement, les autorités suivantes peuvent au besoin procéder à l'audition de témoins : le Conseil d'État, les chefs de départements et le chancelier (let. a) ; les autorités administratives qui sont chargées d'instruire des procédures disciplinaires (let. b) ou les juridictions administratives (let. c). L'art. 42 al. 1 LPA prévoit que les parties ont le droit de participer à l'audition des témoins, à la comparution des personnes ordonnées par l'autorité ainsi qu'aux examens auxquels celle-ci procède.![endif]>![if>

E. 4.2

Il découle de ce qui précède que les cinq personnes n'ayant pas été entendues par une autorité au sens de l'art. 28 al. 1 LPA, ne peuvent être considérées comme des témoins, ce que la chambre de céans a déjà précisé (ATA/1151/2020 du 17 novembre 2020 consid. 4b). L'OCIRT n'était en conséquence pas tenu de convier la recourante aux auditions. Cela étant, les procès-verbaux de ces auditions ont été adressés à la recourante avant le prononcé de la décision et elle n'a pas sollicité l'audition de ces personnes par la chambre de céans. En outre, si tant est qu'il faille admettre une violation de son droit d'être entendue, celle-ci a été réparée devant la chambre de céans, la recourante ayant pu se déterminer sur ces auditions devant celle-ci, étant relevé que la chambre administrative dispose d'une pleine cognition en fait et en droit (art. 61 al. 1 LPA).![endif]>![if> Un même raisonnement, tenu dans l'arrêt précité de la chambre de céans a été confirmé par le Tribunal fédéral (2C_34/2021 du 30 mai 2022 consid. 4.2.2) lequel a précisé que s'il était vrai que, comme le relevaient les recourantes, l'argument tiré de l'absence de la qualité de témoin n'était pas forcément décisif, dès lors que pouvait exister un droit de participer à l'audition de personnes appelées à fournir des renseignements par exemple, la jurisprudence retenait notamment, en procédure fédérale, qu'il n'y avait pas de violation du droit d'être entendu lorsque la partie avait eu la possibilité de prendre connaissance du procès-verbal des auditions et de se déterminer à ce sujet (arrêt du Tribunal fédéral 1C_534/2010 du 1 er mars 2011 consid. 3.2 et les références citées). La recourante ne démontre pas que le droit de

procédure cantonal offrirait des garanties plus étendues. Elle a reçu les procès-verbaux des auditions, a pu se prononcer, avant que la décision ne soit rendue, puis dans le cadre du recours devant la chambre de céans. Elle aurait pu demander l'audition desdites personnes devant la chambre de céans, ce qu'elle n'a pas fait, la question de la nécessité de procéder à leur audition au vu du dossier restant réservée. Dans ces conditions, le droit d'être entendue de la recourante a été respecté.

E. 5

La recourante conteste le prononcé d'une amende et son montant.!

E. 5.1

La LDét règle 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 de la loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse (CO, Code des obligations - RS 220).! Le contrôle du respect des conditions fixées dans la LDét incombe, pour les dispositions prévues par une convention collective de travail étendue, aux organes paritaires chargés de l'application de la convention (let. a), pour les dispositions relatives aux salaires minimaux au sens de l'art. 360a CO prévues par un contrat-type de travail, aux commissions tripartites instituées par les cantons ou la Confédération (art. 360b CO ; let. b), pour les dispositions prévues par des actes législatifs fédéraux, aux autorités compétentes en vertu de ces actes (let. c), pour les autres dispositions : aux autorités désignées par les cantons (let. d ; art. 7 al. 1 LDét). Sur demande, l'employeur remet aux organes visés à l'art. 7 al. 1 LDét tous les documents attestant que les conditions de travail et de salaire des travailleurs sont respectées (art. 7 al. 2 LDét). Si les documents nécessaires ne sont pas ou plus disponibles, l'employeur doit établir le respect des dispositions légales à moins qu'il ne puisse démontrer qu'il n'a commis aucune faute dans la perte des pièces justificatives (art. 7 al. 3 LDét). Les organes de contrôle annoncent à l'autorité cantonale compétente toute infraction à la LDét (art. 9 al. 1 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 de 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 30'000.- au plus (art. 9 al. 2 let. f LDét).

E. 5.2

Si, au sein d'une branche économique ou d'une profession, les salaires usuels dans la localité, la branche ou la profession font l'objet d'une sous-enchère abusive et répétée et qu'il n'existe pas de convention collective de travail contenant des dispositions relatives aux salaires minimaux pouvant être étendue, l'autorité compétente peut édicter, sur proposition de la commission tripartite visée à l'art. 360b, un contrat-type de travail d'une durée limitée prévoyant des salaires minimaux différenciés selon les régions et, le cas échéant, selon les localités, dans le but de combattre ou de prévenir les abus (art. 360a al. 1 CO).! La Confédération et chaque canton instituent une commission tripartite composée en nombre égal de représentants des employeurs et des travailleurs ainsi que de représentants de l'État (art. 360b al. 1 CO). Il ne peut pas être dérogé à un contrat-type de travail au sens de l'art. 360a en défaveur du travailleur (art. 360d al. 2 CO). Lorsque le rapport de travail a été convenu pour une durée indéterminée ou pour plus d'un mois, l'employeur doit informer le travailleur par écrit, au plus tard un mois après le début du

rapport de travail, sur les points suivants : le nom des parties (let. a), la date du début du rapport de travail (let. b), la fonction du travailleur (let. c), le salaire et les éventuels suppléments salariaux (let. d), la durée hebdomadaire du travail (let. e ; art. 330b al. 1 CO). Lorsque des éléments faisant l'objet de l'information écrite obligatoire au sens de l'al. 1 sont modifiés durant le rapport de travail, les modifications doivent être communiquées par écrit au travailleur, au plus tard un mois après qu'elles ont pris effet (art. 330b al. 1 CO).

E. 5.3

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 (art. 1 al. 2 LIRT). Le contrôle des salaires minimaux prescrits par un contrat-type de travail, au sens de l'art. 360a CO, relève de la compétence du conseil de surveillance, conformément à la LDét. L'OCIRT procède aux contrôles auprès des entreprises. L'inspection paritaire a également la faculté de procéder à des contrôles (art. 34A al. 1 LIRT). L'OCIRT est l'autorité compétente pour prononcer les mesures et sanctions administratives prévues à l'art. 9 LDét (art. 34B al. 1 LIRT). Demeurent réservées les compétences décisionnelles de l'OCIRT fondées sur d'autres dispositions fédérales ou cantonales (art. 34B al. 2 LIRT).

E. 5.4

Sont considérés comme travailleurs de l'économie domestique, au sens du contrat-type de travail avec salaires minimaux impératifs de l'économie domestique du 13 décembre 2011 (CTT-EDom - J 1 50.03), les travailleuses et travailleurs occupés dans un ménage privé (art. 1 al. 1 let. a CTT-EDom, dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2022). Le CTT-EDom 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 personnes handicapées et de malades, à l'assistance aux personnes âgées, aux personnes handicapées et aux malades dans la vie quotidienne (art. 1 al. 2 CTT-EDom, dans sa teneur jusqu'au 31 décembre 2022). Le salaire minimum pour un employé non qualifié était de CHF 3'625.- en 2013.- (art. 10 al. 1 let. e CTT-EDom, dans sa teneur en 2013). Depuis le 1^{er} janvier 2016, lorsque le travailleur accomplit des veilles de nuit, les salaires minimaux sont majorés d'une indemnité de CHF 7.55 par heure de veille, pour les heures entre 20h00 et 7h00 (art. 10 al. 1bis CTT-EDom, dans sa teneur depuis le 1^{er} janvier 2016). 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 (art. 10 al. 3 CTT-EDom, dans sa teneur depuis 2013). Le salaire en espèces est versé pendant les heures de travail au plus tard le dernier jour du mois ou, si ce dernier jour tombe un dimanche ou un jour férié, le jour ouvrable précédent (art. 10 al. 4 CTT-EDom, dans sa teneur depuis 2013). 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 dans sa teneur depuis 2013). Les salaires minimaux prévus aux al. 1 et 1bis ont un caractère impératif au sens de l'art. 360a CO pour une durée hebdomadaire de 45 heures. En cas de travail partiel, le salaire minimum est calculé prorata temporis (art. 10 al. 7 CTT-EDom, dans sa teneur depuis 2013). Il est recommandé d'établir le contrat de travail par écrit avant

l'entrée en fonction (art. 10bis al. 1 CCT-EDom, dans sa teneur depuis le 1^{er} janvier 2016). Le travailleur peut exiger la confirmation écrite du contrat de travail (art. 330b CO ; art. 10bis al. 2 CTT-EDom, dans sa teneur depuis le 1^{er} janvier 2016). L'employeur tient un registre des heures de travail et des jours de repos effectifs. Le travailleur peut s'informer en tout temps sur ses heures de travail, jours de repos, jours fériés et vacances qui lui restent à prendre (art. 10bis al. 3 CTT-EDom, dans sa teneur depuis le 1^{er} janvier 2016). Si l'employeur faillit à son obligation de tenir un registre, l'enregistrement de la durée du travail faite par le collaborateur vaut moyen de preuve en cas de litige (art. 10bis al. 4 CTT-EDom, dans sa teneur depuis le 1^{er} janvier 2018). L'OCIRT est l'organe de surveillance (art. 24 al. 1 CTT-EDom, dans sa teneur depuis 2013). Il est chargé notamment de contrôler le respect des salaires minimaux, les conditions de travail des jeunes gens et des personnes en formation ainsi que la sécurité des installations (art. 24 al. 2 CTT-EDom).

E. 5.5

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 (ATF 128 II 139 consid. 2b ; arrêts du Tribunal fédéral 1C_454/2017 du 16 mai 2018 consid. 4.1 ; 2C_524/2017 du 26 janvier 2018 consid. 4.2 ; ATA/880/2021 du 31 août 2021 consid. 3a et les références citées). En procédure administrative, la constatation des faits est gouvernée par le principe de la libre appréciation des preuves (ATF 139 II 185 consid. 9.2 ; 130 II 482 consid. 3.2). Le juge forme ainsi librement sa conviction, en analysant la force probante des preuves administrées, dont ni le genre, ni le nombre n'est déterminant, mais uniquement la force de persuasion (art. 20 al. 1 LPA ; ATA/382/2023 du 18 avril 2023 consid. 5b ; ATA/109/2021 du 2 février 2021 consid. 12b). De jurisprudence constante, en présence de déclarations contradictoires, la préférence doit en principe être accordée à celles que l'intéressé a données en premier lieu, alors qu'il en ignorait les conséquences juridiques, les explications nouvelles pouvant être, consciemment ou non, le produit de réflexions ultérieures (arrêt du Tribunal fédéral 9C_728/2013 du 16 janvier 2014 consid. 4.1.2 ; ATA/184/2023 du 28 février 2023 consid. 3.3).

E. 5.6

En l'espèce, l'autorité intimée a retenu que, de janvier 2010 à août 2021, l'employée avait travaillé 64 heures par semaine pour la recourante, de 7h00 à 20h00 du lundi au vendredi et de 9h00 à 20h00 le samedi pour un salaire net de CHF 2'100.-, inférieur au salaire brut minimum pour un employé domestique de CHF 3'900.- en 2013, CHF 3'969.- en 2014 et 2015, compte tenu de l'expérience professionnelle de l'intéressée dans les ménages privés, CHF 4'029.- en 2016 et 2017, CHF 4'077.- de 2018 à octobre 2020, CHF 4'485.- en novembre et décembre 2020 et CHF 4'512.- en 2021, portant la sous-enchère salariale à CHF 317'512.53 sous imputation de CHF 100'000.- versés dans le cadre de l'accord trouvé

devant l'autorité de conciliation civile. ![/endif]>![if> La recourante conteste que son employée ait travaillé 64 heures hebdomadaires. Elle se fonde sur ses propres notes, les échanges de messages WhatsApp, les déclarations de ses parents ainsi que « des témoins les plus favorables à son employée ». L'employeur soutient que son employée a travaillé 34 heures par semaine, les heures supplémentaires occasionnelles étant compensées par un horaire très allégé pendant les périodes d'absence de la famille. Elle établit le total de la sous-enchère salariale à CHF 18'284.-. Les faits avancés par la recourante ne concordent toutefois pas avec les déclarations de l'employée qui évoque un horaire convenu oralement du lundi au vendredi de 7h00 à 20h00, samedi de 9h00 à 20h00 dont deux heures de pause par jour soit 64 heures travaillées par semaine au total. Les propos de l'employée à l'OCIRT sont conformes aux déclarations qu'elle avait faites précédemment aux voisins entendus par l'OCIRT. Elle n'a ainsi jamais caché l'existence d'un prêt ni contesté avoir régulièrement perçu son salaire. Ses propos sont en conséquence cohérents et nuancés et apparaissent donc crédibles. Ces allégations de l'employée sont de surcroît compatibles avec les déclarations des voisins entendus par l'OCIRT. Ainsi L_____ a déclaré habiter dans l'immeuble depuis 2013, sortir son chien vers 7h00, 12h00, 16h00 et 21h00, soit les créneaux horaires de D_____ qu'elle croisait quasiment tous les jours. Elle avait été choquée par les horaires de celle-ci, présente déjà tôt le matin et qui partait de l'immeuble très tard le soir, tous les jours, y compris les week-ends. Elle l'avait vue plusieurs fois pleurer dans l'entrée de l'immeuble, tard le soir. Cette déposition, précise, confirme les horaires avancés par la travailleuse et fait référence à des rencontres quasi quotidiennes entre les deux femmes. Elle a de ce fait une valeur probante importante. De même, J_____, concierge de l'immeuble a confirmé qu'il croisait l'employée fréquemment, lorsqu'elle arrivait pour travailler, sortait la poubelle ou allait faire des courses. Il travaillait cinq jours par semaine en principe de 7h00 à midi et arrivait régulièrement en même temps que D_____ au travail. Cette déposition confirme les heures d'arrivée le matin de l'employée. M_____, autre voisine, s'était inquiétée l'état de santé de l'employée. D_____ lui avait proposé de venir travailler chez elle, souhaitant quitter la recourante. N_____, voisine, a aussi indiqué qu'elle croisait souvent D_____ dans l'immeuble, à toute heure de la journée et même de la soirée. Elle l'avait vue, à plusieurs reprises, faisant la lessive le week-end à la buanderie commune au premier sous-sol de l'immeuble. Elle avait été frappée par sa présence car il s'agissait de la seule femme de ménage qu'elle voyait travailler le week-end et celle qu'elle voyait le plus fréquemment. À cela s'ajoutent les échanges de messages sur WhatsApp de l'employée avec chacun des membres de la famille, y compris les enfants, lesquels prouvent la disponibilité de l'intéressée entre 7h00 et 22h00 ainsi que les samedis. L'OCIRT a établi un tableau depuis le 1 er janvier 2016 détaillant, sur 55 pages, les horaires qu'il retenait, jour après jour, comme ayant été travaillés par l'employée notamment en fonction des conversations WhatsApp avec la recourante, son compagnon et ses deux fils. À titre d'exemple, le 12 juin 2016, la recourante demandait à son employée de venir le lundi 13 juin 2016 à 6h30 du matin ou indiquait le 20 juin 2016 « pas besoin de venir tôt, venez à 7h du matin » (traduction libre). L'OCIRT a par ailleurs mis en relation ces informations avec le relevé de la recourante, lequel mentionne les déplacements de l'employée en Italie et les absences de membres de la famille. Il en ressort toutefois qu'alors que l'employeur indique des vacances d'été, la recourante échange des messages avec son employée quant aux courses alimentaires à effectuer et le repas à confectionner pour son fils de 15 ans (29 et 30 juillet 2016). De même alors que l'employeur relève l'absence de son employée, en Italie, du mercredi 28 septembre au dimanche 2 octobre, il ressort de la conversation

WhatsApp que l'intéressée a travaillé le dimanche pour compenser le samedi. Le samedi 14 janvier 2017 le dernier message a eu lieu à 23h25, à l'instar de la semaine qui suit où l'employée a adressé, le 17 janvier 2017 un message à 23h33 avant de recommencer à 6h30 le lendemain. Le 4 février 2017 alors que l'employeur mentionne un congé, l'employée a commencé son travail à 8h00 au lieu de 9h00, à l'instar du lundi de Pentecôte 5 juin 2017 où l'employeur mentionne un congé alors que les messages indiquent que l'employée a commencé à 8h30 du matin. Les exemples de ce type sont multiples. Il sera par ailleurs relevé que si les enfants, âgés de 12 et 15 ans en 2016 et de 16 et 19 ans en 2020 n'avaient plus besoin d'être gardés, les échanges de messages par WhatsApp avec l'employée confirment qu'elle préparait les repas, les informait du moment où ils seraient prêts, veillait à leur heure de rentrée le soir voire se coordonnait parfois avec eux pour certaines tâches ménagères, notamment pour le nettoyage. Par conséquent, comme l'a à juste titre constaté l'autorité intimée, la version de la recourante n'est pas crédible. Pour le surplus, elle ne conteste pas dans le détail le tableau établi avec soin et précision par l'autorité intimée. Aucun élément concret ne permet en conséquence de considérer que le montant total de CHF 317'512.53 bruts retenu au titre de sous-enchère salariale pour la période concernée serait erroné. Enfin et surtout, contrairement à ses obligations, la recourante n'a pas informé son employée par écrit, au début des rapports de travail, des éléments prévus par l'art. 330b al. 1 CO, comprenant notamment le salaire et les éventuels compléments salariaux ainsi que la durée hebdomadaire de travail. Elle n'a pas non plus tenu de registre de travail et des jours de repos effectifs ni remis à son employée de décompte de salaire comme exigé par la CTT-EDom. La faute est en conséquence établie et est grave.

E. 6

La recourante conteste la quotité de la sanction et les critères retenus par l'autorité intimée.!

E. 6.1

Contrairement à ce que soutient la requérante, et conformément à ce qui précède, la prescription pénale n'est pas acquise pour la sous-enchère salariale antérieure au 28 mars 2020, le montant de la sous-enchère salariale s'élève à 317'512.53 pour la période 2013 à 2021 et non à CHF 18'284.- et est donc particulièrement important. De même, conformément aux considérants qui précèdent, le montant maximum de l'amende est de CHF 30'000.- et non de CHF 5'000.-. À juste titre l'autorité intimée a retenu à charge de la recourante qu'elle n'avait pas déclaré son employée aux assurances sociales obligatoires. L'éventuelle requête de son employée dans ce sens n'est pas de nature à la disculper. Cette situation irrégulière en Suisse de l'employée a permis à l'employeur de violer de façon crasse des règles impératives en matière de protection des travailleurs les plus vulnérables. Contrairement à ce que soutient l'employeur qui allègue que les conditions de travail n'étaient pas mauvaises, force est de constater que les personnes auditionnées par l'autorité intimée ont indiqué avoir régulièrement vu pleurer l'employée. Elle avait de même cherché à se faire embaucher par des voisins. La recourante se prévaut de l'absence d'antécédents et du fait que l'infraction ne porte que sur un cas. Ces seuls éléments ne permettent pas d'atténuer le montant de l'amende au vu de la longue durée de l'infraction et de l'importance des violations commises. L'autorité intimée a, à juste titre, considéré la collaboration de la recourante comme mauvaise. L'envoi des certificats de salaire de ses deux autres employés, les réponses dans les délais et la transmission d'un « maximum d'informations et de documents en sa possession et effectuant toutes les

démarches nécessaires afin de régulariser la situation » de son employée ne sont pas de nature à infléchir cette appréciation. Ce n'est que parce que l'employée a saisi les tribunaux qu'une solution a été ébauchée. Aucune proposition spontanée n'a émané de l'employeur qui a persisté à nier la réalité des faits. L'autorité intimée a toutefois retenu qu'une partie des faits s'était déroulée sous l'ancien droit et indique avoir déjà atténué la quotité de l'amende. Il n'y a donc par lieu d'en tenir compte une seconde fois en diminuant la quotité de l'amende. Les critères retenus par l'autorité intimée pour fixer le montant de l'amende sont en conséquence pertinents. En limitant le montant total de l'amende à deux tiers du montant maximal, il ne peut être reproché à l'autorité intimée d'avoir abusé de son large pouvoir d'appréciation.

E. 6.2

Les cas mentionnés par la recourante dans lesquels la chambre de céans a réduit l'amende ne sont pas comparables à sa situation. Si dans l' ATA/894/2022 du 6 septembre 2022 la violation de la CTT-EDom portait sur CHF 381'701,- mais concernait cinq employées, la réduction de CHF 28'000.- à CHF 14'000.- de l'amende était notamment justifiée par la difficulté rencontrée par l'OCIRT de déterminer qui était employeur, de ses hésitations à cet égard, ainsi que de la position de la mère de la recourante qui avait d'emblée indiqué être l'employeuse. L' ATA/871/2020 a retenu, à tort, qu'une partie de la sous-enchère avait été atteinte par la prescription pénale, raison de la réduction de l'amende. La problématique de la prescription a fait l'objet de l'arrêt de principe ultérieur ATA/917/2021 précité de la chambre de céans. Enfin, la recourante se réfère à ce dernier arrêt. Or, l'autorité intimée y a, à l'instar du présent cas, tenu compte, dans un sens atténuant la fixation de la peine, qu'une partie de l'infraction avait été accomplie alors que la sanction était moins grave. La décision est en conséquence conforme au droit et sera confirmée.

E. 7

Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 1'000.- sera mis à la charge de la recourante (art. 87 al. 1 LPA). Il ne sera pas alloué d'indemnité de procédure (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *