

GE_GERICHTE A/3071/2023 vom 28. März 2025

GE Cour de justice, 2025-03-28, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_A_3071_2023

FR: GE_GERICHTE A/3071/2023 du 28 mars 2025

IT: GE_GERICHTE A/3071/2023 del 28 marzo 2025

Erwägungen

E. 2

La recourante sollicite l'audition de plusieurs témoins et la production de pièces complémentaires relatives aux UPE.

E. 2.1

Tel qu'il est garanti par l'art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101), le droit d'être entendu comprend notamment le droit pour l'intéressé d'offrir des preuves pertinentes et d'obtenir qu'il y soit donné suite (ATF 145 I 167 consid. 4.1 ; 142 III 48 consid. 4.1.1 ; 140 I 285 consid. 6.3.1). Ce droit ne s'étend qu'aux éléments pertinents pour l'issue du litige et n'empêche pas la juge de renoncer à l'administration de certaines preuves et de procéder à une appréciation anticipée de ces dernières, si elle acquiert la certitude que celles-ci ne l'amèneront pas à modifier son opinion ou si le fait à établir résulte déjà des constatations ressortant du dossier. En outre, il n'implique pas le droit d'être entendu oralement, ni celui d'obtenir l'audition de témoins (ATF 145 I 167 consid. 4.1 ; 140 I 285 consid. 6.3.1 ; 138 III 374 consid. 4.3.2).

E. 2.2

En l'espèce, l'intimé a produit les extraits du procès-verbal de la séance du CSME du 19 janvier 2018 décidant de l'édiction des UPE, le document intitulé « principes d'édiction des usages sur la base de la règle d'or » édité par le CSME ainsi que les « Principes généraux et seuils » établis par l'observatoire genevois du marché du travail, document également validé par le CSME. Les UPE ainsi que les différentes échelles de traitement sont disponibles sur internet et ont d'ailleurs été produits par la recourante. Il n'apparaît pas que la production d'autres documents soit nécessaire pour trancher le litige. L'audition des témoins D_____, E_____, F_____, G_____, H_____ et I_____ ne s'avère pas pertinente pour l'issue du litige. En effet, la décision querellée ne retient pas de sous-enchère salariale commise au détriment de ces employées. Elle reproche, en revanche, à la recourante son défaut de collaboration concernant les documents à produire au sujet de ces personnes. Or, même en admettant, comme le soutient la recourante, que celles-ci n'étaient pas ses employées – contrairement à ce qu'elle avait affirmé dans ses premiers écrits adressés à l'OCIRT – il lui appartenait néanmoins d'apporter toutes pièces utiles à cet égard. Les témoins dont l'audition est requise ne sont pas en mesure d'apporter des informations utiles pour apprécier le bien-fondé du reproche de manque de collaboration de la recourante en ce qui concerne les renseignements à fournir à l'OCIRT. L'audition de P_____, mère d'un élève, demandée afin d'établir l'heure d'ouverture de la crèche, n'apparaît pas non plus nécessaire. En effet, les éléments au dossier, notamment les déclarations des témoins déjà entendues, permettent à la chambre administrative de se prononcer sur ce point. Il ne sera donc pas procédé à l'audition de ce témoin. Il en va de

même du témoin N_____. Les éléments figurant au dossier, notamment les pièces apportées par les parties et les déclarations des témoins déjà entendues permettent à la chambre de céans de statuer sur les points litigieux. Le dossier apparaissant complet, il ne sera pas procédé à d'autres actes d'instruction.

E. 3

La recourante se plaint également d'un défaut de motivation de la décision querellée.

E. 3.1

Le droit d'être entendu garanti par l'art. 29 al. 2 Cst. implique également l'obligation pour l'autorité de motiver ses décisions, afin que le justiciable puisse les comprendre et exercer ses droits de recours à bon escient (ATF 143 IV 40 consid. 3.4.3 ; 141 V 557 consid. 3.2.1). Il suffit cependant que l'autorité mentionne, au moins brièvement, les motifs qui l'ont guidée et sur lesquels elle a fondé sa décision, de manière à ce que l'intéressé puisse se rendre compte de la portée de celle-ci et l'attaquer en connaissance de cause (ATF 142 II 154 consid. 4.2). L'autorité n'est pas tenue de prendre position sur tous les moyens des parties et peut se limiter aux questions décisives (ATF 146 II 335 consid. 5.1 ; 142 II 154 consid. 4.2).

E. 3.2

En l'espèce, la décision querellée expose les manquements reprochés à la recourante et les motifs justifiant selon l'OCIRT le prononcé et la quotité de l'amende et le refus de délivrer l'attestation prévue par l'art. 25 LIRT. L'intimé, qui au demeurant n'était pas tenu de se prononcer sur l'ensemble des griefs soulevés par la recourante dans le cadre de l'exercice de son droit d'être entendue, a ainsi satisfait aux exigences de motivation. La recourante a d'ailleurs parfaitement compris la décision, comme le démontrent non seulement son recours, mais également ses écritures détaillées produites durant la procédure. Le grief est ainsi manifestement mal fondé.

E. 4

Le litige porte sur la conformité au droit de la décision de l'OCIRT sanctionnant la recourante pour le non-respect des UPE.

E. 4.1

Le principe et l'application des usages au secteur de la petite enfance sont régis par la loi sur l'accueil préscolaire du 12 septembre 2019 (LAPr - J 6 28).

E. 4.1.1

À teneur de l'art. 1 LAPr, celle-ci s'applique à toutes les structures d'accueil soumises à surveillance autorisées à exercer une activité conformément à la législation fédérale et cantonale sur le placement d'enfants hors du milieu familial (al. 1), ainsi qu'à l'accueil familial de jour et aux structures qui en assurent la coordination (al. 2). Selon l'art. 3 let. a LAPr, sont des structures d'accueil préscolaire, les institutions qui accueillent collectivement les enfants d'âge préscolaire, dites à prestations élargies, celles qui sont ouvertes au moins 45 heures par semaine, avec repas de midi et une ouverture annuelle sur au moins 45 semaines (ch.1), le cas échéant à prestations restreintes, lorsqu'elles ne remplissent pas les trois conditions cumulatives précitées (ch. 2).

E. 4.1.2

Aux termes de l'art. 30 al. 1 LAPr, le DIP autorise et surveille les structures d'accueil préscolaire sur tout le territoire cantonal en application des dispositions fédérales et cantonales relatives aux mineurs placés hors du foyer familial. Selon l'art. 30 al. 2 let. f LAPr, la délivrance et le maintien de l'autorisation d'exploitation d'une structure d'accueil préscolaire sont subordonnés notamment au respect par l'exploitant d'une convention collective de travail pour le personnel de la petite enfance ou du statut du personnel de la collectivité publique dont la structure fait partie, ou des conditions de travail et prestations sociales en usage à Genève, au sens de la LIRT.

E. 4.1.3

L'art. 24 du règlement d'application de la LAPr du 29 juin 2022 (RAPr - J 6.28.01) prévoit que par voie de directive, le SASAJ dresse la liste des documents constituant le dossier à présenter en vue de la délivrance d'une autorisation et établit les formulaires nécessaires (al. 2). Il peut exiger toute pièce justificative et demander des renseignements complémentaires (al. 3).

E. 4.1.4

Une motion M 2789 « Pour mettre fin à l'étranglement des crèches privées », a été déposée le 20 septembre 2021 auprès du Grand Conseil. Cette motion, visant notamment à suspendre sans délai l'application obligatoire, pour les structures de la petite enfance non-subsidées, des UPE établis par l'OCIRT a été votée par le Grand Conseil le 14 octobre 2022 et invite le Conseil d'État à procéder à toute modification législative ou réglementaire nécessaire à favoriser le maintien et la création de structures de la petite enfance non subsidées. Parallèlement à cette motion, un projet de loi PL 13184 modifiant la LAPr « Pour permettre aux crèches non subsidées d'offrir une alternative aux familles » a été déposé au Grand Conseil le 26 septembre 2022. Il prévoyait de remplacer à l'art. 20 al. 2 let. f LAPr la référence aux UPE par celle au salaire minimum, entré en vigueur le 1^{er} novembre 2020, prévu par la LIRT. Ce projet de loi, adopté par le Grand Conseil le 23 juin 2023, a fait l'objet d'un référendum. Le 9 juin 2024, ledit projet a été rejeté en votation populaire.

E. 4.2

La LIRT a notamment pour objet les conditions de travail et prestations sociales en usage à Genève (art. 1 al. 1 let. c).

E. 4.2.1

Selon l'art. 23 LIRT, l'OCIRT est l'autorité compétente chargée d'établir les documents qui reflètent les conditions de travail et prestations sociales en usage à Genève (ci-après : usages), sur la base des directives émises par le conseil de surveillance du marché de l'emploi (CSME) (al. 1). Pour constater les usages, il se base notamment sur les CCT, les contrats-types de travail, les résultats de données recueillies ou d'enquêtes menées auprès des entreprises, les travaux de l'observatoire dont son calculateur des salaires ainsi que sur les statistiques disponibles en la matière (al. 2). Les usages ne peuvent en aucun cas prévoir un salaire minimum inférieur à celui fixé à l'art. 39K (al. 2bis). Sauf exception reconnue par le CSME, les CCT qui ont fait l'objet d'une décision d'extension sont réputées constituer les usages du secteur concerné. L'al. 2bis est réservé (al. 3). L'office met ces informations à disposition du public intéressé par tout moyen approprié, notamment par le biais de l'Internet (al. 4).

E. 4.2.2

Selon l'art. 25 LIRT, sont soumises au respect des usages les entreprises pour lesquelles une disposition légale, réglementaire ou conventionnelle spéciale le prévoit (al. 1). Les entreprises soumises au respect des usages peuvent être amenées à signer auprès de l'office un engagement à respecter les usages lorsque cela est prévu par le dispositif ou lorsque l'entité concernée le demande. L'office délivre à l'entreprise l'attestation correspondante, d'une durée limitée (al. 3). Jusqu'au 1^{er} juin 2023, l'art. 25 aLIRT prévoyait que « toute entreprise soumise au respect des usages, en vertu d'une disposition légale, réglementaire ou conventionnelle, doit en principe signer auprès de l'office un engagement de respecter les usages. L'office délivre à l'entreprise l'attestation correspondante, d'une durée limitée (al. 1) » et que « l'engagement vaut pour l'ensemble du personnel concerné. Il prend effet au jour de sa signature, sous réserve de l'alinéa 3 » (al. 2). Contrairement à ce que semble soutenir la recourante, son obligation de respecter les UPE ne dépendait pas de l'engagement à s'y conformer. L'art. 25 aLIRT prévoyait uniquement, pour les entreprises soumises au respect des usages – comme la recourante –, la nécessité de signer un engagement écrit de s'y conformer. Il ressort du texte même de la disposition que la signature d'un tel engagement n'était nullement constitutive, en tant que telle, de l'obligation de respecter les usages ; cette obligation résultait de la loi.

E. 4.2.3

Selon l'art. 26 LIRT, le département est compétent pour contrôler le respect des usages au sein des entreprises concernées. Cette compétence est exercée par l'OCIRT, sous réserve de l'al. 2. L'inspection paritaire a également la faculté d'effectuer de tels contrôles (al. 1). Dans les secteurs couverts par une convention collective de travail étendue, le département peut déléguer aux associations contractantes le contrôle du respect des usages, par le biais d'un contrat de prestations (al. 2).

E. 4.3

Selon l'art. 26A LIRT, les entreprises en infraction aux usages font l'objet des mesures et sanctions prévues aux art. 44A et 45 (al. 1). L'art. 45 al. 1 let. a est applicable lorsqu'une entreprise conteste les usages que l'office entend lui appliquer (al. 2).

E. 4.4

Les UPE 2020 – dont la dernière mise à jour du 1^{er} septembre 2024 est entrée en vigueur le 1^{er} décembre 2024 –, sont entrés en vigueur le 1^{er} novembre 2020. Ils ont été établis par l'OCIRT, sur la base de la LIRT et de la décision du CSME du 19 janvier 2018 et sont disponibles en ligne (www.ge.ch/document/12096/ telecharger). Les UPE reflètent les conditions minimales de travail et de prestations sociales en usage sur le canton de Genève (art. I al. 1). Ils concernent les entreprises visées à l'art. 25 LIRT (art. I al. 2). Les dispositions spécifiques au secteur mentionnées au titre 3 sont tirées des dispositions de la CCT de la Ville de Genève mentionnée en préambule (art. I al. 3). Comme cela ressort du procès-verbal de la séance du 19 janvier 2018 du CSME et des principes d'édiction des usages sur la base de la règle d'or, en particulier, le respect des UPE a été rendu obligatoire, notamment en ce qui concerne le type d'activité exercé, les heures de travail et de repos, les salaires et indemnités, les vacances et jours fériés ainsi que les assurances.

E. 4.4.1

Selon l'art. II al. 1, les UPE s'appliquent à tout employeur, toute entreprise et secteur d'entreprise, suisse ou étranger, qui effectue ou fait effectuer dans le canton de Genève, à titre principal ou accessoire, de l'accueil dans les structures de la petite enfance. Les UPE règlent notamment le salaire minimum (art. IIIbis), la relation avec le contrat individuel de travail (art. IV), les contrôles (art. V), les sanctions (art. VI), les voies de recours (art. VII) et la faculté pour l'OCIRT de résilier l'engagement à respecter les usages d'une entreprise, notamment lorsque celle-ci n'est plus tenue de les respecter (art. VIII). Une annexe régulièrement mise à jour (www.ge.ch/document/12096/annexe/0) fixe, pour les structures à prestations élargies et restreintes, les salaires et leur progression selon l'ancienneté, pour une durée hebdomadaire de travail et 39 et 40 heures, pour les responsables de secteur, les directrices, les adjointes pédagogiques, les éducatrices, les assistantes socio-éducatives, les auxiliaires II, les auxiliaires, les psychomotriciennes, les aides, les stagiaires et apprenties, les secrétaires comptables qualifiées, les secrétaires qualifiées, les cuisinières diplômées et non diplômées, les aides de cuisine, les jardinières diplômées et non diplômées, les lingères, le personnel de maison, ainsi que la durée et les dates des congés et vacances annuelles et le mode de calcul des salaires et des taux de vacances.

E. 5

La recourante fait valoir que la décision querellée, ainsi que les UPE et l'art. 30 al. 2 let. f de LAPr sur lesquels elle se fonde, viole sa liberté économique et les principes de l'égalité de traitement, dès lors qu'elle est soumise au même régime que les crèches subventionnées, et d'interdiction de l'arbitraire. Les UPE étaient le fruit de négociations entre la ville de Genève et les syndicats de la fonction publique. Les salaires prescrits étaient particulièrement élevés et économiquement pas supportables par des entités privées non subventionnées. Les UPE ne constituaient pas une base légale permettant de restreindre sa liberté économique, n'étaient pas aptes à atteindre un but, sans intérêt public.

E. 5.1

Dans un arrêt récent 2C_577/2023 du 9 avril 2024, le Tribunal fédéral a examiné la conformité de l'art. 30 al. 2 let. f de LAPr, notamment en tant qu'il impose le respect des UPE. Aux termes d'un examen détaillé, il a retenu qu'imposer le respect des UPE qui reflètent les conditions minimales de travail et de prestations sociales en usage dans le canton de Genève dans les structures d'accueil de la petite enfance, n'est pas constitutif d'une inégalité de traitement par rapport aux crèches exploitées par les communes ou subventionnées par celles-ci. En effet, il s'agit de respecter un standard minimal à toute la profession, les structures subventionnées devant respecter des obligations supplémentaires. La critique visant la charge financière causée par le respect des usages alors qu'une structure ne bénéficiait d'aucune subvention revient à s'en prendre au système de subventionnement et non à l'obligation de respecter les usages. Or, la liberté économique ne confère aucun droit à une subvention de la part de l'État. Le fait de ne pas percevoir de subvention pour l'exploitation d'une crèche ne viole pas l'égalité de traitement entre concurrents directs. Si certaines crèches bénéficient de subventions, celles-ci ne peuvent pas, contrairement aux crèches privées, prétendre au plein exercice de leur liberté économique. D'ailleurs, certaines obligations n'incombent qu'aux crèches subventionnées. Celles-ci doivent notamment fixer la participation financière des parents en fonction de la capacité économique de ceux-ci et du nombre d'enfants à leur charge (art. 20 LAPr). Cette restriction est motivée par l'objectif de garantir l'égalité de traitement entre les parents des enfants qui fréquentent une structure d'accueil subventionnée et celui de fixer un prix correspondant à leur capacité économique.

Les crèches subventionnées ne peuvent ainsi pas appliquer systématiquement le plafond des tarifs, sont tenues d'ouvrir les places d'accueil préscolaire à tous les enfants sans discrimination, en particulier les enfants à besoins spécifiques, de financer la formation continue de leur personnel, notamment (consid. 4.3). Imposer le respect des usages n'implique donc pas une distorsion de concurrence, une inégalité de traitement et une violation du principe de la neutralité de l'état en matière de concurrence (consid. 4.5).

E. 5.1.1

Il ne peut être retenu qu'il n'existe aucun intérêt public à garantir aux travailleurs du secteur de la petite enfance des conditions salariales plus favorables que le salaire minimum genevois. En effet, imposer aux employeurs d'appliquer des conditions de travail et de salaire conformes aux usages de la profession et de la région, lesquels sont établis sur la base des conventions collectives de travail, des contrats-types de travail, des résultats de données recueillies ou d'enquêtes menées auprès des entreprises, des travaux de l'observatoire, dont son calculateur des salaires, ainsi que sur les statistiques disponibles en la matière (art. 23 al. 2 LIRT), comme en l'espèce, permet d'éviter la sous-enchère salariale et d'assurer la qualité de la prise en charge des enfants. L'exigence du respect des UPE prévue à l'art. 30 al. 2 let. f LAPr poursuit ainsi des objectifs de politique sociale et un intérêt public conformes à l'art. 36 al. 2 Cst. (consid. 5.4).

E. 5.1.2

Sous l'angle de la proportionnalité, il y a lieu de se référer à la volonté du législateur cantonal. Celui-ci a voulu consacrer, à l'art. 23 al. 2 LIRT, le principe de la pluralité des sources pour dégager un usage dans une profession ou une branche économique. Selon le commentaire des articles du projet de loi, il n'y a pas à proprement parler de hiérarchie des sources. Cela étant, une éventuelle convention collective pour un secteur économique donné représentera la première source d'informations vers laquelle se tournera l'OCIRT (commentaire du projet de loi sur l'inspection et les relations du travail déposé le 19 mars 2003, PL 8965, p. 33). Compte tenu de la manière de constater les usages prévue par le législateur cantonal, on ne voit pas en quoi une disposition imposant le respect d'usages, qui représentent précisément les conditions de travail et les prestations usuelles de la branche économique en cause dans la région genevoise, pourrait revêtir un caractère disproportionné. L'augmentation des charges que cela peut impliquer pour les structures soumises au respect des UPE ne suffit pas à rendre la disposition cantonale en tant que tel contraire aux art. 27 et 36 al. 3 Cst. En effet, cette exigence apparaît comme une mesure adéquate et proportionnée pour garantir la protection des conditions salariales et des prestations sociales des travailleurs du secteur de la petite enfance et assurer la qualité de l'accueil des enfants en âge préscolaire. Conformément à la jurisprudence relative à l'art. 94 Cst., l'éventuelle charge financière qu'implique le respect des usages, qui ne pourrait pas être compensée par des subventions, apparaît comme un inconvénient réduit à ce qui est nécessaire pour éviter la sous-enchère salariale, puisque les UPE reflètent les conditions minimales de travail et de prestations sociales dans le secteur de la petite enfance. Le grief de violation de la liberté économique est donc infondé. (consid. 5.5).

E. 5.1.3

Dans la mesure où le respect des usages prévu à l'art. 30 al. 2 let. f LAPr est une exigence légale qui apparaît proportionnée, au vu des buts d'intérêt public recherchés, elle ne paraît pas non plus contraire à l'art. 203 al. 1 Cst-GE, qui prévoit que le canton et les communes

encouragent la création et l'exploitation de crèches. L'obligation prévue à l'art. 30 al. 2 let. f L'APr de respecter au moins les usages n'empêche pas, en tant que telle, le canton et les communes d'encourager la création et l'exploitation de crèches (consid. 6.1).

E. 5.1.4

Pour le surplus, les dispositions cantonales litigieuses ne violent pas le principe de primauté du droit fédéral (consid. 8.2). En particulier, en tant que la LIRT implique, en sus de ce salaire minimum, la détermination de plusieurs salaires planchers distincts, selon la profession ou la branche économique, elle ne se heurte pas non plus au droit fédéral (consid. 8.3).

E. 5.2

Au vu de la motivation détaillée de l'arrêt précité, qui examine précisément les griefs de violation de la liberté économique, du principe de l'arbitraire et de l'interdiction de l'inégalité de traitement soulevés également in casu par la recourante à l'encontre de l'art. 30 al. 2 let. f L'APr et des UPE, la chambre les écartera, se référant expressément à l'arrêt précité.

E. 6

La recourante fait valoir que l'application automatique des UPE viole les dispositions sur l'extension des conventions collectives. Elle perd de vue que l'art. 23 LIRT charge l'OCIRT d'identifier les conditions de travail et prestations sociales en usage dans le canton et de constater les usages, en se basant notamment sur les CCT, les contrats-types de travail, les résultats de données recueillies ou d'enquêtes menées auprès des entreprises, les travaux de l'observatoire dont son calculateur des salaires ainsi que sur les statistiques disponibles en la matière. Comme l'a déjà constaté la chambre de céans (ATA/849/2024 du 15 juillet 2024 consid. 10.1), aucune CCT n'a été étendue formellement. L'OCIRT n'a rien fait d'autre que de constater les UPE en tenant compte de la CCT de la Ville de Genève, et s'est ainsi conformé à la loi. La recourante soutient que l'OCIRT aurait étendu matériellement la CCT de la Ville de Genève. Ce faisant, elle raisonne contre la systématique de la loi, qui prévoit au contraire que sauf exception reconnue par le CSME, les CCT qui ont fait l'objet d'une décision d'extension sont réputées constituer les usages du secteur concerné sous réserve du respect du salaire minimal (art. 23 al. 3 LIRT). L'OCIRT a tenu compte de la CCT de la Ville de Genève pour constater les UPE, et non pas appliqué la présomption de l'art. 23 al. 3 LIRT, ce qu'il n'aurait en toute hypothèse pas pu faire en l'absence de CCT étendue (ATA/849/2024 précité). Faute d'extension de la CCT, la loi fédérale du 28 septembre 1956 permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail du 28 septembre 1956 (LECCT - RS 221.215.311) ne trouve pas application en l'espèce, et ce grief tombe à faux. Comme exposé ci-avant (consid. 5), le salaire usuel dans une branche permet de déterminer si une sous-enchère salariale a lieu. Dans le canton de Genève, l'octroi de l'autorisation d'exploiter une structure d'accueil de la petite enfance est subordonné au respect des conditions salariales minimales telles qu'elles ressortent des UPE. Ces derniers servent de référentiel pour analyser l'existence, dans le domaine en question, de situations de sous-enchère salariale. Les UPE tiennent compte de la CCT du personnel des structures d'accueil de la petite enfance de la Ville de Genève, qui respecte la « règle d'or » émise par le CSME et a été négociée par le syndicat des services publics et le syndicat interprofessionnel de travailleuses et travailleurs, d'une part, et l'association faîtière des employeurs de structures d'accueil de la petite enfance, d'autre part. Vu les

partenaires à la CCT ainsi que les indications fournies par la recourante elle-même, qui se réfère aux débats du Grand Conseil (<https://ge.ch/grandconseil/data/texte/MO2789A.pdf>) lors desquels l'OCIRT avait exposé que 75 institutions de la Ville de Genève relevaient de la CCT, ce qui représentait la majorité des places d'accueil et du personnel et que les statistiques fournies à cet occasion recensaient les places d'accueil, il n'y a pas de raison de s'écarter du constat que la CCT s'appliquait à la majorité des travailleurs dans ce secteur. En effet, compte tenu des exigences du nombre de personnel prescrit par groupe d'enfants, les places d'accueil fournissent, contrairement à ce que soutient la recourante, un critère fiable de l'estimation du nombre de personnel nécessaire aux structures d'accueil de la petite enfance. Partant, c'est conformément à la LIRT et aux directives du CSME que l'OCIRT était fondé à se servir des UPE comme référentiel lors de son contrôle de l'existence de situations de sous-enchère salariale dans le domaine de l'accueil de la petite enfance.

E. 7

La recourante conteste les reproches retenus à son encontre. Avant de les examiner, il convient de préciser la période pouvant être prise en considération, au regard du délai de prescription applicable en la matière.

E. 7.1

Ni la LPA ni la LIRT 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/949/2024 du 14 août 2024 consid. 3.1 ; ATA/1308/2020 du 15 décembre 2020 consid. 3a). 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 du 7 septembre 2021 consid. 2a ; ATA/871/2020 du 8 septembre 2020 consid. 2d).

E. 7.2

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 - code pénal I*, 2^e 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. 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. 7.3

En l'espèce, l'ensemble des manquements retenus par l'OCIRT étaient encore en cours à la fin du mois de mars 2023, lorsque, le 13 avril 2023, l'OCIRT a adressé à la recourante un avertissement contenant ses constats et l'invitant à exercer une dernière fois son droit d'être entendue. Le tableau annexé à l'avertissement du 13 avril 2023 comporte le détail de la

sous-enchère salaire reprochée à la recourante jusqu'à fin mars 2023. Pour deux employées, K_____ et J_____, la sous-enchère salariale avait pris fin en septembre 2022, respectivement en septembre 2020. Celle concernant J_____ étant désormais prescrite, il ne peut plus en être tenu compte. Les autres périodes ne sont pas prescrites.

E. 8

Il convient d'examiner si et, le cas échéant, dans quelle mesure le reproche de ne pas avoir respecté ses obligations salariales est fondé.

E. 8.1

Il est ressorti des enquêtes que les employées de la recourante accueillait les enfants de 7h45 à 16h15. L'enfants arrivant dès 8h00, il est manifeste que les employées étaient sur les lieux peu avant 8h00, afin de pouvoir accueillir les enfants, étant rappelé que la crèche accueillait aussi des nourrissons. Les employées assistaient à une réunion une à deux fois par mois allant jusqu'à 17h00 ou 17h15. Compte tenu de la pause de midi que l'ensemble des témoins entendues ont indiqué prendre systématiquement et des colloques précités, les employées travaillant à 100% assumaient une présence hebdomadaire moyenne de 32 heures. Plusieurs témoins ont également fait état d'activités faites en dehors des heures de présence des enfants telles que la préparation de la newsletter destinée chaque semaine aux parents (témoin AA_____), la « grande réunion avec les parents » (témoin O_____) ou encore la préparation et la présence à des fêtes religieuses ou de départ (témoin AA_____). Selon les UPE, le personnel éducatif à plein temps a droit à un temps de préparation de 4 heures par semaine de temps de travail hors de la présence des enfants (art. 15 UPE). Il convient donc de retenir un horaire hebdomadaire de 36 heures pour le personnel éducatif, soit un horaire de quatre heures hebdomadaires de moins que celui prévu par les UPE pour une activité exercée à plein temps. Cette différence est cependant justifiée en l'espèce, la crèche exploitée par la recourante fermant ses portes le vendredi après-midi, pour des motifs religieux. L'OCIRT en a d'ailleurs dûment tenu compte en intégrant cet élément dans les calculs des salaires bruts dus selon les UPE, au pro rata de la durée de travail hebdomadaire effective.

E. 8.2

Les UPE prévoient un 13^{ème} salaire progressif, qui est fonction de l'ancienneté (art. 30) de même que le versement d'une annuité (art. 29). Le salaire initial tient compte de l'expérience professionnelle dans l'activité concernée (art. 28). L'employée participe à hauteur d'un tiers au paiement de la prime d'assurance perte de gain en cas de maladie (art. 37) et à concurrence de 0.1% de son traitement au paiement de la prime d'assurance-accidents non professionnels (art. 38).

E. 8.3

La recourante fait valoir une inégalité de traitement avec d'autres crèches à qui la mise en œuvre des UPE n'aurait été imposée qu'en 2022. Ce grief tombe à faux. Outre le fait que la recourante n'apporte aucun élément de preuve à l'appui de son allégation, celle-ci est contredite par la jurisprudence de la chambre de céans, qui a constaté dans plusieurs espèces (ATA/849/2024 du 15 juillet 2024 ; ATA/1010/2023 précité), en dernier lieu dans une décision sur effet suspensif (ATA/284/2025 du 19 mars 2025), que l'autorité intimée vérifie le respect des UPE et sanctionne les écarts depuis 2020. En revanche, les UPE ont subi des modifications importantes, entrées en vigueur le 1^{er} novembre 2020, sur lesquelles l'OCIRT s'est appuyé dans la décision querellée. Si la recourante devait ainsi se

conformer dès le 1^{er} novembre 2018 aux règles applicables au personnel oeuvrant dans l'accueil de la petite enfance, elle ne s'exposait, compte tenu du délai d'adaptation accordé par l'OCIRT aux structures de type communautaire, que dès le 1^{er} janvier 2020 à des sanctions en cas de non-respect desdites règles. Il ressort du dossier que l'OCIRT s'est montré particulièrement souple à l'égard de la recourante, acceptant alors que les conditions d'une reconsidération n'étaient pas remplies, de reprendre son examen. Les conditions de rémunération pris en compte étant celles applicables dès le 1^{er} novembre 2020, la chambre de céans n'examinera la conformité des conditions d'emploi et de rémunération des employés de la recourante qu'à partir de cette date.

E. 8.4

La sous-enchère salariale concernant AA_____, employée depuis septembre 2012 en qualité d'auxiliaire, mais ayant entrepris dès septembre 2022 une formation en vue d'obtenir le diplôme d'ASE et l'ayant obtenu en juillet 2023, a été détaillée dans l'annexe à l'avertissement du 13 avril 2023, dont les montants y figurant sont repris de l'échelle de traitement annexée aux UPE. Il ressort de cette annexe que, pour une activité exercée 32 heures avant le début de la formation d'ASE, AA_____ aurait dû percevoir, selon l'échelle de traitement annexée aux UPE, un salaire brut de CHF 4'041.08 en 2020, de CHF 4'0962.46 en 2021, de CHF 4'292.59 jusqu'en août 2022, puis dès le début de sa formation, de CHF 4'829.17 jusqu'en décembre 2022 et de CHF 4'946.79 en 2023. Or, ladite employée a perçu, pendant la même période, un revenu brut de CHF 3'400.-, respectivement de CHF 4'650.- depuis septembre 2022. Il en découle une sous-enchère salariale, entre novembre 2020 et fin mars 2023, de CHF 18'561.14 ($2 \times (\text{CHF } 4'041.08 - \text{CHF } 3'400.-) + 12 \times (\text{CHF } 4'0962.46 - \text{CHF } 3'400.-) + 8 \times (\text{CHF } 4'292.59 - \text{CHF } 3'400.-) + 4 \times (\text{CHF } 4'829.17 - \text{CHF } 4'650.-) + 3 \times (\text{CHF } 4'946.79 - \text{CHF } 4'650.-)$). À cela s'ajoutent les 13^{èmes} salaires, jamais versés pendant cette période, se montant, en tenant compte des heures de travail et de l'ancienneté auprès de la recourante, selon l'échelle fondée sur les UPE, reprise dans l'annexe précitée établie par l'OCIRT et dont les calculs s'avèrent au demeurant corrects, à CHF 9'713.27 bruts ($1/6$ (nov. et déc. 2020) de CHF 3'434.90 + (CHF 3'656.21 + CHF 2'718.64 + CHF 1'529.24 + CHF 1'236.70)). La sous-enchère salariale brute totale pour AA_____ était donc de CHF 28'274.40 pour la période de novembre 2020 à mars 2023.

E. 8.5

AC_____, auxiliaire engagée en 2019, qui n'avait jamais entendu parler des UPE, a confirmé que son salaire net était de CHF 2'313.- par mois, soit CHF 2'600.- brut. Son salaire/horaire était ainsi – que l'on retienne une durée de travail hebdomadaire de 32 ou de 36 heures – inférieur au salaire minimum de CHF 23.- en 2020, de CHF 23.14 en 2021, de CHF 23.27 en 2022 et de CHF 24.- en 2023. Ses responsabilités ont parfois été celles d'une enseignante, puisqu'elle a travaillé, selon ses déclarations, aussi avec les enfants de 4 ans. Le revenu brut qu'elle aurait dû percevoir, aurait dû s'élever à CHF 117'550.56 ($2 \times \text{CHF } 3'888.- + 12 \times \text{CHF } 3'921.99 + \text{CHF } 4'157.78 + 3 \times \text{CHF } 4'272.44$), auquel aurait dû s'ajouter le 13^{ème} salaire, selon le revenu brut prévu dans l'échelle des traitements des UPE, reprise correctement dans l'annexe précitée, de CHF 1'069.20 ($\text{CHF } 2'138.40 : 6$, en 2020), CHF 2'353.20 en 2021, CHF 2'702.55 en 2022 et CHF 747.68 en 2023, soit au total CHF 6'872.63. AC_____ n'a toutefois perçu qu'un salaire brut de CHF 75'400.- entre novembre 2020 et mars 2023. La sous-enchère salariale la concernant s'est donc montée à CHF 49'023.19 ($\text{CHF } 117'550.56 + \text{CHF } 6'872.63 - \text{CHF } 75'400$).

E. 8.6

O_____, engagée en 2009 en qualité d'auxiliaire, devenue éducatrice en juin 2019, a perçu un salaire mensuel brut de CHF 3'600.- entre 2020 et 2023. Elle a déclaré en audience qu'elle n'avait travaillé qu'à temps partiel pendant sa formation et avait été très reconnaissante d'être payée par la recourante même lors des trois mois de stage qu'elle avait effectués auprès de la Ville de Genève. Après l'obtention de son diplôme, elle avait travaillé à 50%, à savoir tous les jours de 8h00 à 12h00. Comme exposé plus haut, les employées arrivant avant les enfants afin de les accueillir, l'horaire à 50% de cette employée était donc de 7h45 à 12h00, soit 2h15 par semaine, auquel il convient d'ajouter 4 heures de préparation par semaine, conformément à l'art. 15 UPE. L'OCIRT a retenu, dans l'annexe précitée, une durée hebdomadaire de travail de 24.75 heures à laquelle la chambre de céans se référera, malgré la légère différence de durée de travail. La sous-enchère salaire concernant cette employée a été moins importante, dès lors qu'elle a essentiellement concerné le 13^{ème} salaire, non versé, le salaire brut en 2020 et 2021 dépassant les minima prescrits par les UPE pendant ces deux ans de CHF 3'422.15 et CHF 3'450.17. Le détail du salaire dû figurant sur l'annexe précitée apparaît correct au regard de l'ancienneté de l'employée et des salaires prévus dans l'échelle relative aux UPE. La sous-enchère salariale a ainsi été de CHF 668.04 en 2022 (12 x CHF 3'655.67 – CHF 3'600.-) et de CHF 463.80 en 2023 (3 x CHF 3'754.60 – CHF 3'600.-), montant auquel s'ajoute le 13^{ème} salaire de CHF 8'614.85 (CHF 570.36 en 2020, CHF 3'450.17 en 2021, CHF 3'655.67 en 2022 et CHF 938.65 en 2023). Compte tenu du trop-perçu de salaire mensuel en 2020 de CHF 355.70 (CHF 3'600.- - CHF 3'422.15) et en 2021 de CHF 1'797.96 (12 x CHF 3'600.- - CHF 3'450.17), la sous-enchère salariale s'est ainsi montée à CHF 6'461.19 (CHF 8'614.29 – CHF 1'787.96) entre novembre 2020 et mars 2023.

E. 8.7

AB_____, auxiliaire, engagée en 2012, ignorait l'existence des UPE et percevait, entre 2020 et 2023, un revenu brut de CHF 3'400.- par mois. Selon les UPE, il aurait dû se monter à CHF 4'546.19 par mois en 2020, à CHF 4'5070.26 en 2021, à CHF 4'829.17 en 2022 et CHF 4'946.79 en 2023. La sous-enchère salariale la concernant se monte, 13^{ème} salaire compris et après déduction de la somme relative aux mois de janvier à octobre 2020 de CHF 14'682.10 (CHF 17'618.52 : 12 x 10), à CHF 48'707.57 (CHF 63'389.67 – CHF 14'682.10) entre novembre 2020 et mars 2023, comme cela ressort de l'annexe à l'avertissement adressé à la recourante en avril 2023, dont les montants, corrects, peuvent être repris tels quels.

E. 8.8

Selon les pièces au dossier, AD_____, éducatrice au bénéfice d'une expérience professionnelle de 17 ans, a été engagée par la recourante en septembre 2021. Son salaire brut mensuel s'est élevé à CHF 6'000.-, alors qu'il aurait dû se monter, selon les UPE, à CHF 6'523.86 en 2021, CHF 6'756.52 en 2022 et CHF 6'906.76 en 2023. Au vu de cette différence de salaire et de l'absence de versement du 13^{ème} salaire tenant compte du nombre d'années d'emploi auprès de la recourante, la sous-enchère salariale la concernant s'est élevée à CHF 19'733.31 depuis son engagement jusqu'au mois de mars 2023.

E. 8.9

Il ressort des pièces que N_____, éducatrice depuis novembre 2018, engagée en avril 2017, était rémunérée CHF 4'000.- brut par mois, alors que son salaire brut, selon les UPE,

aurait dû s'élever à CHF 4'424.59 en 2020, à CHF 4'460.83 en 2021, à CHF 4'726.52 en 2022 et à CHF 4'854.43 en 2023. La sous-enchère salariale la concernant se monte, 13^{ème} salaire compris, et après déduction de la somme relative aux mois de janvier à octobre 2020 de CHF 6'642.57 (CHF 7'971.09 : 12 x 10) à CHF 25'778.22 (CHF 32'420.97 – CHF 6'642.75) entre novembre 2020 et mars 2023, comme cela ressort de l'annexe à l'avertissement adressé à la recourante en avril 2023, dont les montants, corrects, peuvent être repris tels quels.

E. 8.10

AE_____, auxiliaire engagée en 2014, a perçu, selon les pièces au dossier, un revenu brut de CHF 3'000.- pendant la période sous contrôle lors de laquelle elle travaillait à 100%. Son salaire/horaire était ainsi en-dessous du salaire minimum prévu à Genève. Au vu de l'échelle des UPE tenant aussi compte de son ancienneté, son revenu brut aurait dû se monter à CHF 4'358.13 en 2020, à CHF 4'385.04 en 2021, CHF 4'637.34 en 2022 et à CHF 4'754.12 en 2023. En intégrant le 13^{ème} salaire progressif qui aurait dû lui être versé, dont le calcul figurant sur l'annexe à l'avertissement d'avril 2023 se fonde correctement – comme d'ailleurs les autres éléments salariaux – sur l'échelle des traitements relative aux UPE, la sous-enchère en sa défaveur s'est montée à CHF 44'246.94 (2 x (CHF 4'358.13 – CHF 3'000.-) + 12 x (CHF 4'385.04 – CHF 3'000.-) + 12 x (CHF 4'637.34 – CHF 3'000.-) + 3 x (CHF 4'754.12 – CHF 3'000.-) auquel s'ajoute le 13^{ème} salaire) de CHF 9'611.02 (CHF 3'486.51 : 6 (2020) + CHF 3'727.29 (2021) + CHF 4'173.61 (2022) + CHF 1'129.10 (2023), totalisant un montant de CHF 53'857.96 (CHF 44'246.94 + CHF 9'611.02).

E. 8.11

AG_____ a été engagée en qualité d'auxiliaire en septembre 2021 pour une activité à plein temps rémunérée CHF 2'800.- brut par mois. Pour cette employée également, le salaire/horaire était en-dessous du salaire minimum prévu à Genève. Son revenu brut, déterminé selon les UPE, correctement repris dans l'annexe précitée établie par l'OCIRT, aurait dû être de CHF 3'829.38 en 2021, de CHF 3'965.95 en 2022 et de CHF 4'079.7. Compte tenu de l'écart avec ces salaires ainsi que du 13^{ème} salaire dû pendant cette période, d'au total CHF 3'431.47 comme cela ressort correctement de l'annexe au courrier de l'intimé d'avril 2023, la sous-enchère salariale concernant cette employée s'est montée à CHF 25'379.70 depuis son engagement jusqu'à fin mars 2023.

E. 8.12

AG_____, éducatrice engagée en 2014, était rémunérée pour son activité exercée 36 heures par semaine CHF 6'000.- brut par mois, au lieu de CHF 6'270.99 en 2020, CHF 6'292.25 en 2021, CHF 6'636.58 en 2022 et CHF 6'786.31 en 2023, selon les UPE, dont les montants figurant sur l'annexe établie par l'OCIRT sont corrects. Cette différence de salaire ainsi que le 13^{ème} salaire dû entre novembre 2020 et mars 2023 a engendré une sous-enchère salariale de CHF 27'816.12 (CHF 34'806.71 (période janvier 2020 à mars 2023) – CHF 6'890.59 (CHF 8'268.71 : 12 x 10 (période janvier à octobre 2020)).

E. 8.13

U_____, employé polyvalent engagé en juin 2015, percevait en entre 2020 et 2023 un salaire-horaire de CHF 21.85, alors que le salaire-horaire minimum à Genève était de CHF 23.- en 2020, de CHF 23.14 en 2021, de CHF 23.27 en 2022 et de CHF 24.- en 2023. Il a déclaré à l'OCIRT n'avoir que deux semaines de vacances par année et n'en avoir eu que deux jours en 2022. La recourante a procédé au rattrapage de cotisations sociales en cours

de procédure.

E. 8.14

Enfin, les parties divergent sur l'importance de l'activité exercée par K_____ pour l'accueil de la petite enfance. Engagée en août 2008 en qualité de secrétaire, son salaire s'élevait, jusqu'à sa retraite en août 2022, à CHF 6'000.- bruts par mois. Selon la recourante, elle consacrait 20% à la crèche et l'école maternelle, soit, en tenant compte du nombre d'enfants dans chaque groupe, 6.667% de son temps pour la crèche, son activité consistant en l'ouverture et la fermeture des portes. Or, il ressort des courriels figurant adressés à ou envoyés par cette employée qu'elle gérait, à tout le moins en partie, l'absence des enfants et employées de la crèche, les aspects administratifs de l'inscription des enfants à la crèche, d'attestations y relatives, de commandes pour la crèche, gestion de conteneurs etc. Les échanges de messages WhatsApp entre K_____ et L_____, produits par l'OCIRT, corroborent ces éléments. Par ailleurs, les témoins AC_____ et AA_____ ont déclaré prévenir K_____ en cas d'absence ou de retard ; la première précisant que cela « était normal » puisque K_____ était la secrétaire. AA_____ a également déclaré que la secrétaire lui avait aussi demandé, comme à d'autres de ses collègues, d'effectuer des remplacements. L'estimation par la recourante du temps de travail consacré exclusivement à elle apparaît ainsi manifestement trop faible. À cela s'ajoute que l'employée s'était, en 2019, essentiellement estimée travailler pour la structure d'accueil de la petite enfance puisqu'elle avait demandé à pouvoir bénéficier, en application des UPE, de six semaines de vacances annuelles et que son employeur y avait donné suite, reconnaissant ainsi implicitement le rattachement de cette employée à la recourante. Bien qu'un litige prud'homal oppose l'ancienne employée à cette dernière, de sorte que ses déclarations doivent être appréciées avec circonspection, il n'en demeure pas moins que ses explications relatives à sa charge de travail, singulièrement au fait que Q_____ assurait le secrétariat de l'association C_____ et elle-même celui de la recourante, dénotent une activité prépondérante, pendant la période sous contrôle, pour cette dernière. Au vu des éléments au dossier, il n'est pas possible d'établir avec précision le nombre d'heures consacrées par K_____ à la recourante exclusivement. Ce point pourra cependant souffrir de rester indécis au regard de l'appréciation des manquements commis par la recourante aux UPE et à la LIRT.

E. 8.15

Au vu de ce qui précède, la sous-enchère salariale commise par la recourante entre novembre 2020 et mars 2023 a été, à tout le moins, de CHF 283'031.66 bruts (CHF 28'274.40 + CHF 49'023.19 + CHF 6'461.19 + CHF 48'707.57 + CHF 19'733.31 + CHF 25'778.22 + CHF 53'857.96 + CHF 25'379.70 + CHF 27'816.12). Le salaire-horaire minimum prescrit par le droit cantonal n'a pas été respecté pour en tout cas quatre employés, à savoir U_____, AF_____, AC_____ et AE_____.

E. 8.16

La recourante reconnaît ne pas octroyer le congé du 1^{er} mai. Il ressort également de la procédure qu'elle ne s'est pas conformée non plus aux barèmes prévus par les UPE pour les jours de vacances et de congé annuels. En effet, elle a comptabilisé, dans ses décomptes, comme jours de congé des vendredis après-midi qui n'étaient de toute manière pas œuvrés et n'a octroyé de congé pour les jours fériés cantonaux de l'Ascension et de la Pentecôte qu'une année sur deux, ce qu'elle a d'ailleurs reconnu en audience. Il ressort en outre du

tableau comparatif des vacances scolaires à accorder selon les UPE et le calendrier scolaire du canton de Genève et du calendrier scolaire pratiqué par la recourante que durant l'année scolaire 2020-2021, elle aurait dû accorder à ses employés sept jours de vacances et congé en sus de ce dont ils ont bénéficié, ce nombre étant de 3.5 jours durant l'année scolaire 2021-2022. Pour le surplus, la recourante n'a pas contesté qu'elle ne prévoyait pas l'octroi du même nombre de jours de congé en cas de maternité et d'adoption que ce qui est prévu par les UPE.

E. 8.17

Enfin, la recourante ne conteste pas non plus ne pas avoir respecté la répartition non paritaire des primes d'assurance perte de gain et accidents non professionnels ni les règles spécifiques relatives au congé maternité, ayant uniquement fait valoir qu'elle n'avait pas à se conformer aux règles spécifiques des UPE à cet égard. Or, comme exposé ci-dessus, lesdites règles lui étant applicables, son manquement sur ce point a été à juste titre retenu par l'OCIRT. Dans son courrier à l'OCIRT du 1^{er} février 2023, la recourante s'est d'ailleurs engagée à procéder aux rattrapages de ces cotisations – et à introduire un congé maternité de 20 semaines avec traitement – si la chambre de céans devait admettre l'application des UPE.

E. 9

L'OCIRT a également retenu un défaut de collaboration de la recourante. Ce reproche est fondé. En effet, malgré les demandes répétées, y compris après avoir averti la recourante de son obligation de collaborer, celle-ci n'a pas fourni les documents demandés par l'OCIRT concernant D_____, E_____, F_____, G_____, H_____ et I_____, dont la recourante avait d'abord soutenu, dans la liste établie par ses soins le 11 janvier 2022, qu'il s'agissait de ses employées pour ensuite ne les considérer pas comme telles. Outre l'obligation de produire les pièces requises, ne serait-ce que celles sur lesquelles la recourante s'était fondée dans sa première communication, il apparaît que la demande de l'OCIRT était parfaitement fondée. Rien ne justifiait ainsi que la recourante n'y donnât pas suite, étant relevé que la recourante n'a pas non plus produit la décision du SASAJ l'autorisant à accueillir des enfants avant l'âge de 4 ans en classe préscolaire. La recourante doit également se voir reprocher de ne pas avoir fourni ou seulement tardivement les justificatifs attestant de ce qu'elle était à jour dans les paiements de ses charges sociales, à savoir des attestations de l'AVS, la LPP, LAA, IJ. En agissant de la sorte, la recourante a violé son obligation de renseigner l'OCIRT (art. 40A al. 4 et 5 et 76 du règlement d'application de la loi sur l'inspection et les relations du travail du 23 février 2005 - RIRT - J 1 05.01). En ne respectant pas ses obligations salariales envers ses employés, y compris les prescriptions concernant les assurances sociales et les jours de congé et de vacances, la recourante a violé les art. 17, 18, 20, 37, 38 UPE et leurs annexes relatives au salaire minimal. En sa qualité de titulaire d'une autorisation d'exploiter une structure d'accueil de la petite enfance, soumise à la LAPr, elle était tenue de respecter les UPE, conformément d'ailleurs à l'engagement qu'elle avait signé le 2 août 2021 visant à respecter les UPE. Comme cela vient d'être exposé, les reproches retenus par l'autorité intimée étant fondés, les nombreuses infractions commises par la recourante aux UPE justifient le prononcé d'une sanction au sens des art. 44 et 45 LIRT (art. 26A LIRT), quand bien même la sous-enchère salariale pouvant finalement être retenue à l'encontre de la recourante est moins importante que telle que fixée dans la décision querellée.

E. 10

La recourante conteste la quotité de l'amende qui lui a été infligée.

E. 10.1

L'art. 45 al. 1 LIRT prévoit que lorsqu'une entreprise visée par l'art. 25 ne respecte pas les conditions minimales de travail et de prestations sociales en usage ou le salaire minimum prévu à l'art. 39K, l'OCIRT peut prononcer : (a) une décision de refus de délivrance de l'attestation visée à l'art. 25 pour une durée de 3 mois à 5 ans. La décision est immédiatement exécutoire ; (b) une amende administrative de CHF 60'000.- au plus ; (c) l'exclusion de tous marchés publics pour une période de 5 ans au plus. Selon l'al. 2 de la même disposition, les mesures et sanctions visées à l'al. 1 sont infligées en tenant compte de la gravité et de la fréquence de l'infraction ainsi que des circonstances dans lesquelles elle a été commise. Elles peuvent être cumulées.

E. 10.2

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 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/131/2023 du 7 février 2023 consid. 5d ; ATA/1253/2022 du 13 décembre 2022 consid. 3b). Il doit être également tenu compte, en application de l'art. 106 al. 3 CP, de la capacité financière de la personne sanctionnée (ATA/651/2022 précité consid. 14f et la référence citée).

E. 10.3

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 (ATA/464/2024 du 10 avril 2024 consid. 2; ATA/131/2023 du 7 février 2023 consid. 5d ; ATA/1253/20 du 13 décembre 2022 consid. 3b). Enfin, l'amende doit respecter le principe de la proportionnalité (art. 36 al. 3 Cst.). Dans sa jurisprudence, la chambre de céans a réduit de CHF 28'000.- à CHF 14'000.- l'amende infligée à un employeur pour une sous-enchère salariale de CHF 381'701.18 dans le domaine de l'économie domestique, ayant eu lieu pendant quatre ans au préjudice de cinq employées successives. La collaboration de l'employeur avait été moyenne, et non faible, et il n'avait pas d'antécédents (ATA/894/2022 du 6 septembre 2022). Dans une autre affaire, la chambre administrative a réduit de CHF 28'000.- à CHF 12'000.- l'amende infligée à un employeur, sans antécédents, pour une sous-enchère salariale d'au minimum CHF 105'080.-, estimée par l'OCIRT à CHF 203'045.91, concernant cinq employés, qui s'était déroulée de novembre 2020 à mai 2022. La collaboration de l'employeur avait été jugée faible en raison de la production tardive et lacunaire de documents (ATA/1253/2022 du 13 décembre 2022). Enfin, elle a réduit une amende de CHF 27'400.- à CHF 25'000.- pour une sous-enchère salariale de CHF 471'691.67, concernant 23 des 67 employés de l'entreprise, commise entre novembre 2020 à novembre 2022, de nombreux rattrapages salariaux restant encore dus et la collaboration ayant été faible. L'absence d'antécédents

avait conduit à la réduction de l'amende pour non-respect du salaire minimum cantonal, dont le maximum était de CHF 30'000.- (ATA/935/2024 du 12 août 2024).

E. 10.4

En l'espèce, les faits visés par la procédure de contrôle se sont déroulés entre le 1^{er} novembre 2018 et le 31 mars 2023. L'OCIRT n'a cependant tenu compte que de la période allant de janvier 2020 à fin mars 2023. Comme l'a exposé son directeur en audience, l'OCIRT, soucieux d'accorder aux structures d'accueil de la petite enfance de type communautaire le temps de s'adapter aux UPE, a décidé de ne sanctionner les infractions aux UPE qu'à compter de janvier 2020. Pour les raisons évoquées plus haut (consid. 8.3), la chambre de céans n'a tenu compte des infractions commises qu'à compter du 1^{er} novembre 2020. Les manquements de la recourante ont concerné l'ensemble de son personnel, pendant toute la période allant du 1^{er} novembre 2020 à fin mars 2023. Il s'agit d'infractions particulièrement graves, concernant le respect du salaire minimum prescrit par les UPE, voire même le salaire minimum cantonal, ainsi que des jours de congé et de vacances. La recourante avait été rendue attentive dès le 15 novembre 2018 à son obligation de se conformer aux UPE. En avril 2019, le SASAJ avait encore expressément rappelé qu'elle devait se conformer, au plus tard, à fin 2019 aux UPE et que dès le 1^{er} janvier 2020 des contrôles allaient être opérés. Enfin, le représentant de la recourante a reconnu qu'il avait assisté à une réunion organisée par le SASAJ lors de laquelle le contenu des UPE et l'obligation de s'y conformer avaient été exposés. Les manquements de la recourante relèvent donc d'une volonté délibérée de ne pas se conformer aux UPE, contrairement pourtant à l'engagement de respecter lesdits usages que la recourante avait signé le 2 août 2021. Le montant de la sous-enchère salariale, d'au minimum CHF 283'031.66, constitue indéniablement une somme importante. Même si la sous-enchère salariale pratiquée par la recourante aux mois de novembre et décembre 2020 ne devait, comme celle■ci le soutient, pas être prise en compte, la sous-enchère demeurerait importante, ce d'autant plus que la recourante persiste, à ce jour, dans son refus d'appliquer les UPE et le salaire minimum prescrit par le droit cantonal, de sorte que le montant de la sous-enchère commise n'a cessé d'augmenter depuis mars 2023. La recourante n'a procédé que très partiellement au rattrapage des charges sociales, concernant uniquement deux employés, à savoir U_____ et J_____, après le prononcé de la sanction. À noter que la somme due au titre de rattrapage des charges sociales pour cette dernière est élevée (US 64'003.92). Elle n'a en revanche entrepris aucune démarche pour se conformer aux demandes de rattrapages salariaux formulées à plusieurs reprises par l'intimé. Elle a persisté tout au long de la procédure à invoquer l'inapplication des UPE et des dispositions légales sur le salaire minimum, ce qui dénote un certain mépris du respect de ces dispositions auquel s'ajoutent une absence de prise de conscience et une volonté de tirer profit de l'ignorance des employés à ce sujet. Enfin, elle a, pour l'ensemble de son personnel, pendant toute la période du contrôle, violé les prescriptions régissant le droit aux vacances, le droit au salaire en cas de maladie, la répartition non paritaire des primes d'assurance perte de gain et accidents non professionnels et les règles spécifiques relatives au congé maternité ou adoption. Au vu de l'ensemble de ces éléments, l'intimé a retenu à juste titre que la faute de la recourante était grave. Il convient également de tenir compte du fait que la recourante n'a pas d'antécédents. Sa collaboration n'a été que partielle et n'est intervenue, qui plus est, essentiellement qu'après le prononcé d'une première décision la sanctionnant. En outre, bien qu'elle s'en soit prévalue, elle n'a apporté ni devant l'OCIRT ni devant la chambre de céans de pièce rendant vraisemblable, ni a fortiori établissant, sa situation financière

difficile. À l'aune de l'ensemble de ces éléments, notamment du fait que le montant de la sous-enchère pouvant lui être imputé est moins important que celui retenu dans la décision querellée, l'amende sera ramenée à CHF 25'000.-. Le refus de délivrer l'attestation visée par l'art. 25 LIRT pendant trois ans, à compter du 4 juillet 2022, apparaît, en revanche proportionné aux infractions commises par la recourante, étant relevé qu'en l'absence d'effet suspensif sur ce point, le refus en question arrivera à échéance prochainement, à savoir le 4 juillet 2025.

E. 11

Les émoluments et frais de contrôle, non contestés, apparaissent pour le surplus conformes aux dispositions applicables (art. 42 LIRT, 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) et au travail induit par le contrôle (art. 66B RIRT). La recourante succombant très largement, un émolument, réduit, de CHF 1'500.-, y compris pour la décision de rejet de la requête de suspension de la procédure, sera mis à sa charge de la recourante, et une indemnité de procédure, réduite, de CHF 500.- lui sera allouée, à la charge de l'État de Genève (art. 87 al. 2 LPA). * * * * *

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