RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

**A/1554/2021-EXPLOI** **ATA/917/2021**

# COUR DE JUSTICE

## Chambre administrative

## Arrêt du 7 septembre 2021

dans la cause

**Madame A_____**
représentée par Me Audrey Helfenstein, avocate

contre

**OFFICE CANTONAL DE L'INSPECTION ET DES RELATIONS DU TRAVAIL**

## EN FAIT

1. a. Madame A_____, née le _____ 1954, habite à _____. Elle a accueilli à son domicile sa mère, Madame B_____, née le _____ 1923. Celle-ci, paralysée et ne pouvant pas s'alimenter seule, a besoin de soins permanents.

   b. Mesdames C_____ et D_____, nées respectivement les _____ 1975 et _____1983 à San Salvador au Salvador, pays dont elles sont originaires, sont, selon le registre de l'office cantonal de la population et des migrations (ci-après : OCPM), arrivées à Genève, la première nommée le 29 septembre 2017, la seconde, le 7 décembre 2017. Elles ont été mises au bénéfice d'une autorisation de séjour pour cas de rigueur depuis respectivement les 10 et 7 juillet 2020.

2. Le 23 avril 2019, l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail (ci-après : OCIRT), informé par l'OCPM du dépôt d'une demande de régularisation de Mmes C_____ et D_____, dans le cadre de l'opération Papyrus, a demandé à Mme A_____ de lui transmettre une liste de personnes ayant travaillé dans son ménage depuis le 1er janvier 2013, des copies de leurs contrats de travail, des fiches de salaire, des preuves de versement des salaires et une liste des salaires déclarés à l'assurance-vieillesse et survivants (ci-après : AVS) pour les années 2013 à 2018.

3. Le 7 mai 2019, Mme A_____ a répondu à la demande de renseignements de l'OCIRT.

   Depuis le 1er avril 2011, elle avait eu plusieurs aides ménagères sans qualification particulière. Madame E_____, née _____ 1985, avait été engagée du 1er avril 2011 au 31 décembre 2015 pour un salaire annuel de CHF 14'550.- jusqu'en 2014 et de CHF 15'600.- en 2015 et nourrie à raison d'un repas par jour. Ses charges sociales avaient été payées par l'employeur. Madame F_____, née le _____ 1979, avait été engagée du 1er septembre 2014 au 30 septembre 2016 à raison de vingt-cinq heures de travail par semaine. Elle avait perçu un salaire de CHF 7'200.- pour la période du 1er septembre au 31 décembre 2014 et un salaire annuel de CHF 15'600.- du 1er janvier 2015 au 30 septembre 2016. Elle avait été nourrie et logée, et ses charges sociales payées par l'employeur. Mme D_____ effectuait quarante heures par semaine depuis le 2 février 2017. Son salaire annuel était de CHF 33'000.-. Elle était une employée externe et prenait un repas à midi. Mme C_____ travaillait quarante-quatre heures par semaine depuis le 2 février 2017. Son salaire annuel était de CHF 30'000.-. Elle était nourrie et logée.

   Elle a joint à son courrier des extraits de compte de cotisations salariales des années 2013, 2014, 2015, 2017 et 2018 à l'office cantonal des assurances sociales (ci-après : OCAS), des factures finales des cotisations sociales des années 2013,

2014, 2015, 2016, 2017 et 2018 de l'OCAS, des attestations des salaires AVS 2013, 2014, 2015, 2017 et 2018, et des comptes de prévoyance professionnelle du 2ème pilier (ci-après : LPP) 2017, 2018 et 2019.

4. Le 27 mai 2019, l'OCIRT a requis de Mme A_____ de lui fournir des justificatifs des déclarations auprès de son institution LPP, des taux de primes de l'assurance accident et des détails de la durée hebdomadaire du travail de ses employées afin de déterminer leurs frais de repas.

Les documents déjà en sa possession ne lui permettaient pas d'établir les salaires et une éventuelle sous-enchère salariale, mais de constater le non-respect des salaires minimaux impératifs dans le domaine de l'économie domestique. Le rattrapage à déclarer à l'AVS couvrant les années 2017 et 2018 s'élevait à CHF 13'882.67 pour Mme D_____, à CHF 18'536.- pour Mme E_____ durant la période 2013 à 2015, à CHF 20'825.- pour Mme F_____ sur les années 2014 à 2016 et à CHF 33'670.93 pour Mme C_____ pour les années 2017 et 2018.

5. Le 18 juillet 2019, Mme A_____ a contesté les décomptes salariaux établis par l'OCIRT et a détaillé les horaires de ses employées.

Mme E_____ avait travaillé de 17h00 à 21h00, Mme F_____ de 9h00 à 14h00, Mme D_____ de 9h00 à 17h00, et deux heures et demie le samedi matin, Mme C_____ de 9h00 à 14h00 et de 16h00 à 21h00, sauf le vendredi où elle finissait à 20h00. Elles étaient non qualifiées et sans expérience professionnelle utile au poste.

6. Les 25 juillet et 29 août 2019, l'OCIRT a maintenu ses exigences contenues dans le courrier du 27 mai 2019 et a requis des précisions sur la durée de travail et les dates d'engagement des différentes employées.

Mme D_____ avait une expérience de plus de onze ans. Pour les autres, il fallait retenir au minimum quatre ans d'expérience. L'intéressée devait tenir compte de l'expérience acquise par ses employées. Les repas et le logement constituaient des salaires en nature soumis à cotisation aux assurances sociales et qui devaient être déclarés à l'OCAS. Les informations au sujet des horaires, des pauses, des dates d'engagement et des salaires nets étaient contradictoires et incomplètes. Les documents à envoyer devaient être signés par les employées concernées.

7. Le 6 octobre 2019, Mme A_____ a précisé que ses employées s'occupaient pour la moitié de leur temps du ménage et pour l'autre moitié de donner des soins à sa mère.

À l'appui de son courriel, elle a produit un document cosigné par les employées concernées indiquant que Mme D_____ était entrée en Suisse le 8 avril 2007, Mme C_____ le 27 juin 2005.

8. Le 7 octobre 2019, l'OCIRT a établi des décomptes des salaires des employées de Mme A_____.

Pour Mme D_____, une différence salariale brute de CHF 18'618.15 devait être déclarée à l'AVS pour les années 2017 à 2019, à concurrence de quarante heures et demie par semaine. Pour Mme E_____, elle était de CHF 16'368.- pour les années 2013 à 2015 à concurrence de vingt heures par semaine, un versement de salaire de CHF 5'332.30 devait également lui être fait. Pour Mme F_____, la différence salariale était de CHF 18'946.95 pour les années 2014 à 2016 à raison de vingt-cinq heures par semaine. Pour Mme C_____, elle était de CHF 44'512.- de 2017 à 2019 à raison de quarante-trois heures et vingt-cinq minutes par semaine.

Les salaires à respecter étaient constitués de la moyenne entre un salaire des employés non-qualifiés dans le domaine de l'économie domestique possédant au moins quatre ans d'expérience professionnelle utile pour l'activité des tâches ménagères (50 %) et un salaire pour les employés non-qualifiés dans le même domaine pour l'activité de soins à la mère de l'intéressée (50 %).

9. Entre novembre et décembre 2019, l'OCIRT et Mme A_____ ont échangé des courriels et courriers au sujet du calcul des salaires bruts et nets des employées de l'intéressée et des démarches à effectuer auprès de l'OCAS et de l'institution LPP portant sur des déclarations complémentaires à déposer.

10. Les 17 juin et 20 juillet 2020, l'OCIRT a fixé à Mme A_____ un nouveau délai pour lui transmettre les documents manquants, notamment les déclarations AVS 2013 à 2015 de Mme E_____, les certificats LPP et les déclarations AVS 2014 à 2016 de Mme F_____, les certificats LPP et les déclarations AVS 2017 à 2019 de Mmes D_____ et C_____.

11. Après plusieurs échanges de courriers sur les salaires à déclarer à l'AVS et à l'institution LPP, le 17 août 2020, l'OCIRT a confirmé la régularisation du dossier de Mme E_____. Il a également indiqué rester en attente des certificats LPP 2017 à 2020 de Mmes D_____ et C_____.

12. Les 7 septembre et 8 octobre 2020, l'OCIRT a constaté la conformité des déclarations AVS complémentaires pour l'ensemble des employées. Il a également transmis à Mme A_____ les montants de salaires nets à verser à ses employées.

Pour Mme C_____, la sous-enchère salariale se montait à CHF 5'985.60 pour la période de février 2017 à février 2020, pour Mme D_____, elle était de CHF 11'258.20 de février 2017 à août 2020. Dès septembre 2020, le salaire brut de celle-ci s'élevait à CHF 3'545.10, soit un salaire net à verser de CHF 2'989.45.

13. Le 30 octobre 2020, l'intéressée a transmis un accord salarial conclu avec Mme D_____ pour un versement mensuel de CHF 2'894.75. Celle-ci travaillait uniquement trente heures par semaine depuis le 1er août 2020.

14. Le 30 octobre 2020 toujours, l'OCIRT a requis de Mme A_____ des fiches de salaire de Mme D_____ de janvier à octobre 2020 afin de déterminer les salaires bruts et nets à verser à la suite de la modification précitée.

15. Le 25 novembre 2020, l'OCIRT a transmis à Mme A_____ un nouveau décompte d'un montant net de CHF 7'246.77 à verser, dans trente jours, à Mme D_____ pour les années 2017 à 2020. Une dénonciation pénale serait déposée et une amende administrative prononcée, si le versement n'intervenait pas dans le délai fixé.

16. Le 8 décembre 2020, Mme A_____ a contesté avoir commis une faute, toutes les charges sociales ayant été réglées.

Le dossier de ses employées était conforme dans la mesure où les salaires versés correspondaient à ceux prévus pour des employés sans expérience professionnelle utile au poste. Un salaire avec expérience exigeait de présenter des certificats justifiant celle-ci. Le montant alloué aux repas seuls était de CHF 300.- et de CHF 990.- avec le logement. Elle avait, à la demande de l'OCIRT, payé CHF 18'454.55 en augmentation de salaires et cotisations sur les montants retenus pour le logement et les repas de ses employées. Elle n'avait pas pu réclamer à celles-ci la part de cotisations sociales qui leur revenait.

17. Les 8 et 23 décembre 2020, l'OCIRT a fixé à Mme A_____ un délai de trente jours pour procéder au versement de CHF 5'985.60 à Mme C_____ et de CHF 7'246.75 à Mme D_____.

Il avait déterminé avec son accord les tâches effectuées par ses employées et les années de leur expérience professionnelle utile au poste.

18. Le 25 février 2021, l'OCIRT a adressé à Mme C_____ une demande de renseignements relative à la date de son arrivée dans le canton de Genève et à son expérience professionnelle dans le secteur de l'économie domestique avant d'être employée par Mme A_____.

19. Le 25 février 2021 toujours, l'OCIRT a fixé à Mme A_____ un délai au 12 mars 2021 pour verser les montants exigés en faveur de Mmes D_____ et D_____. L'intéressée pouvait également dans le même délai lui faire parvenir ses observations sur le dossier de ses employées.

Mme C_____ était âgée de 46 ans et avait, au vu de son âge, une expérience de plus de quatre ans dans le secteur de l'économie domestique. Elle occupait le poste d'aide-ménagère auprès de l'intéressée. Elle accomplissait des

tâches ménagères à 50 % dans la catégorie « employé non qualifié avec au moins quatre ans d'expérience professionnelle », et des soins à la mère de l'intéressée à 50 % dans celle « employé non qualifié ». Mme D_____ était âgée de 37 ans et possédait plus de onze ans d'expérience dans le domaine de l'économie domestique.

20. Le 26 février 2021, Mme C_____ a indiqué à l'OCIRT qu'elle était arrivée à Genève en 2005.

Elle a annexé à son courrier un curriculum vitae mentionnant une expérience professionnelle de treize ans dans le secteur de l'économie domestique à Genève avant son engagement auprès de l'intéressée.

21. Par décision du 22 mars 2021, l'OCIRT a prononcé à l'encontre de Mme A_____ une amende de CHF 5'600.- et a fixé l'émolument de sanction à CHF 100.-.

L'administrée avait employé dans son ménage à des activités domestiques traditionnelles Mmes C_____ du 2 février 2017 à fin février 2020 et D_____ dès le 2 février 2017. Elle ne respectait pas les salaires minimaux prévus dans le domaine de l'économie domestique. Certes, les salaires bruts avaient été dûment déclarés après auprès de l'OCAS et de l'institution LPP. Toutefois, les salaires nets versés aux employées restaient incomplets. Pour les années 2017 à 2020, il restait à verser les sommes nettes de CHF 5'985.60 à Mme C_____ et de CHF 7'246.75 à Mme D_____, soit une somme nette totale de CHF 13'232.35 de sous-enchère salariale. Le calcul avait été effectué en déduisant les charges sociales des salaires bruts selon les taux des assurances sociales en vigueur de 2017 à 2020. Les frais de repas et de logement avaient été également dûment comptabilisés. Les salaires nets ainsi obtenus avaient été comparés avec ceux effectivement versés aux employées.

L'intéressée n'avait pas procédé aux rattrapages malgré les demandes de mise en conformité qui lui avaient été adressées. Les faits s'étant déroulés depuis février 2017 jusqu'à fin février 2020 pour Mme C_____ et jusqu'au prononcé de la décision pour Mme D_____, le nouveau droit était applicable. Une partie de l'infraction ayant été commise sous l'ancien droit, il était tenu compte de cette circonstance atténuante.

22. Par acte déposé le 6 mai 2021, Mme A_____ a recouru auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre la décision précitée en concluant à son annulation.

Elle avait engagé Mmes D_____ et C_____ pour travailler à plein temps comme employées de maison en charge du ménage et de l'aide à la personne. Elles ne bénéficiaient d'aucune expérience professionnelle attestée dans le

domaine, ni d'aucun titre. Elle avait dès lors fixé leurs salaires sur la base d'un salaire pour une employée non qualifiée sans expérience professionnelle. L'OCIRT n'avait fourni aucun document démontrant leur expérience professionnelle utile au poste. Les employées concernées n'avaient pas non plus prouvé avoir travaillé dans les tâches qui leur étaient préalablement confiées. Les salaires versés respectaient ainsi les minima requis. Elle avait respecté l'injonction de compléter les salaires en logement et repas de ses employées à déclarer à l'OCAS et à l'institution LPP. Elle avait collaboré avec l'OCIRT en lui transmettant tous les documents et toutes les informations utiles en sa possession. En outre, elle s'occupait à plein temps de sa mère, avec les aides à domicile. Elle n'avait pas adopté un comportement fautif.

23. L'OCIRT a conclu au rejet du recours.

Même une simulation des salaires minimaux devant être payés à des employés non qualifiés aboutissait à une infraction aux salaires minimaux impératifs. Dans ce cas, la sous-enchère salariale s'élevait à CHF 1'401.12 à verser à Mme C_____ et à CHF 2'214.02 à Mme D_____. Selon les documents disponibles, elle atteignait CHF 13'232.35. Les déclarations écrites de l'intéressée inféraient une expérience professionnelle de ses employées couvrant plusieurs années, au moins plus de quatre ans.

Le principe de la proportionnalité avait été respecté compte tenu de la gravité de la lésion. Mme A_____ avait admis n'avoir pas respecté le salaire minimum impératif prévu.

Pour le surplus, l'OCIRT a repris les arguments de sa décision contestée.

24. Ensuite de quoi, la cause a été gardée à juger.

## EN DROIT

1. Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable (art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05 ; art. 62 al. 1 let. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).

2. La 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 -

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. 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.

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).

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 réglemente 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 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).

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).

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

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.

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

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 CCT-EDom).

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

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

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).

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

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.

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.

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.-.

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).

* * * * *

**PAR CES MOTIFS**

**LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE**

**à la forme :**

déclare recevable le recours interjeté le 6 mai 2021 par Madame A_____ contre la décision de l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail du 22 mars 2021 ;

**au fond :**

l'admet partiellement ;

annule la décision précitée en ce qui concerne le montant de l'amende et réduit celle-ci à CHF 4'000.- ;

confirme la décision querellée pour le surplus ;

met un émolument de CHF 500.- à la charge de Madame A_____ ;

alloue à Madame A_____ une indemnité de procédure de CHF 300.-, à la charge de l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail ;

dit que, conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification par-devant le Tribunal fédéral, par la voie du recours en matière de droit public ; le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire ; il doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi

communique le présent arrêt à Me Audrey Helfenstein, avocate de la recourante, ainsi qu'à l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail.

Siégeant : M. Mascotto, président, Mmes Krauskopf, Payot Zen-Ruffinen, Lauber et Tombesi, juges.

Au nom de la chambre administrative :

| la greffière-juriste : | le président siégeant : |
| --- | --- |
| S. Husler Enz | C. Mascotto |

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

| Genève, le | la greffière : |
| --- | --- |