RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1796/2022-EXPLOI **ATA/521/2023**

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 22 mai 2023

2ème section

dans la cause

Madame et Monsieur A_____ **recourants**
représentés par Me Bénédict FONTANET, avocat

contre

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

EN FAIT

A. **a.** Madame et Monsieur A_____ ont deux filles, B_____ et C_____, nées respectivement les _____ 2010 et _____ 2017.

b. Les époux ont engagé Monsieur D_____ à la fin de l'année 2018 en qualité d'employé de maison et l'ont licencié en juillet 2020.

B. **a.** Le 18 août 2020, une inspectrice du travail de l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail (ci-après : OCIRT) a rédigé un rapport concernant la dénonciation par M. D_____ de Mme et M. A_____.

M. D_____, au bénéfice de trois ans d'expérience dans les ménages privés, avait déclaré avoir été employé par ces derniers, qui travaillaient tous deux à plein temps, du 21 septembre 2018 au 2 juillet 2020 en qualité de garde de leurs deux filles et d'employé domestique. Ses horaires, convenus oralement, étaient de 7h20 à 20h du lundi au vendredi, sans pause, plus du baby-sitting le soir environ un vendredi sur deux, de 20h à minuit ou plus tard, sans paiement supplémentaire. Les employeurs lui demandaient ponctuellement de venir travailler en plus le samedi ou le dimanche, à leur domicile ou dans leurs locaux professionnels. Son salaire, remis en espèces en mains propres, sans décompte, sans reçu et sans déclaration à l'assurance-vieillesse et survivants (ci-après : AVS), était de CHF 2'300.- par mois, plus CHF 70.- d'abonnement aux transports publics genevois (ci-après : TPG). Dès 2019, le salaire avait été arrondi à un total net de CHF 2'400.- par mois. Les heures supplémentaires n'étaient pas payées. Il avait dû demander des avances de salaire à ses employeurs, la rémunération perçue ne lui permettant pas de couvrir ses besoins et ceux de sa famille restée dans son pays. Il avait été licencié avec effet immédiat à la suite d'un accident domestique, lorsque de l'huile de friture s'était enflammée sur la gazinière. Il avait été agressé verbalement, injurié et menacé de mort par ses employeurs.

Il a remis à l'OCIRT les échanges de messages WhatsApp avec ses employeurs de janvier 2019 à juillet 2020.

b. Le 26 mai 2021, l'OCIRT a demandé à Mme et M. A_____ de lui fournir les informations et documents concernant toute personne ayant travaillé au sein de leur ménage depuis le 1er janvier 2015 (nom, prénom, date de naissance, fonction, qualifications professionnelles, durée hebdomadaire de travail, nombre d'années de pratique professionnelle dans les ménages privés, date d'engagement et de fin des rapports de travail, montant du salaire, mode de calcul et de versement, tout renseignement utile en lien avec la rémunération, copie des fiches de salaire, attestation des salaires déclarés à l'AVS).

c. Le 25 juin 2021, Mme et M. A_____ ont exposé avoir engagé M. D_____ en décembre 2018 en qualité d'employé de maison à temps partiel (ménage, garde des deux enfants, promenade du chien de temps à autre). Il travaillait 20 h par semaine (4 h par jour) pour un salaire mensuel de CHF 2'400.-, payé en main propre, sans fiches de salaire. Les employeurs et l'employé procédaient à la fin de chaque mois à des décomptes pour s'assurer que le salaire correspondait aux heures effectivement travaillées. Le cas échéant, le solde était reporté ou un complément versé. Il s'était présenté avec un permis italien et avait indiqué vouloir œuvrer en qualité d'indépendant, de sorte qu'ils n'avaient pas cru nécessaire de faire de déclaration à l'AVS. Les relations de travail avaient pris fin avec effet immédiat lorsqu'il avait bouté le feu à la cuisine dans laquelle se trouvait leur fille cadette. Du 2 au 30 novembre 2020, Monsieur E_____, qui s'était également présenté comme indépendant au bénéfice d'un visa C français, avait fait une période d'essai à leur service. Ils l'avaient engagé du 22 février au 30 avril 2021 à raison de 8 heures par semaine pour un salaire mensuel de CHF 800.-. Depuis lors, ils n'employaient plus personne dans leur ménage.

d. Le 5 juillet 2021, l'OCIRT a fait part aux époux des déclarations de M. D_____, qui ne concordaient pas avec les renseignements qu'ils avaient fournis, et leur a demandé de se déterminer sur celles-ci, en joignant à leurs observations tout renseignement ou justificatif utile à l'établissement des faits, y compris en relation avec M. E_____.

Le salaire légal minimal pour un employé sans qualifications particulières et expérience professionnelle de moins de quatre ans dans les ménages privés était de CHF 3'801.- entre 2018 et 2020 pour un plein temps (45 heures par semaine), ce qui correspondait à CHF 5'269.- brut pour 62,5 h par semaine.

e. Le 16 août 2021, Mme et M. A_____ ont contesté les déclarations de M. D_____. Il avait travaillé à raison de 4 heures par jour en moyenne et avait été payé pour les extras, comme le baby-sitting, en sus des CHF 2'400.- qu'il percevait mensuellement. L'OCIRT devrait tenir compte dans l'appréciation des propos de leur ancien employé de l'éventuel classement de la plainte pénale déposée à leur encontre par ce dernier, qui « avait visiblement une dent » contre eux et qui, malgré ses propos, n'avait déposé aucune demande en paiement auprès du Tribunal des prud'hommes. Ils ne possédaient aucun document concernant la durée du travail de leur ancien employé, documents qui n'existaient pas définition pas dans des situations comme celles du cas d'espèce.

f. Le 31 août 2021, l'OCIRT a invité les époux à corriger le salaire de M. D_____ avec effet rétroactif au 1er décembre 2018 et à lui faire parvenir les justificatifs permettant d'établir qu'ils avaient procédé à la mise en conformité (preuve d'affiliation à l'AVS et à la prévoyance professionnelle et de déclaration rétroactive pour les salaires corrigés pour les années 2018 à 2020, facture relative aux cotisations dues, preuves de paiement des rattrapages nets). Il restait en

attente des renseignements et coordonnées de M. E_____ ou de toute autre personne ayant travaillé dans leur ménage pendant la période de contrôle. Il a attiré leur attention sur le fait qu'il était compétent pour prononcer une amende administrative pour non-respect du salaire minimum impératif. Si les rattrapages salariaux sollicités étaient effectués dans le délai imparti, il pouvait réduire, voire renoncer, à cette amende.

Ils n'avaient pas respecté leur obligation d'informer l'employé des conditions de son engagement et n'avaient pas tenu le registre de travail et de jours de repos effectifs comme ils étaient tenus de le faire. Le seul moyen de preuve effectif correspondait dès lors aux échanges quotidiens par WhatsApp, qui corroboraient à de réitérées reprises les horaires indiqués par M. D_____, travailleur en situation irrégulière, impliquant faiblesse et dépendance économique. La nécessité d'un domestique à plein temps concordait également avec l'ampleur des tâches confiées, leurs taux de travail complet, leurs activités de loisirs à l'extérieur et la scolarisation de leur fille aînée uniquement. Ils n'avaient pas déclaré ses rémunérations aux assurances sociales.

Vu les messages échangés, l'employé travaillait de 7h20 en principe jusqu'à 18h30, sans pause. L'OCIRT retenait 55 heures de travail par semaine (11 heures par jour cinq jours par semaine). Par simplification et économie de procédure, il n'était pas tenu compte des heures supplémentaires le soir et le week-end. L'OCIRT retenait un salaire net de CHF 2'400.-. Il leur accordait le bénéfice du doute sur le début des rapports de travail, fixé au 1er décembre 2018. Le salaire minimum pour 55 heures par semaine à l'époque était de CHF 4'645.67 bruts par mois, de sorte que la sous-enchère était au total de CHF 47'159.-.

g. Le 27 septembre 2021, les époux ont contesté les faits retenus par l'OCIRT et avoir exploité la vulnérabilité de leur employé.

Dès le début des rapports de travail, il avait été convenu que la présence de M. D_____ serait particulièrement nécessaire le matin, pour les quelques tâches ménagères et s'occuper des enfants, vu que les époux avaient ponctuellement la possibilité de faire du télétravail et en raison de la présence occasionnelle des grands-parents pouvant garder les enfants. Toutes les heures dépassant 20 heures par semaine et les heures effectuées le soir étaient payées à l'employé à raison de CHF 30.- par heure. Ils lui payaient les déplacement effectués par des voitures de la société Uber. La moyenne, estimée à la hausse, des heures travaillées, y inclus les heures supplémentaires, était de 35 heures par semaine de décembre 2018 à mi-mars 2020. Durant cette période, jusqu'à février 2020, il avait perçu un salaire mensuel de CHF 4'200.-. De mi-mars à avril 2020, l'employé avait été libéré de son obligation de travailler, tout en continuant à être payé à hauteur de CHF 2'400.- par mois. Dès la fin du mois d'avril 2020, Mme A_____ avait régulièrement été chercher l'employé à son domicile vers 9h30 afin de lui éviter la prise des Transports publics genevois (ci-après : TPG). Les services de ce dernier

avaient durant cette période été peu requis, Mme A_____ télétravaillant et s'occupant de la majorité des tâches domestiques, de sorte qu'il avait effectué 20 heures par semaine pour un salaire mensuel de CHF 2'400.-. Il avait été payé pour tout le mois de juillet alors qu'il avait été licencié avec effet immédiat le 2 juillet 2020. Leur employé avait toujours été payé pour toutes les heures effectuées et même parfois alors qu'aucun travail n'était effectué. Ils avaient procédé à une déclaration rétroactive à Chèque Service avec ces données. M. D_____ leur avait en plus demandé de lui prêter à plusieurs reprises de grosses sommes, demandes auxquels ils avaient répondu tant qu'ils le pouvaient, le pensant dans un réel besoin. Il ne les avait jamais remboursées. Il avait finalement obtenu l'autorisation de rester chez eux pour étudier dans un environnement calme et ils lui avaient permis de loger dans leur appartement pendant leurs vacances pour plus de confort. Ils lui avaient fait des cadeaux de Noël et l'avaient accompagné à la pharmacie lorsqu'il ne se sentait pas bien.

Ils ont versé au dossier des échanges WhatsApp destinés à confirmer leur version des faits concernant les voitures Uber, les trajets en avril 2020 et les prêts demandés par l'employé, ainsi que le formulaire d'adhésion à Chèque Service concernant ce dernier signé par Mme A_____ le 27 septembre 2021, indiquant un salaire horaire de CHF 30.- pour 35 heures par semaine.

h. Le 3 décembre 2021, l'OCIRT a entendu M. D_____.

Selon ce dernier, il avait travaillé pour les époux d'octobre 2018 au 2 juillet 2020. Il s'occupait des deux enfants, faisait le ménage, allait chercher la fille aînée à l'école, s'occupait toute la journée de la cadette, qui n'allait pas encore à l'école, lui faisait le repas de midi et sortait le chien matin et soir. Il travaillait d'environ 7h à 20h, sans pause. Pendant la sieste de la cadette, il faisait généralement du repassage mais il arrivait qu'il se repose. Il faisait en plus régulièrement du baby-sitting le vendredi soir, jusqu'à environ minuit. Il rentrait alors en voiture Uber. Les époux travaillaient les deux à plein temps, partaient le matin vers 7h-7h15 et rentraient entre 19h et 20h. Une ou deux fois par année, la mère de l'épouse venait passer quelques semaines avec la famille. Elle s'occupait alors de la cadette et lui faisait le ménage. Il lui arrivait de venir travailler le week-end lorsqu'ils le demandaient, parce qu'ils avaient des invités ou pour s'occuper du chien. Il était arrivé que la famille appelle pour lui une voiture Uber en journée, pour aller chercher des affaires pour cette dernière, ou lorsqu'il pleuvait beaucoup ou neigeait à la sortie de l'école. Il était payé CHF 2'300.- nets par mois et n'était pas payé en sus pour les heures de baby-sitting. Lorsqu'il en avait besoin, il avait demandé des avances de salaire et des prêts, qu'il avait remboursés. Lorsque la famille était en vacances, elle lui demandait de venir à son domicile et de s'occuper du chien. Il était payé pour cette activité. Pendant environ un mois en 2020, on lui avait demandé de ne plus venir travailler, mais il avait été payé. En avril 2020, Mme A_____ ne voulait pas qu'il prenne le tram et venait le chercher.

Il commençait vers 9-10h et finissait vers 18h. Dès mai 2020, il avait repris les horaires habituels. Il avait été licencié avec effet immédiat, sans préavis. Il n'était pas déclaré aux assurances sociales ni à l'impôt à la source.

i. Le 15 décembre 2021, l'OCIRT a maintenu les mêmes constatations de faits et a une nouvelle fois invité les époux à corriger les salaires de M. D_____ avec effet rétroactif au 1er décembre 2018 et à lui faire parvenir les justificatifs permettant d'établir qu'ils avaient procédé à la mise en conformité. Il a à nouveau attiré leur attention sur sa compétence pour prononcer une amende administrative.

Les échanges de messages WhatsApp démontraient sa présence la journée entière et ne mentionnaient pas de modifications d'horaires de semaine en semaine ou de jour en jour. Les pièces produites par les époux ne démontraient pas le contraire. Leurs allégations ne pouvaient être suivis et la durée hebdomadaire de travail de 55 heures était maintenue. Alors qu'initialement, ils avaient qualifié d'occasionnelles les heures supplémentaires, ils affirmaient désormais qu'elles étaient estimées à CHF 1'800.- nets mensuels pendant quinze mois, sans preuve que ce montant aurait été versé et sans que les échanges WhatsApp n'y fassent référence. Une rémunération de CHF 2'400.- pendant toute la durée des rapports de travail était retenue. Si les demandes d'avances et de prêts étaient démontrées, il n'était pas établi que M. D_____ leur devait encore des sommes d'argent.

Un nouveau décompte des salaires à rattraper était annexé, une erreur s'étant glissée dans le précédent calcul. Le rattrapage salarial dû était de CHF 42'668.-.

j. Le 13 janvier 2022, les époux ont persisté à contester les faits retenus par l'OCIRT.

k. Le 1er février 2022, ils ont produit les échanges avec Chèque Service concernant le rattrapage rétroactif des cotisations sociales, qui n'avait pas encore pu être effectué.

l. Le 3 février 2022, l'OCIRT a imparti un ultime délai de mise en conformité au 18 février 2022, faute de quoi il prononcerait une amende administrative.

m. Le 17 février 2022, Chèque Service a confirmé à l'OCIRT avoir reçu la demande concernant M. D_____ mais ne pas pouvoir enregistrer les salaires rétroactivement dans l'immédiat, en raison d'un changement de logiciel. Cela serait fait dans les plus brefs délais.

n. Par décision du 26 avril 2022, l'OCIRT a prononcé à l'encontre de Mme et M. A_____ une amende de CHF 8'500.-.

Ils n'avaient pas respecté les salaires minimaux applicables. La sous-enchère se montait à CHF 42'668.-, correspondant à la différence entre le salaire minimum mensuel pour un employé domestique travaillant 55 heures hebdomadaires

(CH 4'645.67) et le salaire net versé à M. D_____ (CHF 2'400.-) de décembre 2018 à juin 2020.

Pour la fixation de l'amende, avaient été pris en considération la durée de versement du salaire inférieur aux minimaux salariaux, le total de la sous-enchère, l'absence de rattrapage salarial malgré la demande de mise en conformité et le fait qu'il s'agissait de la première infraction.

C. **a.** Par acte du 27 mai 2022, Mme et M. A_____ ont recouru auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre cette décision, concluant à son annulation et à l'allocation d'une indemnité de procédure. Ils sollicitaient préalablement leur audition et celle de M. D_____ ainsi que l'apport de la procédure pénale ouverte à leur encontre pour les mêmes faits (1_____).

L'OCIRT s'était fondé uniquement sur les déclarations de M. D_____, qui devaient cependant être prises en considération avec une grande précaution, vu le montant du rattrapage salarial important. Les agents qui avaient entendu M. D_____ au pénal avaient fait part de leurs doutes et réserves sur la véracité du discours de ce dernier. On pouvait s'interroger sur la force probante d'échanges de messages WhatsApp pour prononcer une sanction aussi lourde. Le chiffre de 62,5 heures que l'employé affirmait avoir travaillé pour eux démontrait l'invraisemblance de ses propos. Eux-mêmes avaient été constants dans leurs explications. Les messages durant certains après-midis corroboraient le fait qu'il effectuait des heures supplémentaires, mais n'indiquaient pas qu'il était présent tous les après-midis. L'OCIRT n'avait pas tenu compte de la libération de l'obligation de travailler et du changement d'horaires pendant la crise sanitaire. Ils n'avaient pas violé les prescriptions relatives aux salaires minimaux.

Même à retenir qu'elle était justifiée dans son principe, l'amende était disproportionnée. Il s'agissait de leur première infraction. Ils avaient collaboré tout au long de la procédure. S'ils avaient été négligents en ne déclarant pas les salaires de MM. D_____ et E_____ à l'AVS, ils avaient uniquement fait confiance à ces derniers qui avaient indiqué travailler comme indépendants. Ils avaient fait les démarches pour le rattrapage des cotisations sociales auprès de Chèque Service, pour leurs deux employés. Le fait qu'ils n'avaient pas opéré le rattrapage salarial requis ne pouvait être retenu à leur encontre, vu la contestation de la quotité du rattrapage fixée par l'OCIRT.

Ils ont notamment versé à la procédure des courriels échangés entre février et avril 2022 avec Chèque Service concernant le montant des charges sociales relatives à l'activité de M. D_____ et à son règlement.

b. L'OCIRT s'est opposé à toute audience et à l'apport de la procédure pénale et a conclu au rejet du recours.

Faute de déclaration aux assurances sociales, il était communément admis que le montant du salaire à l'heure devait être considéré comme un montant net, de sorte qu'en déclarant un montant brut de CHF 30.- par heure, les époux n'avaient pas déclaré les salaires dans leur totalité. Ils n'avaient jamais produit les décomptes des heures supplémentaires qu'ils auraient établis, de sorte qu'ils devaient supporter les conséquences de l'absence de preuve. Le montant de CHF 2'400.- en mars 2020 ne couvrait pas les deux semaines de confinement si l'on suivait la version des époux selon laquelle le salaire était de CHF 4'200.- par mois. Leur version s'était passablement modifiée au fil de la procédure. Il ne ressortait d'aucun message qu'ils demandaient à M. D_____ d'effectuer des heures supplémentaires. Au contraire, la présence de ce dernier les après-midis semblait couler de source sans qu'il soit nécessaire qu'une présence exceptionnelle soit organisée. Les heures supplémentaires s'ajoutant à un horaire fixe ne pouvaient être identiques chaque mois. Tout laissait à penser que M. D_____ travaillait à plein temps les journées avec des extras les soirées et le week-end. L'OCIRT avait retenu la version des faits originelle des époux, qui correspondait aux éléments au dossier, et n'avait pas accordé une valeur probante accrue aux seules déclarations de M. D_____.

Une amende de CHF 8'500.-, pour une sous-enchère importante pendant 19 mois, était proportionnée au regard de la jurisprudence. L'OCIRT n'avait pas pris en compte de récidive, étant donné qu'il n'y en avait pas. Les époux n'avaient pas fait preuve d'une bonne collaboration et leur comportement avait ralenti le déroulement de la procédure. Ils avaient fourni à l'OCIRT des informations fallacieuses, avaient indiqué avoir des documents qu'ils n'avaient pas produits, avaient produit des moyens de preuve détournés à leur avantage et avaient dû être rappelés à l'ordre à plusieurs reprises pour faire les démarches de régularisation auprès de l'office cantonal des assurances sociales.

c. Dans leur réplique, les recourants ont relevé qu'ils n'avaient pas conservé les décomptes des heures supplémentaires, qui se faisaient de manière informelle. Le fait qu'il s'agissait de leur première infraction devait être pris en compte à leur avantage.

d. a. Lors de l'audience, qui s'est tenue le 20 janvier 2023 devant la chambre administrative, Mme A_____ a déclaré qu'entre 2018 et 2020, B_____ était déjà relativement indépendante. Elle passait la journée à l'école et enchaînait directement avec ses activités parascolaires sur place dans son école. Elle-même ou son mari la récupérait directement vers 18h-18h30, ou plus tôt en fonction de ses activités après l'école. Il arrivait alors que M. D_____ aille la chercher. C_____ n'était jamais allée à la crèche et avait commencé le jardin d'enfants en septembre 2020. Son mari travaillait à 100 % et elle-même également depuis décembre 2018. Elle attendait l'arrivée de M. D_____ le matin avant de partir, en moyenne vers 8h30. Ils avaient l'habitude de convenir des horaires un ou deux

jours à l'avance. Il y avait des jours où elle rentrait à midi et M. D_____ revenait ensuite en début d'après-midi. Parfois, elle ne rentrait pas à midi et il restait jusqu'à son retour vers 17h ou 18h, son heure de retour étant variable. Dans ce cas, soit il réchauffait pour lui et C_____ un repas qu'elle avait préparé, soit il préparait un repas simple. Il y avait encore des jours où elle n'avait pas besoin de l'aide de M. D_____ l'après-midi. À la fin de chaque mois, elle lui montrait le décompte des heures et lui demandait s'il était d'accord. Elle n'avait pas conservé ces décomptes, n'ayant jamais pensé avoir un jour à en justifier. Il lui arrivait de demander à M. D_____ de promener le chien une quinzaine de minutes dans la forêt. Il promenait et nourrissait le chien pendant leurs vacances, étant rémunéré séparément une heure par jour à CHF 30.-. Lorsqu'il restait le soir, soit elle commandait le repas, soit elle le préparait à l'avance. Il n'avait qu'exceptionnellement dû cuisiner le soir. Pour les heures de baby-sitting le soir, il était immédiatement rémunéré. Ils lui avaient payé ses cours de français et son abonnement aux TPG. Les échanges de messagesWhatsApp avaient en général lieu lorsqu'il n'était pas encore arrivé ou avait déjà quitté leur maison

Les époux ne se sont pas opposés à la suspension de la procédure dans l'attente de l'issue de la procédure pénale et ont produit la liste des paiements effectués en faveur de Chèque Service.

d.b. M. D_____ a été entendu comme témoin, à sa demande, hors la présence des époux. Il commençait à 7h ou 8h, ne se souvenant plus exactement de l'heure, lorsque la recourante venait le chercher chez lui pour l'amener chez elle. Il s'occupait ensuite de C_____ et accomplissait les tâches ménagères, comme le repassage. Il préparait à manger pour l'enfant, allait se promener avec elle, sortait le chien avant de rentrer chez lui. Il restait toute la journée jusqu'au retour de l'un des époux, en général vers 18h. Environ une fois par mois, l'épouse déjeunait à la maison avec C_____. Il restait mais mangeait séparément. L'après-midi, pendant qu'elle travaillait, il s'occupait de C_____ et sortait le chien. Il avait fait du baby-sitting le vendredi ou samedi soir, ce qui faisait partie de son travail régulier. Dans ces cas, il était arrivé exceptionnellement qu'il prépare le repas pour les deux filles. Il percevait un montant mensuel fixe de CHF 2'300.- et CHF 70.- pour l'abonnement aux TPG. Ils ne l'avaient jamais payé directement ou séparément pour le baby-sitting. Même pendant leurs vacances, ils le payaient CHF 2'300.- par mois. Il avait travaillé deux fois pendant leurs vacances. Dans ce cas, il s'occupait du chien, accomplissait quelques tâches ménagères et gardait la maison, marquant une présence pour qu'il n'y ait pas de cambrioleurs. À la demande des époux, il avait également souvent passé la nuit dans l'appartement. Il dormait sur le canapé ou par terre dans la chambre de C_____ et prenait les trois repas de la journée chez eux. Ils ne lui laissaient pas d'argent pour sa nourriture ou celle du chien. Il y avait assez à manger pour le chien et beaucoup de nourriture dans le frigo, achetée pour ses besoins. Il n'avait pas travaillé en avril et mai 2020 et n'avait été payé que pour un mois pendant cette période. Il avait de nouveau

travaillé selon ses horaires habituels en mai et juin 2020 et son activité avait pris fin début juillet 2020. Il ignorait qu'il devait être assuré contre la maladie et les accidents. Il avait précédemment travaillé dans le même domaine, sans être assuré. Il était considéré comme indépendant. Il n'avait jamais eu l'idée de demander de supplément de salaire lorsqu'il avait accompli plus d'heures que d'habitude. Il avait souvent demandé de l'argent aux époux, qui le lui avaient donné comme avances de salaire, déduites du salaire versé à la fin de chaque mois. À la fin de l'activité, il ne disposait plus d'avances sur salaire.

d.c. Après avoir bénéficié d'un résumé des déclarations du témoin, Mme A_____ a précisé n'avoir été le chercher chez lui le matin qu'entre mai et juillet 2020 et le ramener alors également. Les propos de M. D_____ concernant le baby-sitting et le gardiennage de maison pendant les vacances étaient contestés. Ils n'avaient jamais demandé le remboursement des montants avancés ni compensés ceux-ci avec son salaire. Ils l'avaient payé en mars et avril 2020. C'est lui qui avait demandé s'il pouvait passer la nuit chez eux pendant leurs vacances. Il ne s'agissait pas d'un service qu'il leur rendait, au contraire.

e. Le 30 janvier 2023, l'OCIRT a déploré ne pas avoir pu être présent à l'audience, pour laquelle la convocation ne lui était pas parvenue, et s'est opposé à la suspension de la procédure dans l'attente de l'issue de la procédure pénale.

f. Les époux ont persisté à demander la suspension de la procédure pénale et ont reproché un parti pris à l'OCIRT.

g. Par décision du 27 février 2023, la chambre administrative a rejeté la requête de suspension de la procédure.

h. Dans leurs ultimes observations, Mme et M. A_____ ont maintenu leur recours.

i. Sur ce, 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. Les recourants ont demandé, dans leur acte de recours, l'apport de la procédure pénale.

2.1 Tel qu'il est garanti par l'art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération 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 soit donné suite à ses offres de preuves pertinentes, lorsque cela est de nature à influer sur la décision à rendre (ATF 145 I 73 consid. 7.2.2.1 ; 142 III 48 consid. 4.1.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_157/2021 du 7 juillet 2021 consid. 3.1). Le droit de faire administrer des preuves n'empêche cependant pas la juge de renoncer à l'administration de certaines preuves offertes et de procéder à une appréciation anticipée de ces dernières, en particulier 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 (ATF 145 I 167 consid. 4.1 ; 140 I 285 consid. 6.3.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_576/2020 du 1er avril 2021 consid. 3.1).

2.2 En l'espèce, la chambre administrative dispose du rapport des déclarations faites par l'ancien employé des recourants à l'autorité intimée le 18 août 2020, des échanges de messages sur WhatsApp entre l'employé et les recourants de janvier 2019 à juillet 2020, du procès-verbal de la nouvelle audition de ce dernier par l'autorité intimée le 3 décembre 2021 et de l'ensemble des prises de position des recourants devant l'autorité intimée, y compris leurs annexes. Elle a par ailleurs procédé à la comparution personnelle des parties et a entendu l'ancien employé des recourants.

Le dossier contient par conséquent les éléments nécessaires au jugement du dossier.

Pour le reste, comme déjà relevé par la chambre administrative dans sa décision de refus de suspension, la décision litigieuse ne repose pas sur les éléments recueillis dans le cadre de la procédure pénale, mais sur l'analyse des éléments apportés tant par l'employé et les employeurs durant la procédure administrative, éléments qui figurent au dossier en mains de la chambre administrative.

Dans ces circonstances, la chambre administrative dispose d'un dossier complet lui permettant de trancher le litige en toute connaissance de cause, sans qu'il ne soit nécessaire d'ordonner l'apport du dossier pénal. Il ne sera par conséquent pas donné suite à la requête d'instruction complémentaire.

3. Le recours porte sur la conformité au droit de l'amende de CHF 8'500.- infligée aux recourants par l'autorité intimée pour sous-enchère salariale.

Les recourants contestent toute sous-enchère salariale et donc le principe du prononcé d'une amende.

3.1 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 (LDét - RS 823.20) règle le contrôle des employeurs qui engagent des travailleurs en Suisse et les sanctions qui leur sont applicables en cas de

non-respect des dispositions relatives aux salaires minimaux prévus par les contrats-types de travail au sens de l'art. 360a de la loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse (CO, Code des obligations - RS 220).

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

Les organes de contrôle annoncent à l'autorité cantonale compétente toute infraction à la LDét (art. 9 al. 1 LDét). L'autorité cantonale visée à l'art. 7 al. 1 let. d LDét peut, en cas d'infraction aux dispositions relatives au salaire minimal d'un contrat-type de travail au sens de l'art. 360a CO par l'employeur qui engage des travailleurs en Suisse, prononcer une sanction administrative prévoyant le paiement d'un montant de CHF 30'000.- au plus (art. 9 al. 2 let. f LDét).

3.2 Si, au sein d'une branche économique ou d'une profession, les salaires usuels dans la localité, la branche ou la profession font l'objet d'une sous-enchère abusive et répétée et qu'il n'existe pas de convention collective de travail contenant des dispositions relatives aux salaires minimaux pouvant être étendue, l'autorité compétente peut édicter, sur proposition de la commission tripartite visée à l'art. 360b, un contrat-type de travail d'une durée limitée prévoyant des salaires minimaux différenciés selon les régions et, le cas échéant, selon les localités, dans le but de combattre ou de prévenir les abus (art. 360a al. 1 CO).

La Confédération et chaque canton instituent une commission tripartite composée en nombre égal de représentants des employeurs et des travailleurs ainsi que de représentants de l'État (art. 360b al. 1 CO).

Il ne peut pas être dérogé à un contrat-type de travail au sens de l'art. 360a en défaveur du travailleur (art. 360d al. 2 CO).

Lorsque le rapport de travail a été convenu pour une durée indéterminée ou pour plus d'un mois, l'employeur doit informer le travailleur par écrit, au plus tard un mois après le début du rapport de travail, sur les points suivants : le nom des

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

3.3 La loi sur l'inspection et les relations du travail du 12 mars 2004 (LIRT - J 1 05) précise la mise en œuvre, dans le canton de Genève, de la LDét (art. 1 al. 2 LIRT).

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

3.4 Sont considérés comme travailleurs de l'économie domestique, au sens du contrat-type de travail avec salaires minimaux impératifs de l'économie domestique du 13 décembre 2011 (CTT-EDom - J 1 50.03), les travailleuses et travailleurs occupés dans un ménage privé (art. 1 al. 1 let. a CTT-EDom, dans sa teneur en 2018, 2019 et 2020). Le CTT-EDom s'applique à tout le personnel affecté aux activités domestiques traditionnelles ou nouvelles, notamment aux maîtres d'hôtel, gouvernantes, cuisiniers, cuisinières, valets de chambre, femmes de chambre, chauffeurs, jardiniers, jardinières, ainsi qu'aux autres employés de maison affectés notamment au nettoyage, à l'entretien du linge, aux commissions, à la prise en charge d'enfants, de personnes âgées, de personnes handicapées et de malades, à l'assistance aux personnes âgées, aux personnes handicapées et aux malades dans la vie quotidienne (art. 1 al. 2 CTT-EDom, dans sa teneur en 2018, 2019 et 2020).

Le salaire minimum pour un employé non qualifié est de CHF 3'801.- (art. 10 al. 1 let. e CTT-EDom, dans sa teneur en 2018, 2019 et 2020). Lorsque le travailleur accomplit des veilles de nuit, les salaires minimaux sont majorés d'une indemnité de CHF 7.55 par heure de veille, pour les heures entre 20h et 7h (art. 10 al. 1bis CTT-EDom, dans sa teneur en 2018, 2019 et 2020). Les montants ci-dessus comprennent le salaire en nature pour le logement et pour la nourriture. S'il est logé ou nourri par l'employeur, le travailleur reçoit en espèces la différence entre ces montants et la valeur du logement ou de la nourriture selon les normes AVS en vigueur (art. 10 al. 3 CTT-EDom, dans sa teneur en 2018, 2019 et 2020). Le salaire en espèces est versé pendant les heures de travail au plus tard le

dernier jour du mois ou, si ce dernier jour tombe un dimanche ou un jour férié, le jour ouvrable précédent (art. 10 al. 4 CTT-EDom, dans sa teneur en 2018, 2019 et 2020). Un décompte détaillé mentionnant les composantes du salaire (notamment salaire brut, heures supplémentaires), ainsi que les retenues (notamment AVS, assurances, impôt à la source) est remis chaque mois au travailleur (art. 10 al. 6 CTT-EDom). Les salaires minimaux prévus aux al. 1 et 1bis ont un caractère impératif au sens de l'art. 360a CO pour une durée hebdomadaire de 45 heures. En cas de travail partiel, le salaire minimum est calculé prorata temporis (art. 10 al. 7 CTT-EDom, dans sa teneur en 2018, 2019 et 2020).

Il est recommandé d'établir le contrat de travail par écrit avant l'entrée en fonction (art. 10bis al. 1 CCT-EDom, dans sa teneur en 2018, 2019 et 2020). Le travailleur peut exiger la confirmation écrite du contrat de travail (art. 330b CO ; art. 10bis al. 2 CTT-EDom, dans sa teneur en 2018, 2019 et 2020). L'employeur tient un registre des heures de travail et des jours de repos effectifs. Le travailleur peut s'informer en tout temps sur ses heures de travail, jours de repos, jours fériés et vacances qui lui restent à prendre (art. 10bis al. 3 CTT-EDom, dans sa teneur en 2018, 2019 et 2020). Si l'employeur faillit à son obligation de tenir un registre, l'enregistrement de la durée du travail faite par le collaborateur vaut moyen de preuve en cas de litige (art. 10bis al. 4 CTT-EDom, dans sa teneur en 2018, 2019 et 2020).

L'OCIRT est l'organe de surveillance (art. 24 al. 1 CTT-EDom, dans sa teneur en 2018, 2019 et 2020). Il est chargé notamment de contrôler le respect des salaires minimaux, les conditions de travail des jeunes gens et des personnes en formation ainsi que la sécurité des installations (art. 24 al. 2 CTT-EDom).

3.5 La procédure administrative est régie par la maxime inquisitoire, selon laquelle le juge établit les faits d'office (art. 19 LPA), sans être limité par les allégués et les offres de preuves des parties. Dans la mesure où l'on peut raisonnablement exiger de l'autorité qu'elle les recueille, elle réunit ainsi les renseignements et procède aux enquêtes nécessaires pour fonder sa décision. Elle apprécie les moyens de preuve des parties et recourt s'il y a lieu à d'autres moyens de preuve (art. 20 LPA). Mais ce principe n'est pas absolu, sa portée est restreinte par le devoir des parties de collaborer à la constatation des faits (art. 22 LPA). Celui-ci comprend en particulier l'obligation des parties d'apporter, dans la mesure où cela peut être raisonnablement exigé d'elles, les preuves commandées par la nature du litige et des faits invoqués, faute de quoi elles risquent de devoir supporter les conséquences de l'absence de preuves (ATF 128 II 139 consid. 2b ; arrêts du Tribunal fédéral 1C_454/2017 du 16 mai 2018 consid. 4.1 ; 2C_524/2017 du 26 janvier 2018 consid. 4.2 ; ATA/880/2021 du 31 août 2021 consid. 3a et les références citées).

En procédure administrative, la constatation des faits est gouvernée par le principe de la libre appréciation des preuves (ATF 139 II 185 consid. 9.2 ; 130 II 482

consid. 3.2). Le juge forme ainsi librement sa conviction, en analysant la force probante des preuves administrées, dont ni le genre, ni le nombre n'est déterminant, mais uniquement la force de persuasion (art. 20 al. 1 LPA ; ATA/382/2023 du 18 avril 2023 consid. 5b ; ATA/109/2021 du 2 février 2021 consid. 12b).

De jurisprudence constante, en présence de déclarations contradictoires, la préférence doit en principe être accordée à celles que l'intéressé a données en premier lieu, alors qu'il en ignorait les conséquences juridiques, les explications nouvelles pouvant être, consciemment ou non, le produit de réflexions ultérieures (arrêt du Tribunal fédéral 9C_728/2013 du 16 janvier 2014 consid. 4.1.2 ; ATA/184/2023 du 28 février 2023 consid. 3.3).

3.6 En l'espèce, l'autorité intimée a retenu que, du 1er décembre 2018 au 2 juillet 2020, l'employé avait travaillé 55 heures par semaine pour les recourants, pour un salaire net CHF 2'400.-, inférieur au salaire brut minimum pour un employé domestique de CHF 4'645.67, portant la sous-enchère salariale à CHF 42'668.- (CHF 88'268.- de salaire minimum global pour toute la période d'emploi – CHF 45'600.- de salaire net total reçu = CHF 42'668 de rattrapage brut).

Les recourants affirment cependant avoir engagé leur employé à raison de 20 heures par semaine, soit 4 heures par jour le matin, pour CHF 2'400.- par mois, plus des heures supplémentaires, effectuées le reste de la journée, payées à raison de CHF 30.- par heure à la fin de chaque mois en fonction d'un décompte. Ils estiment ainsi que leur employé a en moyenne travaillé 35 heures par semaine de décembre 2018 à février 2020, pour un salaire CHF 4'200.- par mois, puis 35 heures par semaine du 1er au 16 mars 2020 pour un salaire mensuel de CHF 2'400.-, puis aucune heure en avril 2020 pour un salaire mensuel de CHF 2'400.-, puis 20 heures par semaine en mai et juin 2020 pour un salaire de CHF 2'400.- par mois et finalement aucune heure en juillet 2020 mais ayant tout de même perçu son salaire mensuel de CHF 2'400.-.

Les faits avancés par les recourants ne concordent toutefois pas avec les déclarations de l'employé, qui a indiqué lors de ses deux auditions par l'OCIRT et lors de son audition par la chambre administrative travailler des journées complètes, soit de 7-8h à 18-20h, plus des soirées de baby-sitting, pour un salaire mensuel de CHF 2'300.- plus l'abonnement TPG de CHF 70.- ou de CHF 2'400.-.

Or, contrairement à leurs obligations, les recourants n'ont pas informé leur employé par écrit, au début des rapports de travail, des éléments prévus par l'art. 330b al. 1 CO, comprenant notamment le salaire et les éventuels compléments salariaux ainsi que la durée hebdomadaire de travail. Ils n'ont pas non plus tenu de registre de travail et des jours de repos effectifs ni remis à leur employé de décompte de salaire comme exigé par la CTT-EDom.

Par conséquent, comme l'a à juste titre constaté l'autorité intimée, à défaut d'autres preuves et au vu des déclarations contradictoires des parties au contrat de travail, les échanges de messages sur WhatsApp constituent le seul élément susceptible de permettre d'établir l'horaire de travail de l'employé et le salaire qui lui a été payé.

Or, les messages échangés tant avec le recourant qu'avec la recourante démontrent que l'employé travaillait des journées complètes et non uniquement des matinées avec des heures supplémentaires l'après-midi en cas de besoin comme le soutiennent les recourants.

Ainsi que l'a à juste titre constaté l'autorité, non seulement l'employé a régulièrement échangé des messages, notamment des photos du courrier arrivé dans la boîte aux lettres ou des enfants, avec les recourants les après-midis également, démontrant sa présence au travail les après-midis, mais surtout les messages indiquent que sa présence était acquise tout au long de la journée entre les parties. Par ailleurs, il ressort des messages que le recourant allait l'après-midi régulièrement chercher l'aînée à l'école ou à la sortie de cours, voire l'y emmenait. Ils dénotent également qu'il travaillait aussi lorsque la mère de la recourante se trouvait à Genève.

En outre, un mode de garde limité dans la règle à 4 heures par jour n'est pas compatible avec un emploi du temps de deux parents travaillant à temps complet sans autre mode de garde, ceci même avec une partie du travail effectué en télétravail, lequel se concilie difficilement avec la garde d'un bébé ou d'une très jeune enfant. Les recourants ont sur ce point confirmé devant la chambre administrative avoir travaillé tous deux à 100 % durant toute la période d'emploi de leur employé.

Au vu de ce qui précède, la version des recourants quant à un travail de 20 heures par semaine à raison de 4 heures par jour le matin plus des heures supplémentaires l'après-midi, le travail de l'employé n'étant pas nécessaire l'après-midi grâce au télétravail et à la présence des grands-parents, n'est pas crédible. Il sera par conséquent retenu que l'employé travaillait des journées complètes.

Reste à déterminer l'horaire journalier de ce dernier.

Les messages comprennent à plusieurs reprises des demandes d'ouvrir la porte d'entrée de la famille aux environs de 7h20. L'employé indique également une fois à 7h26 être en retard et prévoir d'arriver à 7h38, ayant raté le bus. Après sa reprise de travail après le confinement lié à la crise sanitaire, l'employé a informé la recourante à 7h33 être à l'arrêt de tram pour venir au travail. Il ressort par ailleurs des messages qu'à une occasion, il était en train de promener le chien à 7h46. La recourante lui a en outre à une occasion demandé de venir à 7h car elle devait impérativement être partie à 7h30. Ces éléments confirment un début de travail à 7h30 tel que retenu par l'autorité intimée, ce que conforte encore le fait que

l'employé a régulièrement envoyé tôt le matin, dès environ 8h, des messages et photos à la recourante.

S'agissant de la fin de journée, les échanges de messages avec les recourants démontrent que l'employé était régulièrement encore présent à 18h30, voire plus tard. À une occasion, la recourante s'est fâchée lorsque son employé l'a informée s'inscrire à des cours de français commençant à 18h30, car elle ne finissait le travail qu'à 18h-18h30 et qu'il y avait ensuite du trafic pour rentrer ; même des cours à 19h20 n'étaient pas envisageables. À certaines reprises, elle a informé son employé de la livraison des courses de la famille à 18h30-19h30. À une occasion, l'employé a demandé la permission de prévoir une sortie un vendredi soir à 19h. Par conséquent, un horaire jusqu'à 18h30 tel que retenu par l'autorité intimée apparaît conforme à la réalité, si ce n'est favorable aux recourants.

Ceci est d'autant plus vrai que l'autorité intimée n'a retenu que l'horaire de 7h30 à 18h30, soit 11 heures de travail quotidien, à raison de cinq jours par semaine. Or, outre le fait que les messages dénotent fréquemment la présence du recourant après 19h30, ils établissent également de nombreuses heures de baby-sitting le soir, voire à certaines occasions la garde des enfants pendant toute la nuit jusqu'au lendemain, et de travail le week-end, que ce soit pour la garde des enfants, la promenade du chien, le nettoyage du bureau du recourant ou du ménage chez les recourants, comme le lavage des vitres. Ils démontrent également la présence de leur employé chez eux pendant leurs absences, en particulier durant les vacances, y compris le week-end ou des jours fériés.

Ces éléments tendent à démontrer une activité encore plus importante que celle retenue par l'autorité intimée, que les recourants sont dès lors malvenus de critiquer.

À cet égard, il sera relevé que les éléments qu'ils ont produits pour soutenir leur version des faits ne leur est d'aucune aide. En effet, il ressort des échanges sur WhatsApp que les recourants commandaient des voitures Uber le soir après que leur employé avait fait du baby-sitting en plus de son horaire hebdomadaire et qu'ils commandaient également des voitures à certaines occasions l'après-midi, pour que celui-ci les prenne dans le cadre de son travail, par exemple pour emmener leur fille aînée à des cours extra-scolaires. Les commandes de voitures Uber ne démontrent dès lors aucunement que l'employé ne travaillait pas l'après-midi, bien au contraire.

S'agissant du salaire perçu par l'employé durant la période de travail, les recourants affirment lui avoir payé un salaire mensuel fixe de CHF 2'300.- plus l'abonnement aux TPG, puis CHF 2'400.-, et avoir payé séparément les heures supplémentaires à raison de CHF 30.- par heure. Ils ont ensuite estimé avoir payé un salaire comprenant les heures supplémentaires de CHF 4'200.- par mois de décembre 2018 à février 2020, correspondant à 35 heures par semaine à un salaire

horaire de CHF 30.-, puis à nouveau un salaire de CHF 2'400.- à compter de mars 2020, l'employé n'ayant plus eu à faire d'heures supplémentaires après le confinement et la reprise de son travail fin avril 2020.

Néanmoins, l'employé affirme n'avoir jamais été payé pour des heures supplémentaires et soutient avoir toujours reçu un salaire de CHF 2'300.- plus l'abonnement aux TPG ou de CHF 2'400.-, ce qui concorde avec le montant de base indiqué par les recourants. Or, les messages échangés traitent régulièrement du paiement du salaire mais ne mentionnent jamais le paiement d'heures supplémentaires. Par ailleurs, comme examiné ci-dessus, la thèse du travail le matin avec des heures supplémentaires l'après-midi n'est pas crédible. Ainsi le montant de CHF 2'400.-, correspondant au montant indiqué par les recourants dans leur déclaration initiale et concordant avec celui avancé par leur employé, doit être retenu.

Dans ces circonstances, il ne peut être reproché à l'autorité intimée d'avoir retenu que le recourant était rémunéré CHF 2'400.- par mois pour l'horaire de 55 heures par semaine.

L'autorité intimée a considéré que ce salaire correspondait au salaire net, ce que contestent les recourants. Ils n'avaient cependant pas payé les charges sociales, comme ils l'ont d'ailleurs expressément reconnu puis l'ont à nouveau admis en adhérant ensuite à Chèque Service, de sorte que le salaire versé l'a été sans prélèvement des cotisations sociales, correspondant ainsi au salaire net. Ils ont d'ailleurs déclaré un salaire net de CHF 30.- de l'heure à Chèque Service dans le formulaire signé le 27 septembre 2021.

En définitive, pour déterminer la sous-enchère salariale doivent être pris en compte un horaire hebdomadaire de 55 heures pour un salaire mensuel net de CHF 2'400.- .

L'autorité intimée a retenu comme période déterminante le 1er décembre 2018 au 30 juin 2020. Si les recourants affirment avoir payé le recourant en juillet 2020, soutenant qu'ils payaient leur employé d'avance pour le mois suivant, il ressort des échanges de messages que le paiement du salaire se faisait chaque fin de mois, ce qui est conforme au CTT-EDom et non d'avance. Rien n'indique qu'il aurait été payé pour le mois de juillet 2020, le licenciement ayant eu lieu le 2 juillet 2020.

La période déterminante retenue par l'autorité intimée n'est dès lors pas critiquable, de sorte que le salaire global net perçu est de CHF 45'600.- (1 mois en 2018 [CHF 2'400] + 12 mois en 2019 [CHF 28'800] + 6 mois en 2020 à CHF 2'400.- [CHF 14'400.-]).

Or, le salaire brut mensuel minimum pour leur employé, non qualifié, était de CHF 3'801.- brut pour un emploi de 45 heures par semaine, ce qui correspond à

un salaire brut mensuel CHF 4'645.65 pour une activité exercée 55 heures par semaine. Le salaire brut minimum pour la période était donc de CHF 88'267.35 (1 mois en 2018 [CHF 4'645.80] + 12 mois en 2019 [CHF 55'747.80] + 6 mois en 2020 à CHF 4'645.65 [CHF 27'873.90]).

La sous-enchère salariale, soit le montant brut de rattrapage nécessaire à atteindre le salaire brut minimum qui était dû à l'employé, est par conséquent de CHF 42'667.35 (CHF 88'267.35 - CHF 45'600.-), ce qui concorde avec le montant retenu par l'autorité intimée, de CHF 42'668.-, obtenu en arrondissant le salaire minimum brut dû chaque année.

Sur ce point, il sera relevé que s'il ressort des échanges de messages que l'employé a obtenu à certaines occasions des prêts des recourants, le dossier ne permet pas d'établir que des dettes relatives à ces prêts subsistent. En tout état de cause, la question d'une éventuelle compensation, traitée en droit du travail par l'art. 323b al. 2 CO, n'est pas du ressort de la chambre administrative, devant laquelle l'employé n'est au surplus pas partie (ATA/1190/2018 du 6 novembre 2018 consid. 14 ; ATA/1305/2015 du 8 décembre 2015 consid. 10).

Pour le reste, le fait que les recourants aient continué à payer leur employé alors qu'ils l'avaient libéré de l'obligation de travailler pendant la période de confinement pendant la crise sanitaire liée au Covid-19 ne réduit en rien la sous-enchère salariale, puisqu'ils avaient l'obligation légale de le faire (art. 324 al. 1 CO).

Dans ces circonstances, les recourants ont contrevenu au salaire mimimum prévu par la CTT-EDom. L'amende est par conséquent fondée dans son principe.

4. Reste à examiner sa quotité, également contestée.

4.1 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/131/2023 du 7 février 2023 consid. 5c ; ATA/142/2023 du 14 février 2023 consid. 8a ; Pierre MOOR/Étienne POLTIER, Droit administratif, vol. 2, 3e éd., 2011, p. 160 n. 1.4.5.5 ; plus nuancé : Thierry TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2e éd., 2018, p. 413 n. 1211).

En vertu de l'art. 1 al. 1 let. a de la loi pénale genevoise du 17 novembre 2006 (LPG - E 4 05), les dispositions de la partie générale du code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP - RS 311.0) s'appliquent à titre de droit cantonal supplétif. On doit cependant réserver celles qui concernent exclusivement les juridictions pénales (notamment les art. 34 ss, 42 ss, 56 ss, 74 ss et 106 al. 1 et 2 CP ;

ATA/131/2023 du 7 février 2023 consid. 5d ; ATA/894/2022 du 6 septembre 2022 consid. 8f).

Il est ainsi nécessaire que le contrevenant ait commis une faute, fût-ce sous la forme d'une simple négligence (ATA/142/2023 du 14 février 2023 consid. 8a ; ATA/1253/2022 du 13 décembre 2022 consid. 3b ; Ulrich HÄFELIN/Georg MÜLLER/Felix UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8e éd., 2020, p. 343 n. 1493).

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 chambre administrative ne la censure qu'en cas d'excès ou d'abus (ATA/131/2023 du 7 février 2023 consid. 5d ; ATA/1253/2022 du 13 décembre 2022 consid. 3b).

L'autorité prend en considération la nature, la gravité et la fréquence des infractions commises, dans le respect du principe de proportionnalité (art. 36 al. 3 Cst. ; ATA/894/2022 du 6 septembre 2022 consid. 8g ; ATA/668/2022 du 28 juin 2022 consid. 7e).

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).

4.2 La chambre administrative a eu l'occasion à plusieurs reprises de se prononcer sur des amendes pour sous-enchères salariales prononcées en application de la nouvelle échelle de l'art. 9 al. 2 let. f LDét, qui a augmenté le plafond de CHF 5'000.- à CHF 30'000.- et est entrée en vigueur le 1er avril 2017.

Elle a ainsi confirmé une amende de CHF 7'250.- dans une affaire dans laquelle la sous-enchère salariale, en contravention au contrat-type de travail du commerce de détail du 13 juin 2017 (CTT-CD - J 1 50.17), concernait quatre employés, pendant la totalité de la durée de leur contrat de travail, de plus d'un an pour deux des employés et neuf mois pour les deux autres, pour un montant total de CHF 23'518.-. L'employeuse n'avait procédé à aucun rattrapage salarial en faveur des employés, malgré la requête de mise en conformité de l'autorité et avait fait

preuve d'une collaboration médiocre (ATA/220/2020 du 25 février 2020 consid. 6).

La chambre a par contre réduit l'amende dans plusieurs autres cas.

Dans une affaire dans laquelle la sous-enchère salariale en contravention au CTT-EDom avait duré quatre ans, été commise au préjudice de cinq employées, constituait la première infraction commise par la recourante et consacrait une faute moyenne de cette dernière relativisée par les circonstances, la chambre administrative a réduit l'amende de CHF 28'000.- à 14'000.- (ATA/894/2022 du 6 septembre 2022 consid. 9).

Dans un autre cas, la chambre administrative a réduit l'amende de CHF 5'600.- à CHF 4'000.-. La recourante n'avait pas respecté le salaire minimal prescrit par le CTT-EDom pour deux employées pendant respectivement trois ans et près de quatre ans pour un montant de sous-enchère salariale de CHF 13'232.35. Elle avait fait preuve d'une collaboration moyenne. Il s'agissant de sa première infraction. Une partie minime de l'infraction s'était déroulée pendant la période où le plafond de l'amende était de CHF 5'000.- (ATA/917/2021 du 7 septembre 2021 consid. 8b).

Dans une dernière affaire relevant toujours du CTT-EDom, la chambre de céans a réduit l'amende de CHF 11'400.- à CHF 5'000.-, malgré la faute grave, uniquement en raison de la prescription partielle des faits répréhensibles. En effet, pour la fixation de l'amende, seul devait être pris en compte un montant de sous-enchère salariale de CHF 30'185.- pendant environ deux ans, en raison de la prescription de la sous-enchère salariale antérieure de CHF 32'000.-. Il s'agissait de la première infraction de la recourante, qui n'avait pas procédé à un rattrapage salarial et avait fait preuve d'une collaboration médiocre. La sous-enchère avait eu lieu pendant toute la durée du contrat de travail de l'employée concernée (ATA/871/2020 du 8 septembre 2020 consid. 3c).

4.3 En l'espèce, l'autorité intimée a à juste titre pris en compte que la sous-enchère salariale concernait un employé, pendant la totalité de la durée des rapports de travail, du 1er décembre 2018 au 2 juillet 2020, soit une période d'un peu plus d'un an et demi, pour une sous-enchère de CHF 42'668.-. Il s'agit d'une sous-enchère qui doit être qualifiée d'importante au regard de la période relativement réduite pendant laquelle elle a été cumulée. La faute des recourants doit dès lors être qualifiée de grave.

L'autorité intimée a également pris en considération l'absence de rattrapage salarial malgré la demande de mise en conformité. À cet égard, les recourants n'ont effectivement pas démontré, ni même allégué, avoir versé un ou des montants directement à leur ancien employé à titre de rattrapage salarial. Ils ont

néanmoins établi avoir versé à Chèque Service une somme totale de CHF 24'655.90 à titre de rattrapage rétroactif des charges sociales.

Ce rattrapage était toutefois fondé sur un salaire net de CHF 4'200.- par mois, persistant ainsi dans leur version selon laquelle leur employé aurait travaillé 4 heures par jour le matin plus des heures supplémentaires, estimées à 15 heures par semaine. Or, comme vu précédemment, il ne peut être retenu que les recourants auraient rémunéré des heures supplémentaires en plus du salaire mensuel net de CHF 2'400.-, qui est le seul montant pouvant être considéré comme ayant été versé. Ils ont ainsi payé des charges sociales sur un montant qui n'a pas entièrement été versé, vu l'absence de rattrapage salarial directement effectué envers le recourant. Par ailleurs, ils ont maintenu la version des faits tant devant l'autorité intimée que la chambre administrative, malgré les échanges de messages WhatsApp figurant au dossier. En outre, si les recourants mettent en avant leur bonne collaboration, leur argumentation en contradiction claire avec les éléments au dossier conduit à retenir, au contraire, une mauvaise collaboration.

L'autorité intimée a finalement également pris en compte qu'il s'agissait de la première infraction des recourants.

Il sera encore relevé que les recourants n'invoquent pas de situation financière délicate pour s'opposer à l'amende.

Au vu de l'ensemble de ces éléments et au regard de la jurisprudence susmentionnée, l'amende fixée à CHF 8'500.- par l'autorité intimée, qui correspond à moins d'un tiers du maximum légal de CHF 30'000.-, respecte le principe de la proportionnalité.

Dans ces circonstances, la décision de l'autorité intimée est conforme au droit et le recours, entièrement mal fondé, sera rejeté.

5. Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 1'500.-, comprenant les frais d'interprète de CHF 200.-, sera mis à la charge conjointe des recourants (art. 87 al. 1 LPA) et aucune indemnité de procédure ne sera allouée (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 27 mai 2022 par Madame et Monsieur A_____ contre la décision de l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail du 26 avril 2022 ;

au fond :

le rejette ;

met un émolument de CHF 1'500.-, comprenant les frais d'interprète de CHF 200.-, à la charge solidaire de Madame et Monsieur A_____ ;

dit qu'il n'est pas alloué d'indemnité de procédure ;

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 Bénédict FONTANET, avocat des recourants, à l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail ainsi qu'au secrétariat d'État à l'économie.

Siégeant : Florence KRAUSKOPF, présidente, Jean-Marc VERNIORY, Francine PAYOT ZEN-RUFFINEN, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière :	la présidente siégeant :
N. DESCHAMPS	F. KRAUSKOPF

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le la greffière :