RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2698/2021-EXPLOI **ATA/590/2022**.

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 3 juin 2022

2ème section

dans la cause

Monsieur A_____

contre

OFFICE CANTONAL DE L'INSPECTION ET DES RELATIONS DU TRAVAIL

EN FAIT

1) Monsieur A_____, né le _____ 1990, est carreleur indépendant. Il est domicilié et actif à B_____, sa société étant enregistrée à C_____, soit deux communes du département de l'Ain (France).

2) Le samedi 9 janvier 2021, peu avant midi, M. A_____ a fait l'objet d'un contrôle de la part du bureau de contrôle paritaire des chantiers (ci-après : BCC) alors qu'il travaillait sur un chantier de deux jours à la rue Chaponnière à Genève, pour un restaurant sis dans ladite rue.

Il résulte du procès-verbal de contrôle que M. A_____ a indiqué travailler sur ce chantier avec Monsieur D_____, son employé.

M. D_____ a rempli, le 9 janvier 2021 également, un formulaire indiquant qu'il était aide-carreleur de profession, et sur le chantier depuis la veille. Il avait commencé dans l'entreprise « E_____ » à F_____ (recte : B_____) en juin 2020.

3) Le 11 janvier 2021, M. A_____ a envoyé par courriel au BCC, sur demande de ce dernier, les documents prouvant sa qualité d'indépendant, de même qu'une annonce de séjour de courte durée faite le jour même en ligne sur le site Internet du département fédéral de justice et police (ci-après : DFJP).

S'agissant du document demandé au sujet de la procédure d'annonce pour son employé, M. A_____ a indiqué : « je vous confirme que mon copain D_____ était venu les deux jours pour visiter Genève le temps de mon chantier. Le matin du deuxième jour il a voulu m'aider un moment avant de reprendre son tourisme ».

4) Par courrier du 22 janvier 2021, l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail (ci-après : OCIRT) a signifié à M. A_____ qu'il avait violé son obligation d'annonce de travailleurs détachés et lui a donné un délai de dix jours pour exercer son droit d'être entendu.

Malgré le contrôle opéré par la commission paritaire des métiers du bâtiment - second œuvre (ci-après : CPSO), il n'avait pas procédé rétroactivement à l'annonce du travailleur détaché, si bien qu'il encourait une amende administrative allant jusqu'à CHF 5'000.-, laquelle pouvait être réduite en cas d'annonce rétroactive.

5) À la suite de ce courrier, M. A_____ a écrit à l'OCIRT le 29 janvier 2021. Il avait un statut d'indépendant, « donc sans aucun salarié ». S'agissant de M. D_____, il a repris les explications contenues dans son courriel du

11 janvier 2021, à savoir qu'il l'avait accompagné dans le but de faire du tourisme, tout en lui apportant de l'aide le matin du deuxième jour.

6) Le 11 février 2021, la CPSO a écrit à M. A_____ en lui demandant de lui adresser, au plus tard le 11 mars 2021, la liste de rémunération du personnel complétée et signée par son travailleur détaché, l'attestation de salaire du mois de janvier 2021, le bulletin de paie du mois de janvier 2021 contresigné par le travailleur détaché et un extrait du registre du commerce de l'entreprise. Il pouvait fournir toute explication dans le même délai.

7) Le 10 mars 2021, M. A_____ a écrit à la CPSO en renouvelant ses précédentes explications.

8) Par décision du 8 juillet 2021, l'OCIRT a infligé à M. A_____ une amende administrative de CHF 1'200.-, au sens de l'art. 9 al. 2 let. a de 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), ainsi qu'un émolument administratif de CHF 200.-, pour avoir employé M. D_____ sur le chantier des 8 et 9 janvier 2021.

Il avait omis d'annoncer le détachement de son employé et n'avait ainsi pas respecté ses obligations d'annonce, au titre de l'art. 6 LDét. Il n'avait de plus pas procédé à l'annonce rétroactive de M. D_____. Les déclarations qu'il avait faites à propos de ce dernier étaient contradictoires, et il convenait de prendre en compte la première affirmation, faite alors que les conséquences n'étaient pas connues, plutôt que celle faite après réflexion. L'amende était fondée sur l'art. 9 al. 2 let. a LDét, l'émolument sur les art. 9 al. 2 let. g LDét, 42 de la loi sur l'inspection et les relations du travail du 12 mars 2004 (LIRT - J 1 05) et 66A du règlement d'application de la LIRT du 23 février 2005 (RIRT - J 1 05.01).

9) Par acte posté le 23 juillet 2021, M. A_____ a interjeté recours contre cette décision à la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative), concluant à l'annulation de la procédure, de l'amende et des émoluments administratifs.

Il ne travaillait plus en Suisse. Son intervention en janvier 2021 pour un petit chantier de quelques jours était une première pour lui. Il habitait la région de G_____ (France) et avait pu se rendre compte des difficultés à travailler loin de son lieu de résidence.

Il joignait une déclaration manuscrite rédigée le 14 avril 2021 par M. D_____. Ce dernier y indiquait qu'il n'avait jamais été l'employé de M. A_____ ; le 9 janvier 2021 ce dernier avait une prestation à réaliser à Genève. C'était un samedi, et il avait profité de l'occasion pour aller à Genève faire du

tourisme. Sur le lieu de l'intervention de M. A_____, il avait simplement aidé ponctuellement celui-ci, « sans aucune autre pensée » et sans rémunération.

10) Le 23 septembre 2021, l'OCIRT a conclu au rejet du recours.

M. A_____ persistait à déclarer, de manière peu crédible et contraire aux faits établis lors du contrôle, que M. D_____ n'était pas son employé. L'attestation signée par M. D_____ n'avait jamais été produite auparavant, malgré plusieurs occasions données à M. A_____ d'exercer son droit d'être entendu, et son contenu contredisait les déclarations de l'intéressé le 9 janvier 2021.

Vu les déclarations ultérieures, faites après réflexion et en contradiction avec les premières déclarations recueillies au moment du contrôle, c'était à juste titre que l'OCIRT avait retenu les premières déclarations de ce dernier et de M. D_____ comme étant les plus crédibles. La décision litigieuse était ainsi bien fondée et devait être confirmée.

11) Le 1er octobre 2021, le juge délégué a fixé aux parties un délai au 5 novembre 2021 pour formuler toutes requêtes ou observations complémentaires, après quoi la cause serait gardée à juger.

12) Aucune des parties ne s'est manifestée.

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) Le litige a pour objet le bien-fondé de l'amende pour violation de la LDét en raison d'une absence d'annonce d'un travailleur détaché sur un chantier.

3) À titre liminaire, le recourant se plaint matériellement d'une constatation inexacte des faits pertinents (art. 61 al. 1 let. b LPA), en ce sens que M. D_____ ne serait en fait pas son employé, étant rappelé que la LDét définit la notion de travailleur par renvoi aux art. 319 ss de la loi fédérale complétant le Code civil suisse du 30 mars 1911 (Livre cinquième : Droit des obligations - CO - RS 220 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_714/2010 du 14 décembre 2010 consid. 3.2 in fine)

4) a. 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 et ce n'est ni le genre, ni le nombre des

preuves qui est déterminant, mais leur force de persuasion (ATA/479/2022 du 3 mai 2022 consid. 4d ; ATA/1198/2021 du 9 novembre 2021 consid. 3b).

b. 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/381/2022 du 7 avril 2022 consid. 5 ; ATA/195/2021 du 23 février 2021 consid. 7c).

5) En l'espèce, c'est à juste titre que l'intimé n'a pas donné crédit aux explications ultérieures du recourant. En effet, les explications données lors du contrôle apparaissent crédibles, M. D_____ expliquant notamment être aide-carreleur, employé par le recourant depuis juin 2020, et donnant le montant de son salaire mensuel. Les explications ultérieures des deux intéressés paraissent donc être de circonstance, et se contredisent même, puisque le recourant a indiqué à plusieurs reprises que M. D_____ était venu à Genève le vendredi déjà, et ne l'avait aidé que le matin du deuxième jour, tandis que dans l'attestation fournie en annexe au présent recours, M. D_____ explique n'être venu à Genève que le samedi.

Il sera donc constaté que M. D_____ était bien l'employé du recourant lors du chantier s'étant déroulé les 8 et 9 janvier 2021. Le grief sera écarté.

6) a. En sa qualité d'employeur ayant son siège à l'étranger, le recourant est soumis à la LDét.

b. Les conditions minimales de travail et de salaire applicables aux travailleurs détachés pendant une période limitée en Suisse par un employeur ayant son domicile ou son siège à l'étranger sont réglées par la LDét (art. 1).

7) a. L'art. 6 al. 1 LDét, prévoit qu'avant le début de la mission, l'employeur annonce à l'autorité désignée par le canton en vertu de l'art. 7 al. 1 let. d par écrit et dans la langue officielle du lieu de la mission, les indications nécessaires à l'exécution du contrôle, notamment : l'identité et le salaire des personnes détachées en Suisse (let. a) ; l'activité déployée en Suisse (let. b) ; le lieu où les travaux seront exécutés (let. c).

Le travail ne peut débuter que huit jours après l'annonce de la mission (art. 6 al. 3 LDét).

L'autorité désignée par le canton en vertu de l'art. 7 al. 1 let. d fait immédiatement parvenir une copie de l'annonce à la commission tripartite cantonale ainsi que, le cas échéant, à la Commission paritaire instituée par la

convention collective de travail déclarée de force obligatoire de la branche concernée (art. 6 al. 4 LDét).

Le Conseil fédéral précise les éléments que doit contenir l'annonce. Il détermine les cas dans lesquels l'employeur peut être exempté de l'annonce (let. a) et les cas dans lesquels des dérogations au délai de huit jours sont autorisées (let. b ; art. 6 al. 5 LDét).

b. En vertu de l'art. 7 al. 1 let. a LDét, l'OCIRT est l'autorité cantonale compétente au sens de la LDét (art. 35 LIRT).

8) À teneur de l'art. 6 al. 1 de l'ordonnance sur les travailleurs détachés en Suisse du 21 mai 2003 (ODét - RS 823.201), la procédure d'annonce prévue à l'art. 6 de la loi est obligatoire pour tous les travaux d'une durée supérieure à huit jours par année civile. Selon l'al. 2, exceptionnellement et dans les cas d'urgence tels que le dépannage, un accident, une catastrophe naturelle ou un autre événement non prévisible, le travail pourra débuter avant l'expiration du délai de huit jours visé à l'art. 6 al. 3 de la loi, mais au plus tôt le jour de l'annonce.

9) a. Selon les directives de l'ordonnance sur l'introduction de la libre circulation des personnes (OLCP - RS 142.203 ; rubrique 3.1.4), en pratique, l'obligation d'annonce pose certains problèmes de délimitation. L'Annexe 5 des directives établit une liste d'exemples indiquant quelles sont les activités lucratives et prestations soumises à l'obligation d'annonce dans le cadre de l'accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse d'une part, et la Communauté européenne et ses États membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes (ALCP - RS 0.142.112.681) et lesquelles ne le sont pas.

b. Selon cette annexe, les secteurs de la construction, du génie civil et du second œuvre, de l'aménagement paysager, de l'hôtellerie et de la restauration, du nettoyage industriel ou domestique, de la surveillance et de la sécurité, de l'industrie du sexe et du commerce itinérant sont soumis à l'obligation d'annonce quelle que soit la durée des travaux (chap. II 3.1.1).

10) a. En l'espèce, il n'est pas contesté que les travaux de l'employé du recourant relevaient du second œuvre. L'annonce devait être effectuée quelle que soit la durée des travaux.

b. Dans ces conditions, l'autorité intimée était fondée à considérer que les activités de cet employé devaient être soumises à l'obligation d'annonce, au sens de l'art. 6 LDét.

Dans la mesure où le recourant n'a pas respecté ses obligations et n'a pas rempli les documents d'annonce, même en ayant reçu les courriers d'avertissement de l'intimé, il a violé l'art. 6 LDét et la sanction est ainsi justifiée dans son principe.

11) a. Selon l'art. 9 al. 2 let. a LDét, l'autorité cantonale compétente peut notamment prendre les mesures suivantes : en cas d'infraction à l'art. 1a al. 2 à l'art. 3 ou à l'art. 6 **LDét**, prononcer une sanction administrative prévoyant le paiement d'un montant de CHF 5'000.- au plus.

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/1599/2019 du 29 octobre 2019 consid. 12b ; ATA/1411/2017 du 17 octobre 2017 consid. 6b et les références citées).

En vertu de l'art. 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 le juge pénal (ATA/319/2017 du 21 mars 2017 consid. 3d et les références citées).

Il est ainsi nécessaire que le contrevenant ait commis une faute, fût-ce sous la forme d'une simple négligence. 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. Enfin, l'amende doit respecter le principe de la proportionnalité (art. 36 al. 3 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 - Cst. - RS 101 ; ATA/1249/2019 du 13 août 2019 consid. 5c et les références citées).

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/319/2017 précité consid. 3d et les références citées).

c. Dans une affaire jugée en 2019, la chambre de céans a confirmé une amende de CHF 1'200.- infligée pour défaut d'annonce (ATA/157/2020 du 11 février 2020). L'employeur était une banque, le défaut d'annonce portait également sur un seul employé mais sur une période d'un an environ. L'employeur avait collaboré et procédé à une annonce rétroactive.

12) Dans le cas présent, il résulte des considérations qui précèdent que le manquement reproché au recourant est effectivement réalisé et constitue une faute passible d'une amende administrative.

L'infraction reprochée au recourant est d'une gravité faible, puisqu'elle concerne un seul travailleur, sur une durée de deux jours seulement. De plus, le recourant – qui est un jeune indépendant français – a affirmé sans être contredit par l'intimé ou par une quelconque pièce du dossier que c'était la première fois qu'il effectuait une mission en Suisse. Il n'a en revanche pas procédé à une annonce rétroactive au vu de son revirement sur les circonstances de fait.

L'autorité intimée n'a toutefois aucunement justifié la quotité déjà élevée d'amende prononcée, qu'elle a placée au même niveau que dans l'espèce précitée qui concernait une banque locale et un défaut d'annonce portant sur presque une année. Elle n'a visiblement pas tenu compte des éléments précités, et en particulier de la situation financière du recourant, et a dès lors abusé de son pouvoir d'appréciation en infligeant au recourant une amende de CHF 1'200.-, quand bien même le plafond légal s'élève à CHF 5'000.-, qu'il n'a pas été procédé à une annonce rétroactive et que le recourant, après avoir collaboré lors du contrôle, s'est enferré dans des déclarations mensongères. Le recours sera dès lors partiellement admis, la décision attaquée annulée sur ce point et l'amende fixée à CHF 600.-.

Rien n'indique en revanche – et le recourant ne le prétend pas – que l'émolument administratif de CHF 200.-, qui se fonde une base légale suffisante (soit les trois dispositions citées dans la décision attaquée), soit injustifié, notamment au vu tant du contrôle effectué que des différents échanges épistolaires et du prononcé de la décision.

13) Vu l'issue du litige, un émolument – réduit – de CHF 200.- sera mis à la charge du recourant, qui succombe en partie (art. 87 al. 1 LPA). Il ne sera pas alloué d'indemnité de procédure, le recourant n'y ayant pas conclu et n'ayant pas exposé de frais pour sa défense (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 23 juillet 2021 par Monsieur A_____ contre la décision de l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail du 8 juillet 2021 ;

au fond :

l'admet partiellement ;

annule la décision de l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail du 8 juillet 2021 en tant qu'elle prononce une amende administrative de CHF 1'200.- ;

fixe le montant de l'amende administrative à CHF 600.- ;

confirme la décision précitée pour le surplus ;

met à la charge de Monsieur A_____ un émolument de CHF 200.- ;

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 Monsieur A_____ ainsi qu'à l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail.

Siégeant : M. Mascotto, président, Mme Krauskopf, M. Verniory, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière :	le président siégeant :
N. Deschamps	C. Mascotto

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le la greffière :