RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2974/2022-EXPLOI **ATA/1253/2022**

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 13 décembre 2022

dans la cause

A_____

contre

OFFICE CANTONAL DE L'INSPECTION ET DES RELATIONS DU TRAVAIL

EN FAIT

1) A_____ est active dans le domaine de la communication et du marketing.

2) Les 9 décembre 2021, 10 janvier et 3 mars 2022, l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail (ci-après : OCIRT) a initié un contrôle du respect du salaire minimal. Il a invité la société à lui fournir la liste de son personnel actif depuis le 1er novembre 2020, précisant les nom, prénom, date de naissance, fonction, date d'engagement, respectivement fin des rapports de travail, taux d'activité et durée hebdomadaire de travail, les fiches de salaires de novembre 2020 à décembre 2021, le mode de calcul du salaire, accompagné de toute explication permettant de comprendre le système de rémunération, et le mode d'enregistrement de la durée de travail.

3) L'employeur a remis, le 4 avril 2022, les informations suivantes : deux conventions de stage concernant Madame B_____, engagée du 8 mars au 24 septembre 2021, un contrat de pré-stage allant du 5 novembre 2021 au 5 mai 2022 pour Monsieur C_____, une convention de stage et un contrat de travail pour Monsieur D_____, engagé le 1er mai 2021, toujours en emploi, deux fiches de salaire pour Monsieur E_____ ainsi que son contrat de travail pour un taux de 60 %, une fiche d'information relative à Monsieur F_____, engagé en qualité de stagiaire du 9 novembre 2020 au 30 juin 2024, une fiche d'information relative à Monsieur G_____, engagé en qualité de stagiaire du 1er décembre 2020 au 31 juillet 2021, deux fiches de salaire de Madame H_____ ainsi qu'un contrat d'apprentissage concernant Monsieur I_____, approuvé par l'office cantonal de la formation professionnelle, indiquant que le salaire était versé sous forme d'indemnités journalières par l'assurance-invalidité.

4) L'OCIRT a constaté que ces informations étaient insuffisantes. Mme H_____ avait travaillé en tout cas en novembre et décembre 2020 et perçu un salaire de CHF 2'250 + 13ème en lieu et place de CHF 4'186.-. Mme B_____ avait perçu un salaire brut de CHF 600.- et CHF 400.- au lieu de CHF 4'010.93 par mois. M. C_____ n'avait perçu aucun salaire alors que celui-ci aurait dû être de CHF 4'010.93 par mois en 2021 et de CHF 4'033.47 en 2022. M. D_____ n'avait pas perçu de salaire en tant que stagiaire et perçu CHF 1'500.- et CHF 2'055.-, alors qu'il aurait dû percevoir CHF 2'105.74 par mois en 2021 et CHF 2'117.57 en 2022. M. E_____ avait perçu CHF 385.-, puis CHF 600.- dès novembre 2021, alors qu'il aurait dû recevoir CHF 2'511.60 par mois en 2020 et CHF 2'526.88 en 2021. M. F_____ n'avait pas été payé en 2020 alors qu'il aurait dû percevoir CHF 3'986.67 par mois en 2020, CHF 4'010.93 en 2021 et CHF 4'033.47 en 2022. M. G_____ avait perçu CHF 670.- par mois, alors qu'il aurait dû être payé CHF 3'986.67 en 2020 et CHF 4'010.93 en 2021.

Par courrier du 3 juin 2022, l'OCIRT a informé A_____ de ces constatations et l'a invitée à corriger, dans le délai fixé au 10 juillet 2022, les salaires avec effet rétroactif au mois de novembre 2020. Un tableau récapitulait les montants dus. L'employeur était informé qu'en cas de non-exécution, il encourrait des sanctions selon l'art. 39N de la loi sur l'inspection et les relations du travail du 12 mars 2004 (LIRT - J 1 05).

5) La société ne s'est pas manifestée dans le délai imparti.

6) Par décision du 2 août 2022, l'OCIRT a infligé à A_____ une amende de CHF 28'000.-, fixé l'émolument à CHF 100.- et réservé les procédures de contrôle et de mise en conformité. La société n'avait pas répondu dans le délai imparti ni corrigé la sous-enchère salariale de CHF 203'045.91 au total.

7) Par acte déposé le 15 septembre 2022, A_____ a recouru contre cette décision auprès de la chambre administrative de la Cour de justice.

Mme H_____ n'avait travaillé qu'à 50 % en novembre et décembre 2020. Mme J_____ avait été stagiaire du 1er mars au 30 juillet 2022, puis du 1er août au 23 septembre 2022. Le pré-stage de M. C_____ avait pris fin le 25 février 2022. Le salaire de MM. D_____ et E_____, dont le stage avait été réalisé « sans institution », était inférieur au minimum légal, ce que l'employeur ignorait. M. F_____ avait été rémunéré par l'assurance-invalidité, puis par l'OFPC ; il s'agissait d'une reconversion professionnelle. M. G_____ avait fait un stage en collaboration avec l'école CRE. La recourante était « en cours de récupération de la convention de stage avec l'école ».

L'entreprise avait souhaité participer à la formation des jeunes intéressés par son domaine d'activité. La méconnaissance de la loi et la jeunesse de l'entreprise avaient conduit à son erreur de ne pas avoir fait vérifier ces contrats par un spécialiste. Elle s'engageait à remédier à ces manquements. Elle demandait que l'amende soit reconsidérée ; son paiement la contraindrait au dépôt du bilan.

Elle a produit les conventions de stage de formation reconnue de Mme J_____ et les contrats concernant M. F_____, y compris l'attestation relative aux indemnités journalières versées par l'AI.

8) Dans sa réponse, l'OCIRT a relevé qu'il n'avait toujours pas reçu de pièces justifiant le taux d'occupation de Mme H_____ à 50 %. La convention de stage avec Mme J_____ était produite tardivement. La recourante reconnaissait que MM. C_____ et E_____ n'avaient pas effectué un stage s'inscrivant dans le dispositif de formation ou d'insertion professionnelle. Le salaire minimum leur était donc applicable. La résiliation anticipée du contrat de stage n'avait pas été établie. La preuve du stage reconnu effectué par M. F_____ intervenait tardivement. Rien n'établissait que le contrat ait pris fin le 19 novembre 2021.

Aucune pièce ne soutenait les allégations relatives au stage effectué par M. G_____.

Même en tenant pour avérées les allégations figurant dans le recours, la sous-enchère salariale s'élèverait à CHF 105'080.-. La recourante n'avait toujours pas procédé au rattrapage de salaire. La violation du salaire minimum concernait cinq employés. L'administrée avait fait preuve d'une mauvaise collaboration. Les seuls éléments prouvant le statut de stagiaire de Mme J_____ et M. F_____, produits tardivement, ne justifiaient pas l'annulation de l'amende.

9) Invitée à se déterminer sur ces éléments, la recourante ne s'est pas manifestée dans le délai imparti.

10) Sur ce, les parties ont été informées que la cause était 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) Est litigieuse l'amende de CHF 28'000.- infligée à la recourante.

a. Depuis le 31 octobre 2020, à la suite de l'adoption le 27 septembre 2020 de l'initiative populaire législative cantonale n° 173 « 23 frs, c'est un minimum! », la LIRT – outre son but originel de définir le rôle et les compétences en matière de prévention des risques professionnels et de promotion de la santé et de la sécurité au travail, de relations du travail et de paix sociale, de conditions de travail et de prestations sociales en usage à Genève, de collecte de données relativement aux entreprises et de main-d'œuvre étrangère (art. 1 al. 1 LIRT), de travailleurs détachés (art. 1 al. 2 LIRT) et de travail au noir (art. 1 al. 3 LIRT) – institue un salaire minimum afin de combattre la pauvreté, de favoriser l'intégration sociale et de contribuer ainsi au respect de la dignité humaine et définit les rôles et les compétences pour la mise en œuvre de ce salaire minimal (art. 1 al. 4 LIRT).

Le salaire minimum est réglé au chapitre IVB de la LIRT. Les relations de travail des travailleurs accomplissant habituellement leur travail dans le canton y sont soumises (art. 39I LIRT), mais non les contrats d'apprentissage, les contrats de stage et les contrats conclus avec des jeunes gens de moins de 18 ans (art. 39J LIRT).

Le salaire minimum est de CHF 23.- par heure (art. 39 K al. 1 LIRT), et il est indexé chaque année sur la base de l'indice des prix à la consommation, mais

uniquement en cas de hausse (art. 39K al. 3 LIRT). L'OCIRT est chargé de l'application des dispositions sur le salaire minimum (art. 2 al. 1 LIRT).

b. Par arrêté relatif au salaire minimum légal pour 2020 et 2021 du 28 octobre 2020 (ArSML – J 1 05.03), le Conseil d'État a arrêté le salaire horaire minimum à CHF 23.- dès le 1er novembre 2020, à CHF 23.14 dès le 1er janvier 2021 (art. 1 al. 1 ArSML) et à CHF 23.27 dès le 1er janvier 2022 (ArSML du 3 novembre 2021).

c. Selon l'art. 39N, l'office peut prononcer une amende administrative de CHF 30'000.- au plus lorsqu'un employeur ne respecte pas le salaire minimum prévu à l'art. 39K LIRT. Ce montant de l'amende administrative peut être doublé en cas de récidive (al. 1). L'office peut également mettre les frais de contrôle à la charge de l'employeur (al. 2).

d. En l'espèce, la recourante a établi le statut de stagiaire de Mme J_____ et M. F_____. Elle n'a toutefois pas établi le taux d'occupation de 50 % de Mme H_____ qu'elle a allégué dans son recours. Bien qu'elle ait indiqué qu'elle allait entreprendre le nécessaire pour établir avec effet rétroactif la convention de stage avec M. G_____, elle n'a produit aucune pièce relative à une telle démarche. Enfin, elle a reconnu que trois de ses employés, à savoir MM. H_____, C_____ et E_____, n'étaient pas au bénéfice d'un stage s'inscrivant dans une formation scolaire ou professionnelle et devaient ainsi être rétribués selon le salaire cantonal minimum.

Dans ces circonstances, il y a lieu de retenir les montants de la sous-enchère salariale établis par l'OCIRT, qui, sur la base des nouveaux éléments, a constaté qu'elle s'est élevée à CHF 105'080.-. Elle a concerné cinq employés et s'est étendue de novembre 2020 à fin mai 2022, soit pendant 19 mois.

Le principe d'une sanction selon l'art. 39N LIRT doit donc être confirmé.

3) Il convient encore d'examiner la quotité de la sanction.

a. La LIRT 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.

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. La quotité de la sanction administrative doit être fixée en tenant compte des principes généraux régissant le droit pénal (ATA/1308/2020 du 15 décembre 2020 consid. 9b ; ATA/1305/2015 du 8 décembre 2015 consid. 12b et les références citées).

b. 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 du 31 octobre 2017 consid. 7 ; ATA/1305/2015 précité consid. 12b).

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 chambre administrative ne la censure qu'en cas d'excès ou d'abus. Enfin, l'amende doit respecter le principe de la proportionnalité (ATA/319/2018 du 10 avril 2018 consid. 11b ; ATA/1239/2017 du 29 août 2017 consid. 6b).

c. 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 consid. 8). L'amende maximale s'élevait alors à CHF 5'000.-.

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 l'importance 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 précité).

La chambre administrative 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 pour deux esthéticiennes, pendant plusieurs mois, entraînant un rattrapage de CHF 10'175.84. Il s'agissait de la première infraction commise par l'employeur, qui avait collaboré à l'établissement des faits (ATA/126/2016 du 9 février 2016 consid.6c).

Récemment, sous le nouveau droit, la chambre administrative a réduit de CHF 28'000.- à CHF 14'000.- l'amende infligée à un employeur pour une

sous-enchère salariale de CHF 381'701.18 dans le domaine de l'emploi domestique, ayant eu lieu pendant quatre ans au préjudice de cinq employées successives. La collaboration moyenne de l'employeur ne lui était pas entièrement imputable, et il n'avait pas d'antécédents (ATA/894/2022 du 6 septembre 2022).

d. En l'espèce, comme évoqué plus haut, les manquements reprochés à la recourante sont réalisés et constituent des fautes passibles d'une amende administrative.

L'OCIRT a déterminé le montant de l'amende en fonction de l'importance de la sous-enchère salariale, du nombre d'employés concernés ainsi que de l'absence de rattrapage salarial et de collaboration de l'entreprise durant la procédure.

Une faute a indéniablement été commise par la recourante par le non-respect du salaire minimal prescrit par l'art. 39K LIRT, ce que celle-ci ne conteste d'ailleurs pas en ce qui concerne trois de ses employés. La violation de l'art. 39K LIRT a porté sur une période allant de novembre 2020 à mai 2022 et a concerné cinq employés, pour un montant d'au minimum CHF 105'080.-.

La collaboration de la recourante à l'établissement des faits doit être jugée faible en raison de la production tardive et lacunaire de documents. Il sied de rappeler qu'avant de prononcer l'amende, l'OCIRT lui a laissé la possibilité de se conformer au salaire minimal, ce qu'elle n'a pas fait. Elle a en revanche produit les conventions de stage pour deux de ses employés. Enfin, il s'agit de la première infraction commise par la précitée en cette matière.

Au vu de l'ensemble de ces circonstances et de la jurisprudence de la chambre administrative en la matière, l'amende infligée à la recourante paraît disproportionnée et sera ramenée à CHF 12'000.-.

Enfin, l'émolument de sanction de CHF 100.-, au demeurant pas contesté, entre dans le cadre de l'art. 66A let. a du règlement d'application de la loi sur l'inspection et les relations du travail du 23 février 2005 (RIRT - J 1 05.01).

Le recours sera donc admis partiellement et la décision querellée annulée en ce sens que l'amende sera réduite à CHF 12'000.-.

4) Vu l'issue du litige, un émolument, réduit, de CHF 500.- sera mis à la charge de la recourante (art. 87 al. 1 LPA). Il n'y a pas lieu à l'allocation d'une indemnité de procédure, la recourante plaidant en personne (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS

LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 15 septembre 2022 par A_____ contre la décision de l'office cantonal de l'inspection et des relations de travail du 2 août 2022 ;

au fond :

l'admet partiellement ;

annule la décision précitée en ce qui concerne le montant de l'amende et ramène celui-ci à CHF 12'000.- ;

confirme la décision querellée pour le surplus ;

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

dit qu'il n'est pas alloué d'une 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 A_____ ainsi qu'à l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail.

Siégeant : Mme Payot Zen-Ruffinen, présidente, Mmes Krauskopf, Lauber et McGregor, M. Mascotto, juges.

Au nom de la chambre administrative :

le greffier-juriste :	la présidente siégeant :
F. Scheffre	F. Payot Zen-Ruffinen

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le la greffière :