

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2986/2019-EXPLOI

ATA/157/2020

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 11 février 2020

1^{ère} section

dans la cause

A_____

représentée par Me Vincent Carron, avocat

contre

OFFICE CANTONAL DE L'INSPECTION ET DES RELATIONS DU TRAVAIL

EN FAIT

- 1) A_____ (ci-après : A_____) est une société enregistrée à B_____ en C_____, représentée par Monsieur D_____. Le siège de ses locaux à Genève se trouve route de E_____ à F_____.
- 2) Lors d'un contrôle effectué le 13 juin 2018, l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail (ci-après : OCIRT) a demandé à ladite société de lui transmettre un certain nombre de documents et renseignements dans le but de lui permettre de procéder au contrôle du respect des usages en application de l'art. 26 de la loi sur l'inspection et les relations du travail du 12 mars 2004 (LIRT - J 1 05).
- 3) Par courrier du 21 novembre 2018, l'OCIRT a rendu A_____ attentive au fait qu'elle pourrait être convoquée par la commission des mesures d'accompagnement chargée d'observer l'évolution des marchés du travail et de détecter les situations de sous-enchère salariales abusives et répétées et lui a donné un délai pour exercer son droit d'être entendu.

Il ressortait en effet du document « Copyright transfer agreement » du 1^{er} septembre 2016, transmis par A_____, que cette dernière était liée par un contrat de travail à Monsieur G_____, né le _____ 1988, et de nationalité lettone. De plus, après analyse d'un second document établi par la société, mentionnant et listant les salaires mensuels versés et les heures effectuées durant les mois de septembre 2016 à avril 2018, il apparaissait que les salaires ne correspondaient pas aux salaires usuels du canton de Genève.

- 4) Par courriel du 11 décembre 2018, la fiduciaire H_____, représentant A_____, a répondu à l'OCIRT que M. G_____ avait été employé du 1^{er} septembre 2016 au 16 avril 2018 par la filiale de la banque à B_____. M. D_____ était son supérieur et suivait son travail ainsi que ses horaires, même lorsqu'il était en déplacement à Genève. M. G_____ avait deux personnes de contact pour « l'assister dans la réalisation des missions qui lui avaient été confiées ». La fiduciaire donnait des détails sur le salaire et les impôts de M. G_____ et, affirmait, en substance, que ce dernier n'avait pas été sous-payé. De plus et contrairement à ce que soutenait l'OCIRT, A_____ n'avait pas fait venir cet employé à Genève pour qu'il vienne y travailler mais c'était ce dernier, en accord avec son responsable, qui avait estimé plus facile d'accomplir certaines de ses missions dans les locaux à Genève. À ce courriel étaient joints plusieurs documents, notamment deux « Employment Contract », datés du 1^{er} septembre 2016 : le premier, numéro 1_____ mentionnait que M. G_____ était employé en tant que « Economist » et le second, numéro 2_____ qu'il l'était en tant que « Financial specialist ».

- 5) Par courrier du 15 février 2019, l'OCIRT a, suite à un contrôle, signifié à A_____ qu'elle avait violé son obligation d'annonce de travailleurs détachés et lui a donné un délai pour exercer son droit d'être entendu.

Il ressortait en effet de la base de données fédérale SYMIC (système d'information centrale sur la migration) que, contrairement à ses obligations fondées sur l'art. 6 de la loi sur les travailleurs détachés du 8 octobre 1999 (LDét – 823.20), l'employé M. G_____ n'avait pas été annoncé, alors qu'il était au bénéfice de contrat de travail pour cinq heures par semaine avec la filiale I_____ à B_____ et pour trente-cinq heures par semaine avec le bureau de représentation de A_____ à B_____, du 1^{er} septembre 2016 au 13 avril 2018.

- 6) À la suite de ce courrier, M. D_____ a procédé à une annonce rétroactive et signé, à une date indéterminée, un « formulaire d'annonce pour les travailleurs détachés » concernant M. G_____, exerçant une activité d'employé de bureau, pour un salaire de CHF 28.90 de l'heure. Les missions avaient eu lieu du 30 avril au 20 mai 2017, du 30 mai au 12 juillet 2017, du 31 juillet au 7 septembre 2017, du 17 septembre au 15 octobre 2017 et du 23 octobre au 28 décembre 2017. M. D_____ a signé un second formulaire, non daté, pour ce même employé, pour la période du 2 janvier au 30 janvier 2018 et du 30 janvier au 11 mars 2018.

Les deux documents susvisés mentionnaient que le but de la prestation était « collecte info, pour mise en conformité de nos procédures avec celles du siège » et précisaient sous la rubrique « remarque » que les formulaires étaient « établis à la demande de l'OCIRT bien que le motif des déplacements ne nous semble pas correspondre à la notion de "travailleur détaché" ».

- 7) Le 3 avril 2019, A_____ a répondu que l'envoi à Genève de M. G_____ ne lui semblait pas devoir être assimilé à la notion de travailleur détaché, car il avait été envoyé à Genève à plusieurs reprises, pour un total de mille cinq cent trente-six heures, afin d'être plus efficace pour collecter des informations dans le cadre de sa mission de modifier et standardiser les procédures de travail dans les domaines de la comptabilité et du trafic de paiement. Ce courrier précisait que, la mission de M. G_____ n'ayant pas été correctement effectuée, la société envisageait de lui demander, par voie légale, le remboursement de certaines sommes perçues illégalement.

- 8) Par décision du 1^{er} juillet 2019, l'OCIRT a infligé à A_____ une amende administrative de CHF 1'200.-, au sens de l'art. 9 al. 2 let. a LDét, pour avoir employé M. G_____ pendant la période d'avril 2017 à avril 2018.

La société avait omis d'annoncer le détachement de son employé M. G_____, pour toutes les dates où celui-ci avait été détaché à Genève, et n'avait ainsi pas respecté ses obligations d'annonce, au titre de l'art. 6 LDét. Les motifs invoqués par la société dans ses observations n'étaient pas pertinents car les

heures travaillées à Genève par cet employé étaient bien effectuées dans le cadre de son travail dans leur entreprise, travail pour lequel il était rémunéré ; son activité à Genève correspondait bien à la notion de détachement de travailleurs. L'amende infligée était réduite, l'OCIRT ayant pris en considération la collaboration de la société dans le cadre de la procédure et le fait qu'elle ait finalement procédé à l'annonce rétroactive de son employé.

- 9) Par courrier mis à la poste le 16 août 2019, A_____ a interjeté recours contre cette décision à la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative), concluant, principalement, à l'admission du recours, à ce qu'il soit constaté que M. G_____ n'était pas un travailleur détaché et au renvoi du dossier à l'OCIRT et, subsidiairement, à la réduction du montant de l'amende, tous les frais devant être mis à la charge de l'OCIRT et une indemnité équitable devant lui être allouée.

La société ne contestait pas que M. G_____ ait passé cent nonante-deux jours à Genève dans le cadre d'une mission « consistant à effectuer des tests de procédure dans le cadre de la modification des procédures de travail, du bureau de représentation de B_____, liées à la comptabilité et au trafic des paiements ». Le salaire de cet employé avait été payé ainsi que ses charges sociales et ses impôts à B_____. Suite au contrôle de l'OCIRT et au courrier du 15 février 2019, la société avait effectué une annonce rétroactive. La recourante estimait que M. G_____ ne devait pas être considérée comme un travailleur détaché au sens de la loi, car il n'avait pas pour mission de fournir une prestation au bureau de Genève, son rôle s'étant limité à effectuer des tests de procédure dans le cadre de la standardisation de leurs procédures de travail, dans les domaines susvisés. Il se posait des « questions de délimitation » entre une activité soumise ou non à l'annonce. Il ressortait des directives fédérales que, dans le cadre d'une formation ou d'une formation continue ou de cours théoriques et techniques, ces activités n'étaient pas soumises à l'obligation d'annonce ; or, dans le cas présent, M. G_____ avait été « convié à Genève afin de se former aux procédures comptables et relatives aux flux des paiements, ceci dans le cadre d'une implémentation standardisée des processus » de leur bureau à B_____. Subsidiairement, la recourante sollicitait la réduction de l'amende en raison de sa bonne foi et du fait qu'elle avait « de bonnes raisons de penser que les séjours de [son] employé en Suisse n'étaient pas soumis à une obligation d'annonce ».

- 10) Le 27 septembre 2019, l'OCIRT a déposé ses observations, concluant au rejet du recours, à la confirmation de la décision querellée et à la condamnation de A_____ aux frais judiciaires et dépens.

Le cas de M. G_____ aurait dû faire l'objet d'une annonce au sens de l'art. 6 LDét, en vertu de la loi, des directives et commentaires concernant l'introduction progressive de la libre circulation des personnes (ci-après : directives OCLP) et de son Annexe 5 intitulée « Délimitation entre activités et

prestations de services soumis à l'obligation d'annonce » (ci-après : Annexe 5). Cette dernière posait le principe que tous travaux d'une durée supérieure à huit jours par année civile étaient soumis à l'obligation d'annonce et listait une série d'exemples d'activités soumises ou non à l'annonce, précisant qu'il s'agissait de points de repère non exhaustifs mais qui reposaient sur le principe selon lequel des activités productives étaient soumises à l'obligation d'annonce. Or, selon les documents remis par la recourante, les activités déployées par M. G_____ consistaient à collecter des informations dans le cadre de sa mission de modifier et standardiser les procédures de travail dans les domaines de la comptabilité du trafic de paiement ; il ressortait également d'un courriel de la société que l'employé s'était rendu à Genève estimant cela « plus facile pour accomplir certaines parties de ses missions » ce qui démontrait qu'il n'était pas venu pour se former ; de plus, certaines personnes l'avaient « assisté dans la réalisation de ses missions » ce qui laissait penser que l'employé avait à charge de mener des activités pour lesquelles ces personnes avaient été amenées à l'assister. Enfin, dans la mesure où A_____ estimait que son employé lui était redevable pour de l'argent reçu illégalement, sa mission n'ayant pas été correctement effectuée, elle admettait qu'il était tenu à un résultat, à tout le moins qu'il avait eu un comportement actif et productif. Enfin, l'amende infligée était proportionnée.

- 11) Par courrier du 2 décembre 2019, le conseil nouvellement constitué de la recourante a indiqué que cette dernière avait payé l'amende litigieuse par avance, sous réserve et jusqu'à droit connu de son recours.
- 12) 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) Le litige a pour objet le bien-fondé de l'amende pour violation de la LDét de l'employé de la recourante, pour la période d'avril 2017 à avril 2018.
- 3) a. En sa qualité d'employeur ayant son siège à l'étranger, A_____ est soumise 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).

- 4) 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 de la loi sur l'inspection et les relations du travail du 12 mars 2004 - LIRT - J 1 05).

- 5) 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.

- 6) a. Selon les directives OLCP (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'ALCP et lesquelles ne le sont pas.

b. Selon cette annexe, le principe en vigueur est que tous les travaux d'une durée supérieure à huit jours par année civile sont soumis à l'obligation d'annonce. 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 par contre soumis à l'obligation d'annonce quelle que soit la durée des travaux (chap. II 3.1.1).

Ladite annexe mentionne que, dans la pratique, l'obligation d'annonce pose parfois des questions de délimitation auxquelles il est difficile de trouver une réponse. Des tableaux dressent une liste exemplative indiquant quelles sont les activités et prestations de services soumises ou non à l'obligation d'annonce dans le cadre de l'ALCP. S'ils offrent quelques points de repère, ils ne sont cependant pas exhaustifs mais reposent sur le principe selon lequel les activités productives sont soumises à l'obligation d'annonce.

Il ressort desdits tableaux que :

- en matière de formation et de formation continue : sont non soumis à l'obligation d'annonce, les participants à un atelier « relatif à de nouveaux systèmes d'applications » ou à une conférence « sans y donner soi-même de présentation » ; en revanche, sont soumises à autorisation, les formations en cours d'emploi, mise au courant et apprentissage (intégration au processus de travail et à la production) et les participants à une conférence en tant qu'orateur ;

- en matière d'entretiens commerciaux : sont non soumis à l'obligation d'annonce, des missions de représentation et des réunions à l'intérieur d'une entreprise ou au sein d'un groupe d'entreprises, par exemple « des collaborateurs étrangers et suisses se réunissant chaque mois au siège en Suisse pour une séance stratégique ou une réunion de coup d'envoi » ou « en vue de coordonner des activités ou d'échanger des informations » ; en revanche, sont mentionnées comme activités soumises à l'obligation d'annonce, en matière de rencontres ou entretiens avec des clients et/ou des sous-traitants : des réunions à l'intérieur d'une entreprise au sein d'un groupe d'entreprises et discussions portant sur des projets, tels que « collaboration et développement de projets spécifiques ou d'une certaine thématique au sein de l'entreprise en Suisse » ;

- en matière de mission dans le cadre d'un projet, sont soumis à autorisation le cas d'informaticiens étrangers mettant en place des programmes développés à l'étranger au siège de l'entreprise Suisse ou d'un spécialiste étranger devant réaliser un programme de réorganisation au sein de la filiale en Suisse, avec la précision que sur une période de plusieurs mois, l'employé travaille sur place à raison de quelques jours par mois.

7) a. En l'espèce, il n'est pas contesté que les travaux de l'employé de la recourante ont été d'une durée supérieure à huit jours par année civile.

b. Il ressort des documents fournis par la recourante que cette dernière est liée par un contrat de travail à M. G_____, mentionnant que ce dernier a officié à Genève en tant que « Economist » et « Financial Specialist ». Lorsque le

responsable de la société a rempli les annonces rétroactives, il a mentionné que le but de la prestation était la collecte d'informations, « pour mise en conformité de nos procédures avec celles du siège » ; d'autres documents démontrent qu'il s'agissait plus précisément de collecter des informations dans le cadre de la « mission » de l'employé consistant à modifier et standardiser les procédures de travail dans les domaines de la comptabilité et du trafic de paiement. Dans son courriel du 11 décembre 2018, le représentant de la recourante fait état du fait que deux personnes de contact étaient présentes pour assister l'employé « dans la réalisation des missions qui lui avaient été confiées ». Enfin, à teneur de son courrier du 3 avril 2019, la recourante ne conteste pas que le but du travail de son employé était de collecter des informations dans le cadre de sa mission de modifier et standardiser les procédures de travail dans les domaines de la comptabilité et du trafic de paiement et précise qu'elle envisage de lui demander le remboursement de montant perçu illégalement, sa mission n'ayant pas été correctement effectuée.

Au vu de tous ces éléments, il apparaît que l'employé de la recourante effectuait des activités productives, pour lesquelles il était actif en Suisse et n'avait pas seulement un rôle passif. Son cas apparaît proche de celui visé par l'Annexe 5 des directives mentionnant la collaboration et le développement portant sur des projets spécifiques ou d'une certaine thématique lors de réunions au sein de l'entreprise en Suisse. En revanche, son cas ne saurait être assimilé à celui de personnes faisant l'objet d'une formation ou d'une formation continue, puisque les activités dudit employé consistaient à devoir récolter et collecter des informations et des renseignements dans le but de modifier et standardiser les procédures internes à l'entreprise. Enfin, il apparaît clairement à la lecture de plusieurs documents remis par la recourante que cet employé avait pour objectif la réalisation de « missions », pour lesquelles il pouvait faire appel à des « personnes de contact ».

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 la recourante n'a pas respecté ses obligations et n'a rempli les documents d'annonce qu'après les courriers d'avertissement de l'intimé, elle a violé l'art. 6 LDét et la sanction ainsi est justifiée dans son principe.

- 8) 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, 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 Cst. ; 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 le cas présent, il résulte des considérations qui précèdent que les manquements reprochés à la recourante sont effectivement réalisés et constituent des fautes passibles d'une amende administrative.

L'infraction reprochée à la recourante est d'une gravité relative : elle concerne un seul travailleur, mais sur une durée relativement importante d'environ une année. La société a toutefois, après avoir reçu le courrier du 15 février 2019, procédé à une annonce rétroactive, ce dont il sera tenu compte.

L'autorité intimée n'a pas abusé de son pouvoir d'appréciation en infligeant à la recourante une amende à hauteur de CHF 1'200.-, dont le montant est mesuré, sachant que le plafond s'élève à CHF 5'000.-.

- 9) Vu ce qui précède, le recours sera rejeté et un émolument de CHF 500.- sera mis à la charge de la recourante, qui succombe (art. 87 al. 1 LPA). Il ne sera alloué aucune indemnité de procédure (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 16 août 2019 par A_____ contre la décision de l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail du 1^{er} juillet 2019 ;

au fond :

le rejette ;

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

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 Vincent Carron, avocat de la recourante, ainsi qu'à l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail.

Siégeant : Mme Payot Zen-Ruffinen, présidente, M. Thélin et Mme Cuendet, 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 :