

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3490/2014-EXPLOI

ATA/124/2016

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 9 février 2016

2^{ème} section

dans la cause

A _____

représentée par Me Pascal Petroz, avocat

contre

OFFICE CANTONAL DE L'INSPECTION ET DES RELATIONS DU TRAVAIL

EN FAIT

1. A_____ (ci-après: la société) est une société à responsabilité limitée créée en juillet 2010, sise à Genève et ayant pour but social toutes les activités commerciales et autres activités liées à l'exploitation d'un Spa et d'un centre de bien-être et de soins ainsi que la représentation et la distribution de tous produits de toutes marques et de toutes techniques s'y rapportant.

La société exploite le Spa à l'enseigne « B_____ ».

Madame C_____ en est l'associée-gérante, avec signature individuelle.

2. Le 15 janvier 2014, l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail (ci-après : OCIRT) a adressé un courrier-type aux entreprises travaillant dans le secteur de l'esthétique, parmi lesquelles figurait la société. Lesdites entreprises étaient informées que l'OCIRT procédait à un contrôle systématique des conditions de travail des entreprises de leur secteur d'activité. Le but était de vérifier le respect des salaires minimaux obligatoires en vigueur selon le contrat-type de travail des esthéticiennes (ci-après : CTT-Esthé - J 1 50.16) en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2013. L'OCIRT demandait à chacune des entreprises de transmettre au plus tard le 15 février 2014 un certain nombre d'informations en rapport avec le personnel actif employé, les fiches de salaire de ce personnel de janvier 2013 à janvier 2014, la liste des salaires déclarés à l'assurance-vieillesse et survivants (ci-après : AVS) pour l'année 2013, les horaires d'ouverture de l'entreprise et la durée hebdomadaire de travail pour un poste à plein temps, le mode de calcul des salaires annuels ainsi que tout autre renseignement en lien avec le système de rémunération. Les entreprises étaient rendues attentives à la nécessité de collaborer à ce contrôle, sous peine de sanctions.

3. Par courrier du 6 février 2014, la société a transmis la liste de son personnel du 1^{er} janvier au 31 décembre 2013, les comptes salaires de chacune des employées avec le détail des rétributions mensuelles et l'attestation de l'AVS pour l'année 2013.

Elle a par ailleurs indiqué que la durée de travail hebdomadaire pour un poste à plein temps était de quarante-deux heures et que les salaires des employées étaient versés sur douze mois.

4. Le 15 avril 2014, l'OCIRT a sollicité la production d'une copie du contrat de stage ou du contrat de travail contresignés de Mme D_____.
5. Par courrier du 28 février 2014 (sic), la société a remis le contrat de stage de Mme D_____ du 4 mars 2013.

Ce dernier prévoyait un stage du 4 mars au 31 août 2013, incluant deux semaines de vacances, afin d'être formée aux techniques de travail et se familiariser avec les produits du Spa. Le stage était rémunéré à raison de CHF 500.- brut par mois pour une durée de travail de quarante-deux heures par semaine. La stagiaire bénéficiait par ailleurs d'un crédit de CHF 1'000.- par mois pour recevoir des soins au Spa, en dehors de ses heures de travail.

6. Le 6 mai 2014, l'OCIRT a constaté que la société ne respectait pas les salaires minimaux prévus par le CTT-Esthé à l'égard de Mme D_____.

Le CTT-Esthé s'appliquait de manière impérative aux esthéticiennes et/ou aux prothésistes ongulaires exerçant dans des instituts de beauté indépendamment de la qualification et de l'expérience professionnelle. Le salaire minimum de CHF 3'466.- pour quarante heures de travail était applicable à chaque employée qualifiée ou non-qualifiée, bénéficiant ou non d'expérience professionnelle.

Un salaire brut mensuel de CHF 500.- avait été versé à Mme D_____ en lieu et place de CHF 3'639.29 (pour quarante-deux heures par semaine) pour la période du 4 mars au 31 août 2013. Le total du rattrapage s'élevait pour cette période à CHF 18'835.74.

Le salaire de cette employée devait être corrigé pour la période de son activité au sein de la société et la preuve du paiement du rattrapage salarial par virement bancaire ou postal sur le compte de Mme D_____ devait être apportée d'ici au 21 mai 2015 au plus tard. Dans ce même délai, la société pouvait faire parvenir ses observations par écrit.

La société était rendue attentive au fait que si elle procédait aux rattrapages salariaux, l'OCIRT pouvait réduire, voire renoncer à l'amende administrative de CHF 5'000.- au plus prévue par la loi.

7. Dans le courant du mois de mai 2014, Mme E_____, employée de la société, a contacté l'OCIRT pour se plaindre de ses conditions de travail.

8. Le 15 mai 2014, l'OCIRT a procédé à un contrôle dans les locaux de la société. À cette occasion, plusieurs employées ont été interrogées sur leurs conditions de travail.

9. Par courrier du 15 mai 2014, l'OCIRT a indiqué qu'elle avait constaté lors de sa visite du jour que la société employait actuellement une autre stagiaire active en tant qu'esthéticienne, Mme E_____. Cette dernière travaillait trente-huit heures par semaine, représentant un taux hebdomadaire de 90.47 %, et ne percevait pas de salaire. Or, Mme E_____ était également visée par le CTT-Esthé, de sorte que le salaire minimum mentionné lui était également applicable.

Mme E_____ avait ainsi droit à un salaire mensuel de CHF 3'292.69 depuis son engagement le 2 mai 2014.

En sus des rattrapages salariaux demandés par courrier du 6 mai 2014, la société devait verser un salaire à Mme E_____ et transmettre sa fiche de salaire du mois de mai 2014 indiquant le montant du rattrapage, contresignée par l'employée, ainsi que la preuve du versement des rattrapages salariaux pour Mme D_____.

La société était par ailleurs priée de transmettre une liste actualisée de l'ensemble de son personnel, avec tous les stagiaires actifs dans l'entreprise, rémunérés ou non, ainsi que leur fonction, horaire, la durée de leur stage, les contrats et tous les autres documents utiles.

Les documents devaient être transmis le 2 juin 2014 au plus tard. Dans ce même délai, la société pouvait faire valoir ses observations.

Enfin, la société était à nouveau rendue attentive aux conséquences du paiement des rattrapages salariaux sur l'amende.

10. Le 20 mai 2014, la société a indiqué que Mme D_____ n'avait pas été engagée en qualité d'esthéticienne mais en tant que stagiaire, selon le contrat de stage déjà transmis. Elle avait été recommandée par H_____, avec laquelle un contrat de stage avait également été signé. Ledit document n'avait toutefois pas été retrouvé, de sorte que l'OCIRT était invité à prendre directement contact avec l'école pour l'obtenir.
11. Le 26 mai 2014, la société a exposé que Mme E_____ n'avait pas non plus été engagée en qualité d'esthéticienne ou masseuse mais en tant que stagiaire, selon le contrat de stage annexé. Elle était présente pour apprendre des soins et non pour en dispenser. Le CTT-Esthé était applicable aux esthéticiennes possédant un diplôme en bonne et due forme ce qui n'était pas le cas en l'espèce.

Un courriel de Mme E_____ du 21 mai 2014 était joint, résumant la manière dont son engagement s'était déroulé.

12. Par courrier du 27 mai 2014, l'OCIRT a confirmé la teneur de ses courriers des 6 et 15 mai 2014, demandant à la société de procéder aux rattrapages salariaux pour Mmes D_____ et E_____ et de fournir les preuves de ceux-ci d'ici au 10 juin 2014.

Vu les formations « sur le tas » proposées aux deux stagiaires et étant donné que ces formations ne s'inscrivaient pas dans un cadre formatif reconnu et que les stagiaires prodiguaient des soins à la clientèle, elles étaient visées par le champ d'application du CTT-Esthé, lequel ne prévoyait pas de salaire différencié entre personnel qualifié et non qualifié.

13. Par courriel du 30 mai 2014, Mme E_____ a signalé à l'OCIRT que son contrat de stage avait été signé sous la contrainte, suite à la pression infligée par sa patronne entre deux clients. Celui-ci était daté du 1^{er} mai alors qu'en réalité il avait été signé le 22 mai.

14. Le 10 juin 2014, la société a contesté, par l'intermédiaire de son conseil, le fait que le CTT-Esthé s'applique indépendamment de la qualification. Ce dernier ne pouvait s'appliquer qu'aux esthéticiennes titulaires du diplôme prévu à cet effet.

Il était par ailleurs relevé que Mme E_____, qui n'avait aucune formation d'esthéticienne, n'avait pas prodigué de soins facturés aux clients. S'agissant de Mme D_____, elle avait effectué un stage en réception dans le cadre de sa formation à H_____, de sorte qu'il ne pouvait y avoir de violation d'un CTT-Esthé relatif aux esthéticiennes.

15. Par courrier du 17 juin 2014, l'OCIRT a maintenu sa position telle que développée dans ses courriers des 6, 15 et 27 mai 2014, accordant un nouveau délai à la société au 2 juillet 2014 pour procéder à la mise en conformité sollicitée.

16. Le 19 juin 2014, la société a réitéré, par l'intermédiaire de son conseil, son désaccord quant à l'interprétation du CTT-Esthé. Ce dernier utilisait la dénomination « esthéticienne », ce qui impliquait nécessairement l'engagement d'une personne titulaire d'un CFC.

17. Le 10 juillet 2014, l'OCIRT a maintenu sa position, accordant un ultime délai à la société au 31 juillet 2014 pour apporter la preuve des rattrapages salariaux demandés pour Mmes D_____ et E_____.

Dans le même délai, elle était invitée à transmettre une copie du contrat de stage relatif à Mme F_____.

18. Le 24 juillet 2014, la société a fourni des explications complémentaires concernant certaines de ses employées.

Mme F_____ avait été engagée en qualité d'employée pour un montant de CHF 4'500.- par mois plus commission, selon contrat de travail joint. Au vu du salaire largement supérieur au CTT-Esthé, son cas devait être clos.

Mme D_____ avait été engagée en tant que stagiaire à la réception du Spa, selon la convention tripartite de stage établie entre la stagiaire, la société et l'École Hôtelière de Lausanne annexée. Le CTT-Esthé ne lui était donc pas applicable et ce dossier devait également être clos.

Mme E_____ avait quant à elle entrepris un stage le 2 mai 2014, qu'elle avait abruptement décidé d'arrêter le 24 mai 2014. Était joint un courrier de la société à Mme E_____ du 26 mai 2014 sur ce point. Selon le courriel de

Mme E_____ qui figurait au dossier, elle avait indiqué avoir été engagée pour un stage non rémunéré de trois mois dans le but d'apprendre des soins qu'elle ne connaissait pas. Elle ne devait ainsi pas être rémunérée pour entreprendre une formation. Quand bien même le CTT-Esthé devait s'appliquer, ce qui était contesté, aucun salaire ne devrait lui être versé compte tenu de son abandon de poste injustifié.

19. Par courrier du 4 août 2014, l'OCIRT a informé la recourante qu'au vu des informations fournies sur Mme F_____, il apparaissait que le CTT-Esthé avait été respecté et ce dossier était clos.

S'agissant de Mme D_____, les termes du contrat de stage signé avec la société le 4 mars 2013 laissaient à penser que les tâches qui lui avaient été confiées allaient au-delà d'une activité de réceptionniste. L'OCIRT a ainsi sollicité des documents complémentaires.

S'agissant de Mme E_____, l'OCIRT a maintenu sa position, pour les motifs déjà exposé. Compte tenu de l'interruption des rapports de travail, le rattrapage ne porterait que sur la période du 2 au 24 mai 2014 et s'élevait donc à CHF 2'207.50 pour un total de cent vingt-cinq heures de travail, vacances incluses. Un délai au 31 août 2014 était imparti à la société pour fournir les preuves de paiement du rattrapage salarial.

20. Le 29 août 2014, la société a transmis les documents sollicités concernant Mme D_____ et demandé le classement de ce dossier. Pour le surplus, elle a indiqué maintenir sa position selon laquelle le CTT-Esthé n'était pas applicable à Mme E_____.

21. Par décision du 15 octobre 2014, l'OCIRT a prononcé à l'encontre de la société une amende de CHF 3'400.- et a mis à sa charge un émolument de sanction de CHF 100.-.

Cette sanction était fondée sur le fait que la société n'avait pas respecté les salaires minimaux prescrits par le CTT-Esthé. Lors d'un contrôle portant sur le mois de mai 2014, une différence de salaire de CHF 2'207.50 pour la période du 2 au 24 mai 2014 avait été relevée en défaveur de Mme E_____. L'amende qui frappait la société était liée à la sous-enchère salariale pratiquée par l'entreprise qui, par rapport au salaire obligatoire, pouvait être qualifiée d'importante et concernait une employée.

La décision ne faisait mention d'aucune violation du CTT-Esthé à l'égard de Mme D_____.

22. Par acte posté le 14 novembre 2014, la société a, par l'intermédiaire de son conseil, interjeté recours auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après: la chambre administrative) contre la décision de l'OCIRT du

15 octobre 2014 précitée, concluant à son annulation et à l'octroi d'une indemnité à titre de dépens.

Le CTT-Esthé s'adressait aux esthéticiennes. Selon l'ordonnance du secrétariat d'État à la formation, à la recherche et à l'innovation sur la formation professionnelle initiale d'esthéticienne/esthéticien, le certificat fédéral de capacité (ci-après: CFC) d'esthéticienne s'obtenait après avoir suivi une formation professionnelle d'une durée initiale de trois ans et réussi l'examen final. Ainsi, pour être esthéticienne selon le CTT-Esthé, il y avait lieu d'être titulaire du diplôme prévu à cet effet. Dans la mesure où Mme E_____ n'était pas titulaire de ce diplôme, le CTT-Esthé ne lui était pas applicable.

L'interprétation de l'OCIRT selon laquelle le même salaire minimum serait appliqué aux personnes diplômées et non diplômées était par ailleurs absurde et contraire au principe de l'égalité de traitement.

Enfin, la société n'avait commis aucune faute, même par dol éventuel, raison pour laquelle aucune amende ne pouvait lui être infligée.

23. L'OCIRT a répondu le 23 janvier 2015, en concluant au rejet du recours.

Le CTT-Esthé mentionnait les esthéticiennes et/ou les prothésistes ongulaires, mais ne faisait référence à aucun titre ou diplôme. Lorsque les dispositions d'un contrat-type ne détaillaient pas spécifiquement les exigences de formation ou de diplôme requis d'un travailleur pour qu'il soit soumis au contenu matériel dudit contrat-type, notamment aux conditions de salaire minimum, cela signifiait qu'il s'appliquait à toute personne exerçant une activité dans le secteur y compris les stagiaires. Pour s'assurer de la bonne application de ces dispositions, l'OCIRT s'était référé aux discussions intervenues au sein de la commission des mesures d'accompagnement (ci-après: CMA) et du conseil de surveillance du marché de l'emploi (ci-après: CSME). Il ne pouvait toutefois produire les procès-verbaux de ces discussions sans violer son devoir de fonction. C'était ainsi à tort que la recourante considérait que le salaire minimum prévu par le CTT-Esthé ne s'appliquait pas à une personne engagée en qualité de stagiaire.

Le comportement de la société était par ailleurs fautif, dans la mesure où elle n'avait pas respecté les dispositions impératives claires du CTT-Esthé lors de l'engagement de Mme E_____ et avait refusé de rectifier son comportement, malgré les injonctions de l'OCIRT.

La recourante n'ayant pas respecté les salaires minimaux prévus par le CTT-Esthé, elle avait été sanctionnée par une amende de CHF 3'400.-. Cette dernière devait avoir un effet dissuasif et permettre l'assainissement des secteurs économiques à risques.

24. Dans sa réplique du 9 février 2015, la société, par l'intermédiaire de son conseil, a persisté dans son argumentation.
25. Lors de l'audience de comparution personnelle et d'enquêtes du 20 avril 2015, l'OCIRT a indiqué qu'au sens du CTT-Esthé, était une esthéticienne toute personne, homme ou femme, employée à prodiguer des soins d'esthétique corporelle, qu'elle soit formée ou pas, avec ou sans expérience professionnelle. Il n'y avait qu'une seule catégorie salariale, dans la mesure où toutes les personnes se livrant à cette activité professionnelle étaient regroupées dans une seule catégorie.

Lors du contrôle effectué en mai 2014 au sein du Spa, il avait été constaté que le statut de Mme E_____ ne respectait pas le CTT-Esthé. Lorsque les inspecteurs étaient arrivés, Mme E_____ venait de terminer des soins en cabine.

Mme C_____ a pour sa part exposé que lorsqu'elle avait engagé Mme E_____, elle n'avait aucune formation ou expérience en qualité d'esthéticienne, mais avait quelques bases de formation en tant que masseuse. Elle était employée trente-six heures trente par semaine. S'agissant de son activité dans le Spa, elle lui avait conçu des protocoles dans lesquels elle lui expliquait en détail de quelle façon une employée devait se comporter dans le contact avec la clientèle. Dans la mesure où la collaboration n'avait duré que trois semaines, elle n'avait pas eu le temps d'aborder d'autres questions comme la tenue de l'agenda ou la prise en charge des clients.

Mme E_____, entendue en qualité de témoin, a pour sa part indiqué qu'elle avait suivi une formation d'une année à Genève, axée sur les différents types de massage et les gommages corporels. Après cette formation, elle avait postulé auprès de la société. Elle n'avait pas d'expérience dans les soins de beauté tels que l'épilation, les soins du visage ou des pieds. Une employée lui avait proposé d'effectuer une journée d'essai, ce qu'elle avait fait. Après cette journée, Mme C_____ lui avait proposé d'effectuer un stage non rémunéré de trois mois durant lequel elle serait formée dans tous les domaines de l'esthétique. Dans les faits, cela ne s'était pas passé comme cela. Elle devait se débrouiller toute seule avec les clients et n'avait bénéficié d'aucune formation. C'était la raison pour laquelle elle avait mis fin à l'expérience. Pour les soins, ses collègues lui préparaient un panier avec les produits devant être utilisés. Ces produits étaient classés par des numéros dont elle devait suivre l'ordre pour les appliquer. Elle avait signé son contrat de stage, daté du 1^{er} mai 2014, la veille de son départ. Elle n'était initialement pas d'accord de le signer car il ne correspondait pas aux prestations qu'elle recevait de son employeur. Elle avait finalement accepté de le signer au vue de l'insistance de Mme C_____, alors qu'elle était en retard pour s'occuper d'un client. Elle avait appelé l'OCIRT, car elle s'interrogeait sur la validité de son contrat. C'était à la demande de Mme C_____ qu'elle avait rédigé son courriel du 21 mai 2014.

Mme C _____ a contesté formellement toutes les affirmations de Mme E _____.

À l'issue de l'audience, le juge délégué a imparti un délai au 15 mai 2015 aux parties pour formuler d'autres actes d'instruction ou produire des pièces complémentaires.

26. Le 15 mai 2015, l'OCIRT a sollicité l'audition en qualité de témoin de Mme G _____, présidente de la CMA. Une demande de levée du secret de fonction était en cours.
27. Par courrier du 15 mai 2015, la société a produit des pièces complémentaires permettant, selon elle, de démontrer que Mme E _____ avait menti lors de son audition.
28. Par courrier du 20 mai 2015, l'OCIRT a informé la chambre administrative que Mme G _____ avait été levée du secret de fonction.
29. Lors de l'audience d'enquêtes du 28 septembre 2015, l'OCIRT a produit un bordereau de pièces complémentaires contenant principalement des procès-verbaux de séances de la CMA et du CSME.

Après avoir présenté le processus d'édition d'un contrat-type de travail, Mme G _____, entendue à titre de renseignement en sa qualité de présidente de la CMA, a exposé que la question de savoir s'il y avait lieu d'édicter des normes salariales spécifiques, par degré de qualification du personnel, ou un seul salaire minimum applicable à tous les travailleurs, avait été vivement discutée au sein de la CMA et du CSME. La décision de ne définir qu'un salaire minimum unique applicable à l'ensemble du personnel résultait du rapport d'enquête déposé par l'observatoire genevois du marché du travail (ci-après: OGMT). C'était le constat d'une quasi uniformité des salaires versés au personnel des salons d'esthétique, quelle que soit la formation de celui-ci (CFC, école privée spécialisée, etc) qui avait conduit à décider d'un salaire minimum unique applicable à tous. Une personne engagée comme stagiaire dans un salon d'esthétique devait se voir appliquer le salaire minimum dès qu'elle accomplissait une tâche couverte par le champ d'application du CTT-Esthé, soit des activités en rapport avec des soins de beauté et d'onglerie.

La CMA avait par ailleurs édicté des directives concernant le traitement de la situation des stagiaires dans différents domaines d'activité professionnelle, dont l'esthétique. Ces directives constituaient des dispositions obligatoires pour l'OCIRT et des recommandations pour les différentes paritaires. Selon ces dernières, n'était pas considéré comme problématique l'engagement de stagiaire lorsqu'il était couplé avec une formation certifiante ou lorsqu'il s'inscrivait dans un dispositif légal d'insertion, ou de réinsertion (AI, chômage). Dans ces cas, le

contrat-type, s'il y en avait un, ne s'appliquait pas. Dans toutes les autres situations de stage, la CMA considérait qu'un tel engagement était un premier emploi et le contrat-type devait s'appliquer.

Mme G_____ s'est également engagée à produire des documents supplémentaires, soit notamment les recommandations relatives aux stagiaires.

30. Par arrêté du 19 octobre 2015, le département de la sécurité et de l'économie a autorisé Mme G_____ à produire tous les documents, notamment les procès-verbaux de la CMA, en lien avec la cause.
31. Le 26 octobre 2015, l'OCIRT a produit un chargé de pièces complémentaires, contenant notamment certaines pièces dont Mme G_____ avait annoncé la production.
32. Par courrier reçu le 12 novembre 2015, daté du 15 mai 2015 (sic), la société a relevé, par l'intermédiaire de son conseil, que l'extension de la durée de validité du CTT-Esthé en 2011 avait été décidée sans consultation préalable de l'OGMT, de sorte qu'elle était viciée. Le CTT-Esthé n'était donc pas applicable à une prétendue infraction survenue en 2014, de sorte que le recours devait être admis pour ce seul motif déjà.

Par ailleurs, selon les déclarations de Mme G_____ lors de l'audience du 28 septembre 2015, le CTT-Esthé ne s'appliquait pas lorsque l'engagement de stagiaires était couplé avec une formation certifiante. Or, l'engagement de Mme E_____ devait être considéré comme l'ayant été dans le cadre d'une expérience professionnelle certifiante. Le CTT-Esthé ne lui était donc pas applicable.

Pour le surplus, elle a persisté dans ces précédentes conclusions.

33. Le 13 novembre 2015, les parties ont été informées que la cause était gardée à juger.
34. Pour le reste, les arguments des parties seront repris en tant que besoin dans la partie en droit ci-après.

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 concerne l'application du CTT-Esthé.

3. Dans la mesure où le CTT-Esthé a subi des modifications au 1^{er} janvier 2016, se pose la question du droit applicable.

Conformément aux principes généraux du droit intertemporel, lorsqu'un changement de droit intervient au cours d'une procédure administrative contentieuse ou non contentieuse, la question de savoir si le cas doit être tranché sous l'angle du nouveau ou de l'ancien droit se pose. En l'absence de dispositions transitoires, s'il s'agit de tirer les conséquences juridiques d'un événement passé constituant le fondement de la naissance d'un droit ou d'une obligation, le droit applicable est celui en vigueur au moment dudit événement. Dès lors, en cas de changement de règles de droit, la législation applicable reste en principe celle qui était en vigueur lors de la réalisation de l'état de fait qui doit être apprécié juridiquement ou qui a des conséquences juridiques (ATA/891/2015 du 1^{er} septembre 2015, consid. 3 ; ATA/834/2013 du 17 décembre 2013 consid. 4b ; Thierry TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2011, n. 403 ss).

Est dès lors applicable le CCT-Esthé dans sa teneur en vigueur au 1^{er} janvier 2014, année durant laquelle les faits litigieux se sont déroulés.

4. La recourante considère que le CTT-Esthé ne serait pas applicable à la prétendue infraction intervenue en 2014. Dans la mesure où l'extension de la durée de validité du CTT-Esthé en 2011 aurait été décidée sans consultation préalable de l'OGMT, elle serait viciée.

a. Par décisions des 24 novembre 2006 et 8 juin 2007 le CSME, agissant en tant que commission tripartite cantonale au sens de l'art. 360b al. 1 de la loi fédérale complétant le Code civil suisse du 30 mars 1911 (Livre cinquième : Droit des obligations - CO - RS 220) et de l'art. 34 al. 1 de la loi sur l'inspection et les relations du travail du 12 mars 2004 (LIRT - J 1 05), a constaté dans le secteur de l'esthétique une sous-enchère abusive et répétée au sens de l'art. 360b al. 3 CO. Le CSME a ainsi proposé à la Chambre des relations collectives de travail (ci-après : CRCT), autorité compétente selon l'art. 33 LIRT, l'art. 360a CO et l'art. 1 al. 1 let c de la loi concernant la Chambre des relations collectives de travail (LCRCT - J 1 15), d'édicter pour ce secteur, un contrat-type fixant des salaires minimaux impératifs.

Après avoir considéré que les résultats des travaux menés au sein du CSME tenaient lieu de consultation au sens de l'art. 20 al. 3 du règlement d'application de la loi concernant la Chambre des relations collectives de travail (RCRCT - J 1 15.01), la CRCT a adopté le 28 août 2007 un contrat-type de travail, valable du 1^{er} octobre 2007 jusqu'au 30 septembre 2011, pour les travailleuses et travailleurs du secteur de l'esthétique (J 1 50.16). Ce dernier a fait l'objet d'une publication dans la Feuille d'avis officielle de la République et canton de Genève (ci-après : FAO) du 21 septembre 2007.

b. Par décision du 23 septembre 2011, le CSME a constaté, dans le secteur de l'esthétique, une persistance d'une sous-enchère salariale abusive et répétée au sens de l'art. 360b al. 3 CO, et proposé en conséquence à la CRCT de proroger, pour une durée de quatre ans, et en application de l'art. 360a CO, l'ancien contrat-type de travail pour les travailleuses et travailleurs de l'esthétique fixant des salaires minimaux impératifs et de fixer un barème salarial de CHF 3'450.- par mois pour un horaire hebdomadaire de quarante heures.

Le 4 octobre 2011, considérant que les délibérations du CSME tenaient lieu de consultation au sens de l'art. 20 al. 3 RCRCT, le CRCT a modifié le contrat-type de travail pour les travailleuses et travailleurs de l'esthétique dans le sens des propositions faites, fixant notamment les salaires minimaux à CHF 3'466.- par mois pour un horaire hebdomadaire de quarante heures et prorogeant le caractère impératif des salaires minimaux jusqu'au 31 décembre 2015. Ces modifications sont entrées en vigueur le 1^{er} novembre 2011 et ont fait l'objet d'une publication dans la FAO du 26 octobre 2011.

c. Le 13 décembre 2011, la CRCT a abrogé le contrat-type de travail pour les travailleuses et travailleurs du secteur de l'esthétique du 28 août 2007 et édicté le contrat-type de travail des esthéticiennes, fixant son entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2012.

d. Le 18 décembre 2012, dans un souci de conférer au contrat-type de travail des esthéticiennes une plus grande utilité, la CRCT a édicté le CTT-Esthé et prévu son entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2013. Le contrat-type de travail des esthéticiennes du 13 décembre 2011 a quant à lui été abrogé.

e. Ainsi, l'édition du CTT-Esthé et ses différentes modifications ont été adoptées conformément aux dispositions légales en vigueur. Contrairement à ce que semble prétendre la recourante, il ne découle d'aucun texte légal que l'extension de validité d'un contrat-type de travail avec salaires impératifs serait soumise au préalable à la consultation de l'OGMT.

Mal fondé, cet argument sera écarté.

5. La recourante estime que pour être qualifiée d'esthéticienne au sens du CTT-Esthé, il y a lieu d'être titulaire du diplôme prévu à cet effet. Dans la mesure où Mme E_____ ne dispose d'aucun diplôme d'esthéticienne, le CTT-Esthé ne lui serait pas applicable.

a. À teneur de l'art. 1 du CTT-Esthé, dans sa teneur au 1^{er} janvier 2014, sont considérés comme travailleuses et travailleurs du secteur de l'esthétique, au sens du présent contrat-type, les esthéticiennes et/ou les prothésistes ongulaires exerçant dans des instituts de beauté (al. 1) ; le présent contrat-type ne s'applique

pas aux travailleurs du secteur de l'esthétique soumis à une convention collective de travail (al. 3).

En vertu de l'art. 6 CTT-Esthé, le salaire minimum est de CHF 3'466.- par mois (al. 1) ; le salaire minimum prévu à l'al. 1 a un caractère impératif au sens de l'art. 360a CO pour une durée de travail hebdomadaire de quarante heures (al. 2) ; en cas de travail à temps partiel, le salaire minimum est calculé prorata temporis (al. 3) ; le caractère impératif du salaire minimum est prorogé jusqu'au 31 décembre 2015 (al. 4).

b. Comme déjà relevé tant par l'OCIRT que par la chambre de céans (ATA/1305/2015 du 8 décembre 2015, consid. 4), le CTT-Esthé ne prévoit aucune distinction selon les qualifications, formations ou l'expérience de l'employé pour ce qui est du salaire minimal, alors que, par exemple, l'art. 10 du contrat-type de travail de l'économie domestique (CTT-EDom - J 1 50.03), l'art. 9 du contrat-type de la floriculture (CTT-Flor - J 1 50.10), et l'art. 2 du contrat-type de travail pour le transport de choses pour le compte de tiers (CTT-TCCT - J 1 50.18), tous adoptés par la CRCT, font de telles distinctions.

c. L'art. 360a al. 1 CO précise que le contrat-type de travail d'une durée limitée prévoit des salaires minimaux différenciés selon les régions et, le cas échéant, selon les localités, et n'exige ainsi pas, sans toutefois l'exclure, la prise en compte des qualifications, formations et expérience. Par ailleurs, conformément à l'art. 360d al. 2 CO, il ne peut être dérogé à un contrat-type de travail au sens de l'art. 360a CO en défaveur du travailleur.

d. S'agissant plus particulièrement du cas d'espèce, il ressort tant des constatations des inspecteurs lors du contrôle effectué le 15 mai 2014 que des déclarations de Mme E_____, que durant la période pendant laquelle cette dernière a travaillé pour la recourante, elle a procuré des soins à la clientèle. Ainsi, il apparaît que Mme E_____ a exercé une activité d'esthéticienne dans un institut de beauté, au sens de l'art. 1 al. 1 CTT-Esthé. Par ailleurs, le fait qu'elle ait travaillé dans la société au bénéfice d'un contrat de stage n'y change rien, le CTT-Esthé ne prévoyant aucun traitement différencié pour les stagiaires. De plus, la situation Mme E_____ ne saurait être assimilée à celle d'une personne engagée dans le cadre du suivi d'une formation certifiante, tel un CFC, de sorte que les conséquences de cette hypothèse n'ont pas à être examinées plus longuement.

Dans ces conditions, le salaire minimum prévu par l'art. 6 al. 1 CTT-Esthé devait être respecté, nonobstant l'absence de diplôme ou d'expérience professionnelle de Mme E_____.

À toutes fins utiles, il sera relevé que le texte de l'art. 6 al. 1 CTT-Esthé a été modifié au 1^{er} janvier 2016 et prévoit dorénavant que « le salaire minimum est de CHF 3'518.- par mois, même si le travailleur n'est ni au bénéfice d'une

formation professionnelle ni d'une expérience utile au poste ». Quand bien même la nouvelle teneur de cette disposition n'est pas applicable au cas d'espèce, il apparaît que la volonté claire des autorités compétentes est bien d'assurer un salaire minimum à toutes les personnes exerçant en qualité d'esthéticiennes et de prothésistes ongulaires, peu importe leur niveau de formation et leur expérience professionnelle.

Le grief de la recourante sera donc écarté.

6. La recourante considère encore que l'interprétation faite par l'OCIRT du CTT-Esthé violerait le principe de l'égalité de traitement dans la mesure où une stagiaire sans diplôme gagnerait le même salaire qu'une esthéticienne diplômée, ayant dû suivre une formation.

a. Selon l'art. 8 al. 1 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101), tous les êtres humains sont égaux devant la loi. Nul ne doit subir de discrimination du fait notamment de son origine, de sa race, de son sexe, de son âge, de sa langue, de sa situation sociale, de son mode de vie, de ses convictions religieuses, philosophiques ou politiques ni du fait d'une déficience corporelle, mentale ou psychique (art. 8 al. 2 Cst.).

b. Une norme viole le principe de l'égalité de traitement consacré à l'art. 8 Cst. lorsqu'elle établit des distinctions juridiques qui ne se justifient par aucun motif raisonnable au regard de la situation de fait à régler, ou lorsqu'elle omet de faire des distinctions qui s'imposent au vu des circonstances, c'est-à-dire lorsque ce qui est semblable n'est pas traité de manière identique et ce qui est dissemblable ne l'est pas de manière différente. Cela suppose que le traitement différent ou semblable injustifié se rapporte à une situation de fait importante (ATF 138 I 225 consid. 3.6.1 ; ATF 138 I 265 consid. 4.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 8C_582/2013 du 2 mai 2014 consid. 6.2.1). La question de savoir s'il existe un motif raisonnable pour une distinction peut recevoir des réponses différentes suivant les époques et les idées dominantes. Le législateur dispose toutefois d'un large pouvoir d'appréciation dans le cadre de ces principes et de l'interdiction de l'arbitraire (ATF 133 I 249 consid. 3.3 ; ATF 131 I 1 consid. 4.2). Le Tribunal fédéral n'intervient que si, sur des points importants, les assimilations ou distinctions effectuées s'avèrent clairement injustifiées et insoutenables (ATF 136 I 297 consid. 6.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_706/2012 du 16 avril 2013 consid. 5.1).

Le principe de l'égalité (art. 8 Cst.) et celui de l'interdiction de l'arbitraire (art. 9 Cst.) sont étroitement liés. Une norme ou une décision est arbitraire lorsqu'elle ne repose pas sur des motifs objectifs sérieux ou si elle est dépourvue de sens et de but (ATF 136 I 241 consid. 3.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 8C_753/2011 du 11 octobre 2012 consid. 3.2.2).

c. En l'espèce, la recourante perd de vue que le salaire prévu par le CTT-Esthé est un salaire minimum auquel l'employeur ne peut déroger, et non la rétribution devant être impérativement accordée à une esthéticienne.

Rien n'empêche ainsi un employeur d'accorder à ses esthéticiennes non diplômées le salaire minimum prévu par le CTT-Esthé et un salaire plus élevé pour ses esthéticiennes diplômées. À cet égard, il sied de relever que la recourante a précisément accordé un salaire supérieur à celui prévu par le CTT-Esthé à l'une de ses employées au moins, soit Mme F_____.

Dès lors, l'interprétation faite par l'OCIRT du CTT-Esthé, à laquelle la chambre de céans adhère également, ne viole aucunement le principe de l'égalité de traitement.

7. a À teneur de l'art. 15 CTT-Esthé, l'OCIRT est l'organe de surveillance (al. 1) ; 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 (al. 2).

b. Selon l'art. 9 al. 2 let. c 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), 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 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 5'000.- au plus ; l'art. 7 de la loi fédérale sur le droit pénal administratif du 22 mars 1974 (DPA - RS 313.0) est applicable.

L'art. 9 al. 2 let. d LDét permet à ladite autorité de mettre tout ou partie des frais du contrôle à la charge de l'entreprise ou de la personne fautive.

c. La LIRT précise la mise en œuvre, dans le canton de Genève, de la LDét (art. 1 al. 2 LIRT).

En vertu de l'art. 35 LIRT, l'OCIRT est l'autorité compétente au sens de l'art. 7 al. 1 let. d LDét (al. 1) ; le prononcé des sanctions et mesures administratives prévues par l'art. 9 de la LDét est du ressort de l'office (al. 3).

d. En ne versant aucun salaire à Mme E_____ pour la période du 2 au 24 mai 2014, la recourante a commis une violation du CTT-Esthé. Partant, le prononcé d'une sanction administrative par l'OCIRT est justifié.

8. En ce qui concerne la quotité de l'amende, elle se fonde sur l'art. 9 al. 2 let. c LDét, qui prévoit un montant de CHF 5'000.- au plus pour les infractions aux

dispositions relatives au salaire minimal d'un contrat-type de travail au sens de l'art. 360a CO.

La recourante considère que le montant de celle-ci est disproportionné.

a. La LDét ne contient aucune précision concernant les principes afférents au principe du prononcé de l'amende administrative et à sa quotité.

Cela étant, il n'y a aucun motif de s'écarter des règles générales en la matière.

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/1305/2015 du 8 décembre 2015 consid. 12b et les références citées).

Il est ainsi nécessaire que le contrevenant ait commis une faute, fût-ce sous la forme d'une simple négligence (Ulrich HÄFELIN/Georg MÜLLER/Felix UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6^{ème} éd. 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 (ATA/74/2013 du 6 février 2013 et les arrêts cités). La chambre de céans ne le censure qu'en cas d'excès ou d'abus (ATA/160/2009 du 31 mars 2009). Enfin, l'amende doit respecter le principe de la proportionnalité (art. 36 al. 3 d Cst. ; ATA/61/2014 du 4 février 2014 ; ATA/74/2013 précité et les arrêts cités).

L'autorité qui prononce une mesure administrative ayant le caractère d'une sanction doit également faire application des règles contenues aux art. 47 ss du code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP - RS 311.0 ; 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/1305/2015 précité).

c. En l'espèce, l'OCIRT a déterminé le montant total de l'amende en fonction de l'importance de la sous-enchère et du nombre d'infractions commises, à savoir selon le nombre de collaborateurs concernés.

Une faute a été indéniablement commise par la recourante par le non-respect du salaire minimal prescrit par le CTT-Esthé. Cela étant, la violation de ce contrat-type de travail a été limitée dans le temps puisqu'elle a porté sur un seul mois en 2014 et n'a concerné qu'une seule employée, pour un montant total de CHF 2'207.50. Il s'agit par ailleurs de la première infraction commise par la recourante en cette matière. Enfin, la société a collaboré à l'établissement des faits. Dans ces conditions, l'amende administrative de CHF 3'400.- infligée à la recourante est disproportionnée et doit être ramenée à CHF 2'000.-.

9. Enfin et en tout état de cause, l'émolument de sanction de CHF 100.- 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).
10. Vu ce qui précède, le recours est admis partiellement.

Un émolument réduit de CHF 1'000.- sera mis à la charge de la recourante, qui succombe concernant le principe de l'amende (art. 87 al. 1 LPA). Vu l'admission très partielle du recours, une indemnité de procédure de CHF 400.- lui sera allouée, à la charge de l'État de Genève (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

**PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE**

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 14 novembre 2014 par A_____ contre la décision de l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail du 15 octobre 2014 ;

au fond :

l'admet partiellement ;

annule la décision de l'office de l'inspection et des relations du travail du 15 octobre 2014 concernant seulement le montant de l'amende ;

fixe le montant de l'amende à CHF 2'000.- ;

confirme la décision querellée pour le surplus ;

met à la charge de A_____ un émolument réduit de CHF 1'000.- ;

alloue à A_____ une indemnité de procédure de CHF 400.- à la charge de l'État de Genève ;

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

Siégeants : Mme Junod, présidente, MM. Dumartheray et Verniory, juges.

Au nom de la chambre administrative :

le greffier-juriste :

F. Scheffre

la présidente siégeant :

Ch. Junod

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le