

# **GE\_GERICHTE ATA/491/2020 vom 19. Mai 2020**

GE Cour de justice, 2020-05-19, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATA\\_491\\_2020](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATA_491_2020)

FR: GE\_GERICHTE ATA/491/2020 du 19 mai 2020

IT: GE\_GERICHTE ATA/491/2020 del 19 maggio 2020

## **Erwägungen**

### **E. 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)

L'objet du litige est de savoir si c'est à bon droit que l'OCIRT a dénié aux recourants le statut de travailleurs exerçant une fonction dirigeante élevée. 3) a. Selon l'art. 61 al. 1 LPA, le recours peut être formé pour violation du droit, y compris l'excès et l'abus du pouvoir d'appréciation (let. a), ou pour constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents (let. b). En revanche, les juridictions administratives n'ont pas compétence pour apprécier l'opportunité de la décision attaquée, sauf exception prévue par la loi (art. 61 al. 2 LPA).

b. L'autorité commet un abus de son pouvoir d'appréciation tout en respectant les conditions et les limites légales, si elle ne se fonde pas sur des motifs sérieux et objectifs, se laisse guider par des éléments non pertinents ou étrangers au but des règles ou viole des principes généraux tels que l'interdiction de l'arbitraire et de l'inégalité de traitement, les principes de la bonne foi et de la proportionnalité (ATA/327/2018 du 10 avril 2018 et les références citées). 4) a. La LHOM s'applique à tous les magasins sis sur le territoire du canton de Genève (art. 1 LHOM). Le département est chargé de l'application de la LHOM (art. 2 LHOM).

b. Sous réserve des régimes particuliers et des dispositions relatives aux fermetures retardées, l'heure de fermeture ordinaire des magasins est 19h00 (art. 9 al. 1 LHOM). L'heure de fermeture du vendredi est 19h30 (art. 9 al. 2 LHOM). Celle du samedi est 18h00 (art. 9 al. 3 LHOM). Les magasins peuvent rester ouverts un soir par semaine jusqu'à 21h00 (art. 14 LHOM).

Sous réserve de dispositions particulières de la LHOM, tous les magasins qui ne sont pas au bénéfice d'une disposition dérogatoire de l'ordonnance 2 relative à la loi sur le travail du 10 mai 2000 (OLT 2 - RS 822.112) doivent être fermés le dimanche et les jours fériés légaux (art. 16 LHOM).

- 8/15 - A/3148/2019

c. Selon l'art. 4 let. d LHOM, ne sont pas soumis à la loi sur les horaires d'ouverture les magasins, à condition qu'ils n'occupent pas de personnel les dimanches et jours fériés légaux, ainsi qu'au-delà des heures de fermeture normales de magasins, étant précisé que ne sont pas considérés comme du personnel les travailleurs exerçant une fonction dirigeante élevée au sens de la LTr et qui sont tenus de s'annoncer au PCTN.

Selon l'art. 1 du règlement d'exécution de la loi sur les heures d'ouverture des magasins du 21 février 1969 (RHOM - I 1 05.01), les travailleurs exerçant une fonction dirigeante élevée

sont tenus de s'annoncer au département compétent, et remplissent à cet effet une déclaration ad hoc sur le formulaire édicté par le PCTN, tout changement de situation susceptible de modifier l'une ou l'autre des informations ainsi transmises au service devant être immédiatement communiqué (al. 1) ; le PCTN peut en tout temps exiger la production d'autres documents justifiant la fonction dirigeante élevée (al. 2) ; à la demande du PCTN, et en cas de doute de ce dernier concernant l'exercice réel d'une fonction dirigeante élevée au sens de la LTr, l'OCIRT donne son avis.

d. Selon l'art. 4 let. h LHOM, ne sont pas non plus soumis à la loi les magasins et les étalages de marchés considérés comme entreprises familiales au sens de l'art. 4 LTr, à condition qu'ils n'occupent pas de personnel les dimanches et jours fériés légaux, ainsi qu'au-delà des heures de fermeture normales des magasins, et qu'ils observent au moins un jour de fermeture hebdomadaire.

Selon l'art. 4 LTr, la loi sur le travail ne s'applique pas aux entreprises dans lesquelles sont seuls occupés le conjoint ou le partenaire enregistré du chef de l'entreprise, ses parents en ligne ascendante et descendante et leurs conjoints ou leurs partenaires enregistrés, ainsi que les enfants du conjoint ou du partenaire enregistré du chef de l'entreprise (al. 1). Lorsque d'autres personnes que celles qui sont mentionnées à l'al. 1 travaillent aussi dans l'entreprise, la loi s'applique uniquement à elles (al. 2). Certaines prescriptions de la loi peuvent, par ordonnance, être rendues applicables à des jeunes gens membres de la famille du chef de l'entreprise selon l'al. 1, si c'est nécessaire pour protéger leur vie ou leur santé ou pour sauvegarder leur moralité (al. 3). 5 a. La LTr s'applique, sous réserve des art. 2 à 4 LTr, à toutes les entreprises publiques et privées (art. 1 al. 1 LTr).

b. Sont notamment exclus du champ d'application de la LTr les travailleurs exerçant une « fonction dirigeante élevée » (art. 3 let. d LTr).

Cette notion a pour but de ne pas entraver, par une intervention du droit public, les décisions que peuvent être amenées à prendre, pour les besoins de l'entreprise, les personnes qui ont la charge de ses affaires (ATA J. et N. S.A. du 23 août 1995).

- 9/15 - A/3148/2019

Le législateur est parti de l'idée que les personnes exerçant une « fonction dirigeante élevée » n'avaient pas besoin de protection de droit public (ATF 98 Ib 347 consid. 2 ; ATA/665/2012 du 2 octobre 2012).

c. Aux termes de l'art. 9 OLT1, exerce une « fonction dirigeante élevée » quiconque dispose, de par sa position et sa responsabilité et eu égard à la taille de l'entreprise, d'un pouvoir de décision important, ou est en mesure d'influencer fortement des décisions de portée majeure concernant notamment la structure, la marche des affaires et le développement d'une entreprise ou d'une partie d'entreprise.

d. Le fait que la loi ne parle pas simplement de fonction dirigeante mais de « fonction dirigeante élevée », doit conduire à une interprétation plutôt restrictive de l'art. 3 let. d LTr (ATF 126 III 337 consid. 5a ; 98 Ib 347 consid. 2 ; ATA/424/2014 du 12 juin 2014 ; ATA/665/2012 précité, ATA J. et N. S.A. du 15 janvier 1997 ; ATA J. et N. S.A. du 23 août 1995).

Le pouvoir de décision de l'intéressé doit être de nature à influencer de façon durable la marche et la structure de l'entreprise dans son ensemble, ou du moins dans l'une de ses parties importantes. Savoir si une personne exerce une fonction dirigeante élevée est une

question qui doit être tranchée non seulement à la lumière du contrat de travail, mais également sur la base des circonstances concrètes et de la nature réelle du travail exercé (ATF 126 III 337 consid. 5a et les références citées ; 98 Ib 347 consid. 2 ; arrêts du Tribunal fédéral 4C\_157/2005 du 25 octobre 2005 consid. 5.2 ; 4C\_310/2002 du 14 février 2003 consid. 5.2 ; ATA/424/2014 précité, ATA/665/2012 précité, ATA J. et N. S.A. du 15 janvier 1997 ; ATA J. et N. S.A. du 23 août 1995 ; ATA G. S.A. du 5 février 1992 ; ATA H.O.L. S.A. du 24 juin 1987 ; SECO, Commentaire de la LTr et des OLT 1 et 2, état en décembre 2019, consultable en ligne sur le site [https://www.seco.admin.ch/seco/fr/home/Publikationen\\_Dienstleistungen/Publikationen\\_und\\_Formulare/Arbeit/Arbeitsbedingungen/Wegleitungen\\_zum\\_Arbeitsgesetz/wegleitung-zum-arbeitsgesetz-und-den-verordnungen-1-und-2.html](https://www.seco.admin.ch/seco/fr/home/Publikationen_Dienstleistungen/Publikationen_und_Formulare/Arbeit/Arbeitsbedingungen/Wegleitungen_zum_Arbeitsgesetz/wegleitung-zum-arbeitsgesetz-und-den-verordnungen-1-und-2.html)).

Le fait qu'un travailleur bénéficie d'une position de confiance au sein de l'entreprise ne permet pas à lui seul d'admettre que cette personne y exerce une fonction dirigeante. Ni la compétence d'engager l'entreprise par sa signature ou de donner des instructions, ni l'ampleur du salaire ne constituent en soi des critères décisifs (ATF 126 III 337 consid. 5a ; arrêts du Tribunal fédéral 4C\_157/2005 du 25 octobre 2005 consid. 5.2 ; 4C\_322/1996 du 4 juillet 1997 consid. 2b/aa ; Thomas GEISER, Commentaire de la loi sur le travail, 2005, ch. 19 à 22 ad art. 3 LTr; Manfred REHBINDER/Richard Alfred MÜLLER, Arbeitsgesetz, 5ème éd., 1998,

- 10/15 - A/3148/2019 n. 1 ad art. 3 al. 1 let. d, p. 38 ; Friedrich Walter BIGLER, Kommentar zum Arbeitsgesetz, 3ème éd., n. 7 ad art. 3 LTr).

En tout état de cause, il faut trancher la question de cas en cas, sans égard ni au titre ni à la formation reçue par la personne concernée, mais d'après la nature réelle de la fonction et en tenant compte des dimensions de l'entreprise (ATF 126 III 337 consid. 5a et les références citées).

e. Aux termes de l'art. 18 al. 1 LTr, du samedi à 23 heures au dimanche à 23 heures, il est interdit d'occuper des travailleurs. Les dérogations prévues à l'art. 19 LTr sont réservées. Le jour de repos hebdomadaire est, sauf exception, le dimanche (art. 21 al. 1 OLT 1). 6) a. En l'espèce, il n'est pas douteux que les recourants sont les dirigeants de A\_\_\_\_\_ Snc et les directeurs effectifs du magasin H\_\_\_\_\_ franchisé de la place E\_\_\_\_\_, qu'ils assument à ce titre la direction effective du magasin, les responsabilités managériales ainsi que le risque économique de l'entreprise. Ils ont le pouvoir d'engager l'entreprise, ce qu'ils ont fait par le contrat de franchise avec H\_\_\_\_\_, par les contrats de prêt leur procurant des liquidités, par les contrats de travail pour l'engagement du personnel, par les contrats avec les assurances et enfin par les contrats d'achat avec les fournisseurs (cf. ATA/10/2014 du 7 janvier 2014, consid. 7 ; ATA/665/2012 du 2 octobre 2012, consid. 8)

b. L'OCIRT a toutefois considéré que la relation de franchise liant les recourants à H\_\_\_\_\_ plaçait ces derniers dans une position subordonnée et les privait de fait de l'autonomie décisionnelle caractérisant la fonction dirigeante élevée.

c. L'OCIRT s'est fondée sur le Commentaire du SECO à propos de l'art. 4 LTr, lequel retient que par contrat de franchise le preneur de franchise s'intègre à un système de marketing appartenant au donneur de franchise et développé par ce dernier, afin d'agir par rapport aux clients comme un représentant du donneur de franchise – qui est le plus souvent un grossiste – et d'offrir une prestation déterminée.

Selon le SECO, le preneur de franchise est en règle générale juridiquement et économiquement indépendant, sauf par exemple dans les cas où le donneur de franchise a une participation financière. Le preneur de franchise assume ainsi l'intégralité du risque de l'entreprise tandis que le donneur de franchise peut prendre des décisions importantes.

De l'avis du SECO, la capacité de prendre ces décisions peut, selon son ampleur, être considérée comme un rapport de subordination entre preneur et donneur de franchise (le contrat de franchise ressemblant alors au contrat de

- 11/15 - A/3148/2019 travail). Le donneur de franchise peut par exemple imposer certaines heures d'ouverture. En raison de ce pouvoir de décision du donneur de franchise, l'entreprise franchisée ne peut en général être considérée comme une entreprise familiale.

Le contrat de franchise étant un contrat innommé, les parties ont une grande liberté dans la stipulation du contrat. La portée des décisions qui incombent au donneur de franchise, respectivement la compétence pour prendre de telles décisions, varie d'un contrat à l'autre. Ainsi, des entreprises franchisées pourraient dans certains cas correspondre à la définition d'entreprise familiale. Les conditions pour un tel cas sont la responsabilité économique exclusive et la gestion indépendante des affaires.

Le SECO indique qu'en cas de doute, c'est au preneur de franchise de prouver qu'il n'est pas lié économiquement au donneur de franchise (par ex. : par une participation au chiffre d'affaires du donneur de franchise) et qu'il gère seul son entreprise : en d'autres termes, le contrat ne doit prévoir aucune obligation en matière de politique du personnel, d'heures d'ouverture etc. (SECO, Loi sur le travail Commentaire de la loi et des ordonnances 1 et 2 ; [https://www.seco.admin.ch/seco/fr/home/Publikationen\\_Dienstleistungen/Publikationen\\_und\\_Formulare/Arbeit/Arbeitsbedingungen/Wegleitungen\\_zum\\_Arbeitsgesetz/wegleitung-zum-arbeitsgesetz-und-den-verordnungen-1-und-2.html](https://www.seco.admin.ch/seco/fr/home/Publikationen_Dienstleistungen/Publikationen_und_Formulare/Arbeit/Arbeitsbedingungen/Wegleitungen_zum_Arbeitsgesetz/wegleitung-zum-arbeitsgesetz-und-den-verordnungen-1-und-2.html)).

d. En l'espèce, le contrat de franchise liant les recourants à H\_\_\_\_\_ a été établi par cette dernière et semble standardisé.

Le contrat réserve à H\_\_\_\_\_ un pouvoir et une influence considérables. Il impose aux recourants des horaires minimaux d'ouverture, H\_\_\_\_\_ devant donner son accord écrit à toute exception. Il réserve à H\_\_\_\_\_ la planification et l'aménagement du magasin, étant précisé que H\_\_\_\_\_ fournit le mobilier et les aménagements et doit donner son accord à toute modification. Il réserve à H\_\_\_\_\_ la responsabilité du marketing. Il engage les recourants à acheter l'ensemble de l'assortiment auprès de H\_\_\_\_\_ ou des fournisseurs désignés par celle-ci. Il oblige les recourants à proposer constamment un assortiment complet. Il impose aux recourants le respect des directives de H\_\_\_\_\_ en termes de présentation (layout). Il réserve plus généralement à H\_\_\_\_\_ le pouvoir de donner en tout temps toute instruction nécessaire aux fins de la mise en œuvre cohérente et homogène du système de franchise.

Certes, les prix fournis par H\_\_\_\_\_ ne sont que « conseillés », mais ils figurent sur les produits et/ou les étiquettes, et les recourants sont engagés par le contrat à respecter scrupuleusement les directives du contrat et ses annexes établies par H\_\_\_\_\_ quant à, notamment, la politique de prix (contrat, chiffre 8.2).

- 12/15 - A/3148/2019

S'agissant de l'approvisionnement, H\_\_\_\_\_ ou le tiers fournisseur qu'elle a désigné « sont autorisés à adapter en tout temps les conditions de livraison (en particulier les prix et les conditions de commissions) » (contrat, art. 12.2).

Combinées, ces contraintes liées à l'approvisionnement réduisent très significativement l'autonomie des recourants sur l'élément central du commerce de détail.

Enfin, le contrat réserve à H\_\_\_\_\_ un droit de contrôle très étendu sur l'aménagement, l'assortiment, la tenue du magasin ainsi que sur la comptabilité et les pièces comptables, étant précisé que le plan comptable est « mis à disposition » des franchisés par H\_\_\_\_\_.

C'est ainsi sans commettre ni excès ni abus de son pouvoir d'appréciation que l'autorité intimée a retenu que les recourants ne disposaient pas de l'autonomie nécessaire pour se voir reconnaître le statut de fonction dirigeante supérieure.

e. Il sera encore observé qu'au plan économique, le contrat de franchise a principalement pour effet de déplacer le risque économique sur les recourants tout en garantissant un débouché et une visibilité commerciale aux produits et à la marque H\_\_\_\_\_.

Au plan économique toujours, les recourants semblent avoir choisi, pour assurer la rentabilité de leur entreprise, de travailler le dimanche, de sorte que la franchise aurait également pour effet de permettre l'écoulement des produits H\_\_\_\_\_ en dehors des horaires fixés par la loi et à un emplacement central ne pouvant bénéficier des dérogations de cette dernière (gares, aéroports, stations-service, par ex.).

Si l'on examine le bénéfice économique que leur procurerait la franchise, les recourants déclarent des salaires bruts mensuels de CHF 6'000.-, soit apparemment des rémunérations fixes, sans mentionner de participation au bénéfice de la société. Ces rémunérations correspondent pour les recourants à une activité de 55 heures environ par semaine en moyenne, dimanche non compris, à s'en tenir aux relevés produits par ces derniers.

De telles rémunérations ne correspondent pas à celle relative à une fonction dirigeante élevée, ni au regard de la taille du distributeur qui leur a accordé la franchise ni au regard des chiffres publiés par l'office cantonal de la statistique : dans le canton de Genève le salaire mensuel brut médian standardisé s'élevait en effet en 2016 CHF 5'158.- pour le commerce de détail (premier quartile : CHF 4'469.- ; troisième quartile : CHF 6'356.-), et à CHF 10'102.- pour un cadre inférieur et CHF 13'774.- pour un cadre moyen à supérieur toutes branches économiques confondues (v. tableaux de l'OCSTAT pour 2016 et consultables en

- 13/15 - A/3148/2019 ligne sur le site : [#17](https://www.ge.ch/statistique/domaines/03/03_04/tableaux.asp) ; ATA/10/2014 du 7 janvier 2014 consid. 7 ; ATA/665/2012 du 2 octobre 2012 consid. 8).

Au contraire, ces salaires de CHF 6'000.- brut corroborent l'analyse selon laquelle les recourants sont de fait dans une position de subordination à l'égard de H\_\_\_\_\_, y compris sous l'angle de la rémunération. 7)

Les recourants reprochent encore à l'OCIRT d'avoir dénié à leur entreprise le caractère d'entreprise familiale.

a. Selon le commentaire du SECO cité, les entreprises familiales se divisent en deux catégories : d'une part, les entreprises purement familiales qui occupent tout au plus le conjoint ou le partenaire enregistré de l'employeur, ses parents en ligne ascendante et

descendante et leurs conjoints ou leurs partenaires enregistrés, ainsi que les enfants du conjoint ou du partenaire enregistré du chef de l'entreprise ; d'autre part, les entreprises familiales mixtes, où les membres de la famille de l'employeur travaillent avec des tiers. Dans une entreprise familiale, le chef d'entreprise et les membres de sa famille assument seuls la responsabilité économique de l'entreprise. De plus, la gestion des affaires est du seul ressort du chef d'entreprise. Les personnes morales ne peuvent être qualifiées d'entreprises familiales. Selon l'interprétation historique de cette norme, seules les personnes physiques peuvent avoir une relation familiale au regard du droit (ATF 139 II 529). Le désir du législateur était en effet celui de ne pas s'immiscer dans les relations de famille. Les membres d'une famille travaillent ensemble dans un esprit d'entraide et selon d'autres modalités que s'ils étaient entièrement étrangers les uns aux autres. Comme la loi a pour objectif la protection des travailleurs, cette exclusion du champ d'application doit être interprétée de façon restrictive (ibidem).

b. En l'espèce, les recourants exploitent le magasin au travers d'une société en nom collectif, qui emploie une dizaine de personnes, dont la moitié à peine appartient à leurs familles. Les trois membres des familles des recourants possèdent par ailleurs des statuts équivalents aux autres employés.

C'est ainsi sans commettre ni excès ni abus de son pouvoir d'appréciation que l'OCIRT n'a pas retenu l'existence d'une entreprise familiale.

Au vu de ce qui précède, le recours devra être rejeté. 8)

Un émolument de CHF 1'000.- sera mis à la charge des recourants (art. 87 al. 1 LPA), qui succombent. Vu l'issue du litige, aucune indemnité de procédure ne leur sera allouée (art. 87 al. 2 LPA).

- 14/15 - A/3148/2019 \* \* \* \* \*

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.