

## **GE\_GERICHTE ATA/665/2012 vom 2. Oktober 2012**

GE Cour de justice, 2012-10-02, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATA\\_665\\_2012](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATA_665_2012)

FR: GE\_GERICHTE ATA/665/2012 du 2 octobre 2012

IT: GE\_GERICHTE ATA/665/2012 del 2 ottobre 2012

### **Regeste**

Résumé: Dans la mesure notamment où les gérants des succursales de la recourante n'étaient pas habilités à prendre les décisions importantes et stratégiques concernant la société, n'avaient pas le pouvoir d'engager du personnel, ne pouvaient choisir ni leurs fournisseurs ni leurs horaires de travail ni la durée de leurs vacances, n'avaient pas libre accès aux comptes de l'entreprise, avaient des salaires mensuels se situant entre CHF 3'750.- et CHF 4'750.-, ils n'exerçaient pas de fonction dirigeante élevée et étaient soumis à la législation sur le travail. La recourante devait donc respecter les horaires d'ouverture et de fermeture ordinaires des magasins, ainsi que l'interdiction d'occuper des travailleurs le dimanche.

### **Erwägungen**

#### **E. 26**

septembre 2010 - LOJ - E 2 05 ; art. 17A al. 1 let. b et 62 al. 1 let. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10). 2)

La qualité pour recourir d'X\_\_\_\_\_ mérite examen, dans la mesure où la recourante persiste à contester la décision du Scm du 27 juillet 2011, alors que cette dernière concerne des succursales ayant été radiées du RC dans l'intervalle.

a. La chambre de céans examine d'office et librement la recevabilité des recours qui lui sont soumis (ATA/343/2012 du 5 juin 2012 ; ATA/68/2012 du

#### **E. 31**

janvier 2012 ; ATA/191/2011 du 22 mars 2011 ; ATA/396/2010 du 8 juin 2010 ; ATA/277/2010 du 27 avril 2010).

b. Aux termes de l'art. 60 al. 1 LPA, ont qualité pour recourir les parties à la procédure qui a abouti à la décision attaquée (let. a), ainsi que toute personne qui

- 9/15 - A/2349/2011 est touchée directement par une décision et a un intérêt personnel digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée (let. b).

La chambre administrative a déjà jugé que les let. a et b de la disposition précitée doivent se lire en parallèle : le particulier qui ne peut faire valoir un intérêt digne de protection ne saurait être admis comme partie recourante, même s'il était partie à la procédure de première instance (ATA/343/2012 précité ; ATA/98/2012 du 21 février 2012 ; ATA/5/2009 du 13 janvier 2009 et les références citées).

c. Selon la jurisprudence, le recourant doit avoir un intérêt pratique à l'admission du recours, soit que cette admission soit propre à lui procurer un avantage, de nature économique, matérielle ou idéale (ATF 121 II 39 consid. 2 c/aa p. 43 ; Arrêt du Tribunal

fédéral 1A.47/2002 du 16 avril 2002 consid. 3 ; ATA/343/2012 précité ; ATA/188/2011 du 22 mars 2011 ; ATA/146/2009 du 24 mars 2009).

d. Un intérêt digne de protection suppose un intérêt actuel à obtenir l'annulation de la décision attaquée (ATF 135 I 79 consid. 1 ; 128 II 34 consid. 1b ; Arrêt du Tribunal fédéral 1C\_133/2009 du 4 juin 2009 consid. 3 ; H. SEILER, Handkommentar zum Bundesgerichtsgesetz [BGG], Berne 2007, n. 33 ad art. 89 LTF p. 365 ; K. SPUHLER / A. DOLGE / D. VOCK, Kurzkomentar zum Bundesgerichtsgesetz [BGG], Zurich/St-Gall 2006, n. 5 ad art. 89 LTF p. 167). L'existence d'un intérêt actuel s'apprécie non seulement au moment du dépôt du recours, mais aussi lors du prononcé de la décision sur recours ; s'il s'éteint pendant la procédure, le recours, devenu sans objet, doit être simplement radié du rôle (ATF 125 V 373 consid. 1 ; 118 Ib 1 consid. 2 ; Arrêt du Tribunal fédéral 1C\_76/2009 du 30 avril 2009 consid. 2 ; ATA/175/2007 du 17 avril 2007 ; ATA/915/2004 du 23 novembre 2004) ou déclaré irrecevable (ATF 123 II 285 consid. 4 ; Arrêt du Tribunal fédéral 1C\_69/2007 du 11 juin 2007 consid. 2.3 ; ATA/343/2012 précité ; ATA/188/2011 du 22 mars 2011 ; ATA/192/2009 du 21 avril 2009 ; ATA/640/2005 du 27 septembre 2005).

e. En l'espèce, X\_\_\_\_\_ persiste dans son recours et prie la chambre administrative d'entrer en matière sur le fond du litige, estimant avoir un intérêt pratique et actuel à l'admission du recours.

Il ressort du dossier que les quatre succursales de la société ont été radiées du RC en date du 25 août 2011 en raison de la « cessation de l'exploitation ». X\_\_\_\_\_ a été radiée à son tour le 5 septembre 2011, son siège ayant été transféré dans le canton de Vaud. La plupart des gérants dont il est question dans la décision litigieuse ne travaillent plus pour la recourante.

Dans la mesure où toutes les sociétés concernées par la décision litigieuse ont été radiées du RC, les faits à la base de la décision querellée ne sont désormais

- 10/15 - A/2349/2011 plus les mêmes, celle-ci visant des personnes qui ont quitté l'entreprise ou qui travaillent auprès d'autres sociétés. Dans ces circonstances, le recours n'a a priori plus d'objet et la recourante n'a plus d'intérêt pratique et actuel à obtenir l'annulation de la décision précitée, et, partant, plus d'intérêt à l'admission de son recours.

La question de la recevabilité du recours peut toutefois demeurer ouverte vu ce qui suit. 3)

La recourante sollicite l'audition de témoins.

a. Selon la jurisprudence fondée sur l'art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101), le droit d'être entendu comprend pour l'intéressé celui d'offrir des preuves pertinentes, de prendre connaissance du dossier, d'obtenir qu'il soit donné suite à ses offres de preuves pertinentes, de participer à l'administration des preuves essentielles ou à tout le moins de s'exprimer sur son résultat, lorsque cela est de nature à influencer sur la décision à rendre (ATF 132 II 485 consid. 3.2 ; 127 I 54 consid. 2b ; 127 III 576 consid. 2c ; Arrêt du Tribunal fédéral 1C\_424/2009 du 6 septembre 2010 consid. 2). Le droit de faire administrer des preuves n'empêche cependant pas le juge de renoncer à l'administration de certaines preuves offertes et de procéder à une appréciation anticipée de ces dernières, en particulier s'il acquiert la certitude que celles-ci ne l'amèneront pas à modifier son opinion ou si le fait à établir résulte déjà des constatations ressortant du dossier (ATF 134 I 140 consid. 5.3 ; 131 I 153 consid. 3 ; Arrêts du Tribunal fédéral 2C\_58/2010 du 19 mai 2010 consid. 4.3 ; 4A\_15/2010 du 15 mars 2010

consid. 3.2 et les arrêts cités ; ATA/432/2008 du 27 août 2008). Le droit d'être entendu découlant de l'art. 29 al. 2 Cst. ne comprend pas le droit d'obtenir l'audition de témoins. En effet, l'autorité peut mettre un terme à l'instruction lorsque les preuves administrées lui ont permis de former sa conviction et que, procédant d'une manière non arbitraire à une appréciation anticipée des preuves qui lui sont encore proposées, elle a la certitude qu'elles ne pourraient l'amener à modifier son opinion (ATF 130 II 425 consid. 2.1 p. 429 ; Arrêt du Tribunal fédéral 2C\_111/2012 du 25 juillet 2012 consid. 3.1).

b. En l'espèce, le dossier étant complet, la chambre de céans dispose des éléments nécessaires pour statuer sans donner suite à la demande d'auditions présentée par X\_\_\_\_\_.

4)

La recourante soutient qu'elle pouvait déroger aux horaires habituels d'ouverture et de fermeture des magasins, dans la mesure où les gérants des points de vente concernés par la décision litigieuse exerçaient une fonction dirigeante élevée.

- 11/15 - A/2349/2011 5) a. La loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce du 13 mars 1964 (LTr - RS 822.11) s'applique, sous réserve des art. 2 à 4, 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).

c. Aux termes de l'art. 9 de l'ordonnance 1 relative à la loi sur le travail du 10 mai 2000 (OLT 1 - RS 822.111), 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 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 J. et N. S.A. du 15 janvier 1997).

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 J. et N. S.A. du 15 janvier 1997 ; ATA J. et N. S.A. du 23 août 1995). 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).

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 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 ; Secrétariat d'Etat à l'économie, commentaire de la LTr et des OLT 1 et 2, 6ème mise à jour 2011, p. 109-1,

consultable en ligne sur le site <http://www.seco.admin.ch/dokumentation/publikation/00009/00027/01569/index.html?lang=fr>).

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

- 12/15 - A/2349/2011 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 ; TH. GEISER, Commentaire de la loi sur le travail, Berne 2005, ch. 19 à 22 ad art. 3 LTr ; REHBINDER/MÜLLER, Arbeitsgesetz, 5ème éd., n. 1 ad art. 3 al. 1 let. d, p. 38 ; F. WALTER BIGLER, Kommentar zum Arbeitsgesetz, 3ème éd., n. 7 ad art. 3 LTr). 6) a. 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.

b. Le jour de repos hebdomadaire est, sauf exception, le dimanche (art. 21 al. 1 OLT 1). 7)

a. La loi sur les heures d'ouverture des magasins du 15 novembre 1968 (LHOM - I 1 05) s'applique à tous les magasins sis sur le territoire du canton de Genève (art. 1 LHOM). Le département des affaires régionales, de l'économie et de la santé (ci-après : le département) est chargé de l'application de la LHOM (art. 2 LHOM).

b. L'art. 4 let. b LHOM prévoit que ne sont notamment pas assujettis 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 des magasins ; ne sont pas considérés comme du personnel au sens de cette disposition les travailleurs exerçant une fonction dirigeante élevée au sens de la LTr et qui sont tenus de s'annoncer au département.

c. Sous réserve des régimes particuliers et des dispositions relatives aux fermetures retardées, l'heure de fermeture ordinaire des magasins est 19 heures (art. 9 al. 1 LHOM). L'heure de fermeture du vendredi est 19 heures 30 (art. 9 al. 2 LHOM). Celle du samedi est 18 heures (art. 9 al. 3 LHOM). Les magasins peuvent rester ouverts un soir par semaine jusqu'à 21 heures (art. 14 LHOM).

d. 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).

e. Tout exploitant, gérant ou mandataire responsable d'un magasin est tenu de fournir en tout temps, sur demande, tous renseignements utiles pour l'exécution de la LHOM et de son règlement, au département ou aux agents désignés par lui à cet effet (art. 30 al. 1 LHOM). Les travailleurs exerçant une fonction dirigeante élevée au sens de l'art. 3 let. d LTr, visés par l'art. 4 let. b LHOM, sont tenus de s'annoncer au département (art. 30 al. 2 LHOM).

- 13/15 - A/2349/2011

f. Aux termes de 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, en application de l'art. 30 al. 2 LHOM, de s'annoncer au département et remplissent à cet effet une déclaration ad hoc sur le formulaire édicté par le Scm. Tout changement de situation susceptible de modifier l'une ou l'autre des informations ainsi transmises audit service doit lui être immédiatement communiqué (al. 1).

Le Scom peut en tout temps exiger la production d'autres documents justifiant la fonction dirigeante élevée (al. 2). A la demande du Scom, 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 (al. 3). Le Scom tient un registre des déclarations des travailleurs exerçant une fonction dirigeante élevée (al. 4). 8)

En l'espèce, il n'est pas contesté que les points de vente contrôlés par l'autorité intimée étaient ouverts en-dehors des horaires habituels d'ouverture des magasins, notamment le dimanche, en raison des fonctions dirigeantes élevées alléguées.

Selon les contrats de travail des anciens gérants concernés par la décision litigieuse, les horaires habituels étaient en principe de 9 heures à 19 heures du lundi au vendredi et de 9 heures à 18 heures le samedi. Les intéressés organisaient leurs horaires et adaptaient leur temps de travail à l'accomplissement de leurs tâches. Si la bonne marche des affaires l'exigeait, les employés étaient tenus d'effectuer des heures de travail supplémentaires, comprises dans le salaire et non compensées ; ils ne pouvaient alors compter que sur eux-mêmes et sur tout autre employé ayant une position identique à la leur. Le droit aux vacances était de quatre semaines, celles-ci étant fixées d'entente entre les parties. Les gérants étaient soumis aux instructions et directives de l'employeur qu'ils avaient l'obligation de respecter et dépendaient hiérarchiquement du conseil d'administration ou de son représentant. Leurs salaires mensuels bruts se situaient entre CHF 3'750.- et CHF 4'750.-, auxquels s'ajoutait un pourcentage du chiffre d'affaires de la succursale variant entre 0,75% et 1,5%. Chaque gérant recevait une action d'X\_\_\_\_\_ d'une valeur nominale de CHF 1'000.-, sur laquelle la société avait un droit de réméré.

Il ressort du dossier que, même si les anciens gérants disposaient d'une certaine autonomie dans la gestion quotidienne de la succursale dans laquelle ils travaillaient et qu'ils participaient aux réunions de direction, les décisions importantes et stratégiques concernant la société étaient prises par M. W\_\_\_\_\_. Les gérants n'avaient pas le pouvoir d'engager du personnel, mais uniquement celui de faire des propositions. Ils ne détenaient qu'une seule action d'une valeur nominale de CHF 1'000.- alors que le capital-actions de la société était de CHF 2'500'000.-. Ils ne pouvaient pas choisir leurs fournisseurs, étant limités à la liste de la centrale d'achat. Ils n'avaient pas libre accès aux comptes de

- 14/15 - A/2349/2011 l'entreprise. Leur droit de signature collective à deux ne leur permettait d'engager que la succursale dans laquelle ils travaillaient. Ils devaient respecter l'horaire de travail établi et ne pouvaient pas quitter en tout temps leur lieu de travail. Leurs contrats ne leur permettaient pas de choisir librement la durée et la période des vacances. Enfin, leurs salaires ne correspondaient pas à une fonction dirigeante élevée, au regard des chiffres publiés par l'office cantonal de la statistique (ci-après : OCSTAT) : dans le canton de Genève, le salaire mensuel brut médian standardisé dans le commerce du détail s'élève à CHF 6'500.- pour un travail indépendant et très qualifié, respectivement à CHF 9'183.- pour les travaux les plus exigeants et les tâches les plus difficiles ; il atteint en moyenne CHF 11'889.- pour un cadre moyen et CHF 13'200.- pour un cadre supérieur, toutes branches économiques confondues (cf. tableaux de l'OCSTAT mis à jour le 2 avril 2012 et consultables en ligne sur le site : [http://www.ge.ch/statistique/domaines/03/03\\_04/tableaux.asp#1](http://www.ge.ch/statistique/domaines/03/03_04/tableaux.asp#1)).

Au moment où l'autorité intimée a statué, la seule personne habilitée à prendre de façon autonome des décisions dans les affaires essentielles de la société dans son ensemble et

pouvant influencer cette dernière de manière durable par ses actes était M. W\_\_\_\_\_, à l'exclusion de toute autre, bien que l'intéressé ait indiqué passer une partie de son temps au Brésil.

Dans la mesure où les anciens gérants visés par la décision litigieuse n'exerçaient pas de fonction dirigeante élevée, ils étaient soumis à la législation sur le travail. La recourante devait donc respecter les dispositions y relatives, notamment les horaires d'ouverture et de fermeture ordinaires des magasins, ainsi que l'interdiction d'occuper des travailleurs le dimanche. Le fait que les intéressés aient signé des déclarations selon lesquelles ils exerçaient une fonction dirigeante élevée n'y change rien, dans la mesure où c'est la nature réelle de leur travail qui prévaut.

Au vu de ce qui précède, la décision querellée sera confirmée. 9)

Le recours sera rejeté dans la mesure où il est recevable. Un émolument de CHF 1'000.- sera mis à la charge de la recourante (art. 87 al. 1 LPA). Vu l'issue du litige, aucune indemnité ne lui sera allouée (art. 87 al. 2 LPA).

\* \* \* \* \*

- 15/15 - A/2349/2011

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