

# GE\_GERICHTE A/566/2013 vom 7. Januar 2014

GE Cour de justice, 2014-01-07, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_A\\_566\\_2013](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_A_566_2013)

FR: GE\_GERICHTE A/566/2013 du 7 janvier 2014

IT: GE\_GERICHTE A/566/2013 del 7 gennaio 2014

## Regeste

; CONDITION DE RECEVABILITÉ ; MANDATAIRE ; REPRÉSENTATION EN PROCÉDURE ; DROIT DU TRAVAIL ; LOI FÉDÉRALE SUR LE TRAVAIL DANS L'INDUSTRIE, L'ARTISANAT ET LE COMMERCE ; HORAIRE D'EXPLOITATION ; MAGASIN ; FONCTION ; GÉRANT(SENS GÉNÉRAL) | Bien que M. N. dispose d'une certaine autonomie dans la gestion quotidienne du magasin, les décisions importantes et stratégiques concernant la société sont prises par les recourants. Investi d'un pouvoir de signature collective à deux avec l'un des deux recourants, il ne peut pas représenter seul la société, ni accéder aux comptes de cette dernière. Tenu d'assurer une présence continue durant les jours et heures ouvrables du magasin, il ne peut pas quitter en tout temps son lieu de travail et son contrat ne lui permet pas de choisir librement la durée et la période de ses vacances. Rémunéré par un salaire fixe de CHF 3'500 pour un taux d'activité de 80 %, il n'encourt aucun risque en cas de déficits et ne perçoit aucune participation en cas de bénéfices de la société. De plus, son salaire ne correspond pas à une fonction dirigeante élevée, au regard des chiffres publiés par l'OCSTAT. Dans ces circonstances, c'est à juste titre que le service a refusé d'entrer en matière sur la déclaration de fonction dirigeante élevée du magasin de la rue de B. établie en faveur de M. N.. | LPA.64; LPA.9.al1; CO.12; CO.14.al1; LHOM.1; LHOM.2; LHOM.4.letb; LHOM.9.al1; LHOM.9.al2; LHOM.9.al3; LHOM.14; LHOM.16; LHOM.30.al1; LHOM.30.al2; RHOM.1.al1; RHOM.1.al2; RHOM.1.al3; RHOM.1.al4; LTr.3.letd

## Erwägungen

### E. 1

ère section dans la cause Madame et Monsieur A\_\_\_\_\_ représentés par Assistance tous travaux administratifs et comptables S.à r.l. (ATTAC GE), mandataire contre SERVICE DU COMMERCE EN FAIT 1) Madame Et Monsieur A\_\_\_\_\_ exploitent deux magasins d'alimentation, boissons et tabacs aux adresses rue de B\_\_\_\_\_, Ville de Genève (ci-après : magasin de la rue de B\_\_\_\_\_) et rue du G\_\_\_\_\_, commune de Carouge (ci-après : magasin de la rue du G\_\_\_\_\_), sous la société en nom collectif A\_\_\_\_\_ et Cie (ci-après : la société A\_\_\_\_\_). Jusqu'au 31 juin 2012, ils exploitaient également un magasin d'alimentation, boissons et tabacs à l'adresse promenade des X\_\_\_\_\_, commune de Meyrin (ci-après : magasin de la rue des X\_\_\_\_\_). 2) Par courrier du 5 janvier 2012, le service du commerce (ci-après : le service), dépendant depuis le 11 décembre 2013 du département de la sécurité et de l'économie (ci-après : DSE), a confirmé aux époux A\_\_\_\_\_ l'enregistrement de Monsieur N\_\_\_\_\_ en qualité de membre du personnel avec fonction dirigeante élevée du magasin de la rue de B\_\_\_\_\_. Ce magasin pouvait être ouvert au-delà des heures d'ouverture légales des magasins, ainsi que le dimanche et les jours fériés, à conditions que le service à la clientèle soit exclusivement assuré M. N\_\_\_\_\_.

3) Le 27 avril 2012, le service a également confirmé aux époux l'enregistrement de Monsieur Y\_\_\_\_\_ en qualité de membre du personnel avec fonction dirigeante élevée du magasin de la rue du G\_\_\_\_\_. Ce magasin pouvait être ouvert au-delà des heures d'ouverture légales des magasins, ainsi que le dimanche et les jours fériés, à conditions que le service à la clientèle soit exclusivement assuré par M. Y\_\_\_\_\_. 4) Le vendredi 22 juin 2012 à 22h00, le service a procédé à un contrôle au magasin de la rue du G\_\_\_\_\_. Selon le rapport dressé suite à ce contrôle et daté du 25 juin 2012, M. N\_\_\_\_\_ travaillait seul à la caisse sans être habilité à travailler en dehors des heures normales de fermeture dans ce magasin. Enregistré en qualité de fonction dirigeante élevée du magasin de la rue de B\_\_\_\_\_ depuis le 5 janvier 2012, M. N\_\_\_\_\_ ne travaillait plus dans ce magasin. Il avait été remplacé par M. Y\_\_\_\_\_. 5) Par courrier du 29 juin 2012, le service a rappelé aux époux A\_\_\_\_\_ les heures de fermetures légales des commerces genevois. Seuls les employés exerçant des fonctions dirigeantes élevées au sein de l'entreprise, et qui s'étaient annoncés comme tels auprès du service, étaient habilités à travailler au-delà des heures d'ouverture légales, ainsi que le dimanche et les jours fériés. La société A\_\_\_\_\_ devait procéder à l'annonce des membres du personnel avec fonction dirigeante élevée pour le magasin de la rue du G\_\_\_\_\_ en envoyant une déclaration dûment signée et validée par le service. Dans l'intervalle, le magasin de la rue du G\_\_\_\_\_ ne pouvait pas rester ouvert après les heures d'ouverture légales, ainsi que le dimanche et les jours fériés, à moins que le service à la clientèle soit exclusivement assuré par une personne exerçant une fonction dirigeante élevée dans ce magasin et reconnue comme telle. 6) A la même date, par l'intermédiaire de la société Assistance tous travaux administratifs et comptables S.à r.l. (ci-après : la société ATTAC), les époux ont écrit au service. Suite à une réorganisation au sein de l'entreprise, et pour une durée de deux mois, M. Y\_\_\_\_\_ travaillerait en qualité de membre du personnel avec fonction dirigeante élevée du magasin de la rue de B\_\_\_\_\_, et Monsieur K\_\_\_\_\_ travaillerait en qualité de membre du personnel avec fonction dirigeante élevée du magasin de la rue du G\_\_\_\_\_. L'exploitation du magasin de la rue des X\_\_\_\_\_ serait interrompue dès le 1<sup>er</sup> juillet 2012. Ce courrier était signé uniquement par une collaboratrice de la société ATTAC. 7) Le samedi 14 juillet 2012 à 21h55, le service a procédé à un nouveau contrôle au magasin de la rue du G\_\_\_\_\_. Selon le rapport dressé suite à ce contrôle et daté du 25 juillet 2012, Monsieur Z\_\_\_\_\_ travaillait seul à la caisse sans être habilité à travailler en dehors des heures légales d'ouverture et de fermeture dans ce magasin. 8) Le jeudi 2 août 2012 à 22h05, le service a procédé à un troisième contrôle au magasin de la rue du G\_\_\_\_\_. Selon le rapport dressé suite à ce contrôle et daté du 7 août 2012, Monsieur H\_\_\_\_\_ travaillait seul à la caisse sans être habilité à travailler en dehors des heures légales d'ouverture dans ce magasin. 9) Le 3 août 2012, l'office cantonal de l'inspection et de relation du travail (ci-après : OCIRT), a écrit aux époux. Les déclarations de fonctions dirigeantes élevées de MM K\_\_\_\_\_, Y\_\_\_\_\_ et N\_\_\_\_\_ faisaient l'objet d'un examen approfondi. Afin de pouvoir se prononcer, il souhaitait connaître leur pouvoir d'engager la société A\_\_\_\_\_, l'étendue de leur pouvoir décisionnel, leur participation au chiffre d'affaire, le libre choix de leurs horaires et leurs vacances ou tout autre élément permettant de constater, au-delà des simples affirmations qu'ils exerçaient de manière effective une fonction dirigeante élevée. Jusqu'à ce qu'une décision soit prise, ces personnes n'étaient pas autorisées à travailler les dimanches et les jours fériés. 10) Par décision du 10 août 2012, remise en mains propres, le service a ordonné la fermeture du magasin de la rue du G\_\_\_\_\_ avec effet immédiat pour une durée de cinq jours, soit du 10 août 2012 à 15h30 au 15 août 2012 à 15h30. Ce dernier était exploité en violation des

prescriptions légales applicables aux heures d'ouverture des magasins et ce, de manière répétée. Cette décision était exécutoire nonobstant recours. 11) Le dimanche 9 septembre 2012 à 11h15, le service a procédé à un nouveau contrôle au magasin de la rue du G\_\_\_\_\_. Selon le rapport dressé suite à ce contrôle et daté du 27 septembre 2012, M. Z\_\_\_\_\_ travaillait seul à la caisse sans être habilité à travailler en dehors des heures légales d'ouverture dans ce magasin. 12) Le samedi 6 septembre 2012 ( recte : 6 octobre 2012) à 18h35, le service a procédé à un nouveau contrôle au magasin de la rue du G\_\_\_\_\_. Selon le rapport dressé suite à ce contrôle et daté du 9 octobre 2012, M. Y\_\_\_\_\_ travaillait seul à la caisse sans être habilité à travailler en dehors des heures légales d'ouverture dans ce commerce. L'OCIRT n'avait pas encore statué sur sa déclaration de fonction dirigeante élevée dans ce magasin. Lors de ce contrôle, M. Y\_\_\_\_\_ avait déclaré qu'il devait travailler également le lendemain, soit le dimanche 7 octobre 2012. 13) Par décision du 19 octobre 2012 remise en mains propres, le service a ordonné la fermeture du magasin de la rue du G\_\_\_\_\_ avec effet immédiat pour une durée de dix jours, soit du 19 octobre 2012 à 15h30 au 29 octobre 2012 à 15h30. Ce dernier était exploité en violation des prescriptions légales applicables aux heures d'ouverture des magasins et ce, de manière répétée. Cette décision était exécutoire nonobstant recours. 14) Le 21 novembre 2012, par l'intermédiaire de la société ATTAC, les époux A\_\_\_\_\_ ont écrit au service. Suite à la période de flottement qui avait eu lieu durant l'été dans le cadre de la gestion de leurs magasins, ils priaient le service de bien vouloir confirmer l'enregistrement de M. N\_\_\_\_\_ en qualité d'employé avec fonction dirigeante du magasin de la rue de B\_\_\_\_\_, ainsi que l'enregistrement de M. Y\_\_\_\_\_ en qualité d'employé avec fonction dirigeante du magasin de la rue du G\_\_\_\_\_. Le courrier était signé uniquement par une collaboratrice de la société ATTAC. 15) Par courrier du 28 novembre 2012 envoyé à l'adresse de la société ATTAC, le service a répondu aux époux. MM. N\_\_\_\_\_ et Y\_\_\_\_\_ n'avaient pas été enregistrés en tant que membres du personnel avec fonction dirigeante élevée dans la mesure où les époux A\_\_\_\_\_ n'avaient pas communiqué les renseignements complémentaires demandés par l'OCIRT en date du 3 août 2012. A ce jour, ces personnes ne pouvaient pas être employées au-delà des heures de fermeture normales des magasins, ainsi que les dimanches et les jours fériés. 16) Le 11 décembre 2012, le service a fait parvenir à la société ATTAC une copie du courrier envoyé le 3 août 2012 par l'OCIRT, qui était resté sans réponse. Les déclarations de fonction dirigeantes élevées établies en faveur de MM. N\_\_\_\_\_ et Y\_\_\_\_\_ étaient suspendues. Vu les changements récemment intervenus dans le cadre de la gestion des points de vente de leur société, les époux A\_\_\_\_\_ étaient invités à procéder à une nouvelle annonce de leurs travailleurs, à laquelle elle devait joindre une copie de leur contrats de travail, un extrait original du registre du commerce de la société, ainsi que tous document permettant de constater que MM. N\_\_\_\_\_ et Y\_\_\_\_\_ disposaient d'un pouvoir de décision important dans l'entreprise. Dans l'intervalle, ces personnes n'étaient pas habilitées à travailler au-delà des heures d'ouverture légales des magasins. 17) Le 19 décembre 2012, les époux ont déposé auprès du service une déclaration de fonction dirigeante élevée en faveur de M. N\_\_\_\_\_ pour le magasin de la rue de B\_\_\_\_\_. En tant que responsable des commandes, des contrôles de la marchandise et de la caisse, M. N\_\_\_\_\_ avait un pouvoir de décision important ou était en mesure d'influencer fortement les décisions de portée majeure (concernant notamment la structure, la marche des affaires et le développement de l'entreprise ou d'une partie de celle-ci). Il choisissait librement les marchandises et les fournisseurs. Il avait le libre accès aux comptes de l'entreprise. Il choisissait librement la durée et la période de ses vacances.

Son salaire mensuel brut était de CHF 3'500.- pour un taux d'activité de 80 %. L'avenant à son contrat de travail, réglant la question de ses responsabilités au sein du magasin était joint à la déclaration. 18) Le samedi 11 janvier 2013 à 22h35, le service a procédé à un nouveau contrôle au magasin de la rue du G\_\_\_\_\_. Selon le rapport dressé suite à ce contrôle et daté du 15 janvier 2013, M. Y\_\_\_\_\_ répondait à la clientèle du magasin sans être habilité à travailler en dehors des heures légales d'ouverture dans ce magasin. Lors de ce contrôle, M. Y\_\_\_\_\_ avait déclaré qu'il devait travailler jusqu'à la fermeture du commerce fixée ce soir-là à minuit. 19) Par courrier non signé déposé le 14 janvier 2013 au guichet du service, les époux ont prié le service de procéder à l'enregistrement de M. N\_\_\_\_\_ en tant qu'employé avec responsabilités pour le magasin de la rue de B\_\_\_\_\_ et à celui de M. Y\_\_\_\_\_ en tant qu'employé avec responsabilités pour le magasin de la rue du G\_\_\_\_\_. 20) Par décision du 1 er février 2013 remise en mains propres, le service a ordonné la fermeture du magasin de la rue du G\_\_\_\_\_ avec effet immédiat pour une durée de quinze jours, soit du 1 er février 2013 à 15h30 au 16 février 2013 à 15h30. Ce dernier était exploité en violation des prescriptions légales applicables aux heures d'ouverture des magasins, et ce de manière répétée. Cette décision était exécutoire nonobstant recours. 21) Par pli recommandé du 4 février 2013, la société A\_\_\_\_\_ a interjeté recours auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre la décision du service du 1 er février 2013. 22) Par courrier daté du même jour, envoyé à l'adresse de la société ATTAC, le service a répondu sous la plume de Monsieur C\_\_\_\_\_, chef de l'inspection au courrier des époux A\_\_\_\_\_ du 14 janvier 2013. Les déclarations de fonction dirigeante élevée concernant MM. N\_\_\_\_\_ et Y\_\_\_\_\_ étaient classées. Après examen des deux formulaires de déclaration de fonction dirigeante élevée établis en leur faveur, ainsi que des avenants à leurs contrats de travail, ces personnes ne remplissaient pas les conditions nécessaires pour être enregistrés en tant que membres du personnel avec fonction dirigeante élevée. Les revirements incessants de la société dans le cadre de l'annonce de ses travailleurs avaient conduit à deux décisions de fermeture du magasin de la rue du G\_\_\_\_\_ le 11 août 2012 pour une durée de cinq jours, et le 19 octobre 2012 pour une durée de dix jours, ainsi qu'à un examen approfondi des responsabilités de MM. N\_\_\_\_\_ et Y\_\_\_\_\_. Le fait d'être un employé avec responsabilités n'était pas suffisant pour remplir les conditions strictes posées par la jurisprudence. 23) Par deux décisions séparées du 6 février 2013 envoyées aux époux A\_\_\_\_\_, l'une concernant M. Y\_\_\_\_\_, l'autre concernant M. N\_\_\_\_\_, le service a refusé d'entrer en matière sur la déclaration de fonction dirigeante élevée en leur faveur pour les magasins de la rue du G\_\_\_\_\_ et de la rue de B\_\_\_\_\_. Il n'était nullement démontré que ceux-ci disposaient d'un pouvoir de décision important ou étaient en mesure d'influencer fortement des décisions de portée majeure concernant la structure, la marche des affaires et le développement de la société. Ils n'occupaient pas de fonction à teneur de l'extrait du registre du commerce du 19 décembre 2012 non certifié conforme. Ne possédant qu'un pouvoir de signature collective à deux au sein de la société propriétaire du fonds de commerce, ils ne pouvaient librement accéder aux comptes de l'entreprise. Ils n'avaient pas le pouvoir d'engager, de gérer, attribuer des tâches ou encore de licencier du personnel. Ils n'assumaient aucun risque économique en cas de déficit d'exploitation. Ils ne pouvaient pas choisir librement la durée et la période de leurs vacances, de même que leurs horaires, et ils ne pouvaient pas quitter leur lieu de travail sans consulter leurs collaborateurs pour éviter une fermeture impromptue du magasin. 24) Par courrier du 7 février 2013 envoyé à l'adresse de la société ATTAC, le juge délégué a demandé à la société A\_\_\_\_\_ quelles étaient les personnes ayant signé le recours interjeté

le 4 février 2013 et quelle était la formation et l'expérience de la collaboratrice signant la correspondance de la société ATTAC. 25) Le même jour, par l'intermédiaire de la société ATTAC, la société A\_\_\_\_\_ a écrit à la chambre administrative. M. C\_\_\_\_\_ avait décidé de classer sans suite les déclarations déposées au guichet du service le 14 janvier 2013 alors que celles-ci ne lui étaient pas adressées directement. Un nouveau dossier relatif aux fonctions dirigeantes élevées de MM. N\_\_\_\_\_ et Y\_\_\_\_\_ avait été déposé le 19 décembre 2012. Tous les éléments de faits antérieurs à cette date n'étaient plus pertinents. Vu les responsabilités assumées par M. N\_\_\_\_\_ depuis de nombreuses années, l'office cantonal des assurances sociales (ci-après : OCAS) avait exigé qu'il s'inscrive comme indépendant au registre du commerce. C'était bien la preuve que M. N\_\_\_\_\_ devait être considéré comme une personne avec responsabilités. M. Y\_\_\_\_\_ assumait les mêmes responsabilités que M. N\_\_\_\_\_. Le statut d'employé avec fonction dirigeante élevée devait leur être reconnu. Ce courrier était signé uniquement par une collaboratrice de la société ATTAC. 26) Le 8 février 2013, la société ATTAC a répondu aux questions du juge délégué. Elle assistait ses clients dans toutes leurs correspondances, ainsi que dans la tenue de leur comptabilité et de leurs documents fiscaux. Une assistance en cas de décision incompréhensible d'instances publiques et semi-publiques, et en cas de litige avec les fournisseurs était également fournie. Ses collaborateurs ne disposaient pas du brevet d'avocat ou d'une formation de juriste mais ils avaient suivi des cours de droit dans le cadre de la formation menant au certificat fédéral de spécialiste en finance et comptabilité. Le recours interjeté le 4 février 2013 avait été signé par une collaboratrice de la société ATTAC et contresigné pour accord par M. A\_\_\_\_\_. 27) Par pli recommandé du 12 février 2013, les époux A\_\_\_\_\_ ont interjeté recours auprès de la chambre administrative contre la décision du service du 6 février 2013 refusant d'entrer en matière sur la déclaration de fonction dirigeante élevée de M. N\_\_\_\_\_ en concluant à son annulation. Le service n'avait pas traité la déclaration de fonction dirigeante élevée établie en faveur de M. N\_\_\_\_\_ envoyée le 12 décembre 2012. Celui-ci était responsable du personnel du magasin de la rue de B\_\_\_\_\_ et disposait du statut de membre du personnel avec fonction dirigeante élevée depuis des années. Il travaillait déjà dans ce magasin avant que les époux A\_\_\_\_\_ en reprennent l'exploitation en septembre 2009. Lors de la reprise du fonds de commerce via leur société, les époux avaient effectué certains changements dans la gestion de leurs différents magasins pour finalement décidé de laisser M. N\_\_\_\_\_ en charge du magasin de la rue de B\_\_\_\_\_. M. N\_\_\_\_\_ assumait toutes les responsabilités du magasin en l'absence de ses employeurs. L'avenant à son contrat de travail ne faisait qu'officialiser les tâches qu'il assumait depuis trois ans et demi. Il avait accès à tous les comptes d'exploitations du magasin de la rue de B\_\_\_\_\_ sur demande. Il avait la compétence d'engager du personnel, de le gérer et de le licencier. M. N\_\_\_\_\_ étant un employé protégé par la loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce du 13 mars 1964 (LTr - RS 822.11), la société A\_\_\_\_\_ était dans l'obligation de lui garantir un salaire. Elle ne pouvait pas lui faire porter directement le risque de déficit économique. Etant le premier à être remercié le cas échéant, il en assumait tout de même les risques. M. N\_\_\_\_\_ n'avait pas besoin de l'accord de ses collaborateurs pour décider de ses vacances. Il était normal que le responsable d'un magasin doive consulter ses collaborateurs pour éviter les absences simultanées entraînant la fermeture du magasin. Le service se contredisait en mettant en avant le bas salaire de M. N\_\_\_\_\_, tout en s'appuyant sur la jurisprudence du Tribunal fédéral qui précisait que l'ampleur du salaire n'était pas un critère décisif pour conclure à la présence ou non d'une fonction dirigeante élevée. Le service faisait preuve de mauvaise foi

en ignorant systématiquement tous les éléments démontrant les responsabilités de M. N\_\_\_\_\_. Celui-ci gérait de manière quasi indépendante le magasin en organisant les expositions, en fixant les prix de vente, en contrôlant les stocks, les dates de péremption des articles. Il était libre de lancer des actions sur certains articles lorsqu'il le jugeait utile. Il commandait de manière indépendante les fournitures, excepté les articles achetés à Aligro par M. A\_\_\_\_\_. 28) A la même date, les époux A\_\_\_\_\_ ont également interjeté recours auprès de la chambre administrative contre la décision du service refusant d'entrer en matière sur la déclaration de fonction dirigeante élevée de M. Y\_\_\_\_\_. 29) Le 18 février 2013, la société ATTAC a écrit au juge délégué. Les différents documents qu'elle avait envoyés à la chambre administrative dans le cadre de son litige avec le service constituaient la documentation relative à l'analyse du fond de l'affaire et concernaient tous le même dossier. Ces documents devaient être tous regroupés sous la cause A/426/2013 et non pas être enregistrés sous de nouveaux numéros de cause. 30) Par courrier du 19 février 2013, envoyé à l'adresse de la société ATTAC, le juge délégué a écrit aux époux A\_\_\_\_\_. Le 1<sup>er</sup> février 2012, le service avait notifié à la société A\_\_\_\_\_ une première décision ordonnant la fermeture immédiate du commerce d'alimentation. Cette décision avait fait l'objet d'un recours enregistré au rôle de la chambre administrative sous le numéro A/426/2013. Le service avait notifié à la société A\_\_\_\_\_ une deuxième décision le 6 février 2013, aux termes de laquelle il refusait d'entrer en matière sur la déclaration de fonction dirigeante élevée établie en faveur de M. Y\_\_\_\_\_, concernant le magasin de la rue du G\_\_\_\_\_. Cette décision avait également fait l'objet d'un recours par acte du 12 février 2013 et la procédure avait été enregistrée sous le numéro A/565/2013. L'acte de recours n'était pas contresigné par M. ou Mme A\_\_\_\_\_. Dès lors que des doutes quant à la qualité de mandataire professionnellement qualifié de la société ATTAC existaient, il était plus prudent que l'un des époux A\_\_\_\_\_ se présente au greffe de la chambre administrative dans le délai de recours afin de contresigner ledit recours. Le 6 février 2013, une troisième décision avait été notifiée par le service à la société A\_\_\_\_\_ aux termes de laquelle il refusait d'entrer en matière sur la déclaration de fonction dirigeante élevée établie en faveur de M. N\_\_\_\_\_, concernant le magasin de la rue de B\_\_\_\_\_. Cette décision avait également fait l'objet d'un recours par acte daté du 12 février 2013 et la procédure avait été enregistrée sous le numéro A/566/2013. L'acte de recours avait été dûment contresigné par M. A\_\_\_\_\_. Dès lors que le service avait rendu trois décisions, chacune d'elle ayant fait l'objet d'un recours, il était normal que trois procédures aient été ouvertes et que trois avances de frais aient été requises. Si la jonction ultérieure des causes pouvait être envisagée, elle n'apparaissait pas souhaitable en l'état dès lors que des questions de recevabilité se posaient pour le recours enregistré sous le numéro de cause A/565/2013. 31) Par courrier du 20 février 2013, la société ATTAC a repris les éléments avancés dans son courrier du 18 février 2013 et prié le juge délégué de lui confirmer la jonction des causes A/426/2013, A/565/2013 et A/566/2013 sous le numéro de cause unique A/426/2013. 32) Par lettre du 1<sup>er</sup> mars 2013, le juge délégué a maintenu les termes de son courrier du 19 février 2013. 33) Le 3 avril 2013, le service a conclu au rejet du recours interjeté le 12 février 2013 contre le refus d'entrée en matière sur la déclaration de fonction dirigeante élevée de M. N\_\_\_\_\_ dans la mesure où il était recevable. Bien qu'elle ne dispose pas de la qualité de mandataire professionnellement qualifié nécessaire pour le faire, la société ATTAC ne se limitait pas à formuler les griefs de la société A\_\_\_\_\_ mais visait la défense de cette dernière. M. N\_\_\_\_\_ avait été engagé en qualité de responsable des commandes, des contrôles de marchandise et de la caisse du magasin de la rue de

B \_\_\_\_\_, à un taux d'activité de 80 % pour un salaire brut de CHF 3'500.-. A teneur du registre du commerce, il ne disposait que d'un pouvoir de signature collective à deux avec l'un des deux époux A \_\_\_\_\_. Ne pouvant représenter seul la société, ni accéder aux comptes de cette dernière, il ne pouvait de toute évidence pas gérer de manière indépendante les finances du commerce. Rémunéré par un salaire fixe, M. N \_\_\_\_\_ n'encourait aucun risque en cas de déficits et ne percevait aucune participation en cas de bénéfices. Le montant de son salaire se situait bien en-deçà du salaire mensuel brut médian standardisé dans le commerce de détail dans le canton de Genève, selon les chiffres publiés par l'office cantonal de la statistique (ci-après : OCSTAT). M. N \_\_\_\_\_ ne disposait pas du libre choix de ses horaires de travail, ni de la date de ses vacances puisqu'il était tenu d'assurer une présence continue durant les jours et heures ouvrables du magasin. En indiquant que M. N \_\_\_\_\_ était un employé soumis à la LTr, les époux A \_\_\_\_\_ avait clairement exprimé leur intention de le soumettre à la protection du droit public et d'écarter ainsi l'exception posée à l'art. 3 let. d LTr qui exclut les personnes exerçant une fonction dirigeante élevée du champ d'application de la loi. Le fait que M. N \_\_\_\_\_ disposait du statut de membre du personnel avec fonction dirigeante élevée par le passé n'était pas une garantie. La production des documents justifiant ce statut pouvait être exigée en tout temps afin de s'assurer que l'employé déclaré comme tel exerçait effectivement cette fonction. 34) Le 8 avril 2013, le juge délégué a informé les époux A \_\_\_\_\_ que la procédure était close et que, passé le 8 mai 2013, la cause serait gardée à juger, sauf requête supplémentaire. Les époux n'ont pas fait usage de cette faculté. 35) Le 16 avril 2013, les époux ont retiré leur recours du 12 février 2013 contre la décision du service du 6 février 2013, refusant l'entrée en matière sur la déclaration de fonction dirigeante élevée de M. Y \_\_\_\_\_ pour le magasin de la rue du G \_\_\_\_\_. EN DROIT 1) Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable de ces points de vue (art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05 ; art. 62 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA – E 5 10). 2) a. En vertu de l'article 64 LPA, le recours est formé par écrit et adressé à la juridiction administrative appelée à en connaître. A teneur des art. 12 ss de la loi fédérale complétant le Code civil suisse du 30 mars 1911 (Livre cinquième : Droit des obligations - CO - RS 220) et notamment de l'art. 14 al. 1 CO, la forme écrite implique que la signature doit être écrite à la main par celui qui s'oblige. De jurisprudence constante, la signature olographe originale est une condition nécessaire que doit respecter tout acte pour être considéré comme un recours ( ATA/12/2006 du 10 janvier 2006 et les références citées). b. Selon l'art. 9 al. 1 LPA, les parties, à moins qu'elles ne doivent agir personnellement ou que l'urgence ne le permette pas, peuvent se faire représenter par un conjoint, un ascendant ou un descendant majeur, respectivement par un avocat ou par un autre mandataire professionnellement qualifié pour la cause dont il s'agit. L'aptitude à agir comme mandataire professionnellement qualifié devant la chambre administrative doit être examinée de cas en cas, au regard de la cause dont il s'agit, ainsi que de la formation et de la pratique de celui qui entend représenter une partie à la procédure. Il convient de se montrer exigeant quant à la preuve de la qualification requise d'un mandataire aux fins de représenter une partie devant la chambre administrative, dans l'intérêt bien compris de celle-ci et de la bonne administration de la justice (ATF 125 I 166 consid. 2b/bb ; Arrêt du Tribunal fédéral 1P 416/2004 du 28 septembre 2004 consid. 2.2, confirmant l' ATA/418/2004 du 18 mai 2004). Pour recevoir cette qualification, les mandataires doivent disposer de connaissances suffisantes dans le domaine du droit dans lequel ils prétendent être à même de représenter une partie (

ATA/14/2013 du 8 janvier 2013 consid. 2b ; ATA/330/2005 du 10 mai 2005 consid. 1). c. En l'espèce, contrairement à un certain nombre d'autres courriers portant uniquement la signature d'une collaboratrice de la société ATTAC sans bénéficiaire d'une procuration attestant de son pouvoir de représentation, le recours interjeté le 4 février 2013 a été contresigné par M. A\_\_\_\_\_. De plus, la question de la qualité de mandataire professionnellement qualifié de la société ATTAC peut demeurer ouverte au vu de ce qui suit. 3) 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 est chargé de l'application de la LHOM (art. 2 LHOM). 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. 4) 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). 5) 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). 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 service. 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 service peut en tout temps exiger la production d'autres documents justifiant la fonction dirigeante élevée (al. 2). A la demande du service, 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 service tient un registre des déclarations des travailleurs exerçant une fonction dirigeante élevée (al. 4). 6) 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, 6<sup>ème</sup> 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 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 ; T. GEISER, Commentaire de la loi sur le travail, 2005, ch. 19 à 22 ad art. 3 LTr; M. REHBINDER /R. A. MÜLLER, Arbeitsgesetz, 5 ème éd., 1998, n. 1 ad art. 3 al. 1 let. d, p. 38 ; F. W. BIGLER, Kommentar zum Arbeitsgesetz, 3 ème 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). 7) En l'espèce, M. N\_\_\_\_\_ a été engagé en qualité de responsable des commandes, des contrôles de marchandise et de la caisse du magasin de la rue de B\_\_\_\_\_. Bien qu'il dispose d'une certaine autonomie dans la gestion quotidienne de ce magasin, les décisions importantes et stratégiques concernant la société sont prises par les recourants. Investi d'un pouvoir de signature collective à deux avec l'un des deux recourants, il ne peut pas représenter seul la société, ni accéder aux comptes de cette dernière. Dès lors, il ne peut pas gérer de manière indépendante les finances du magasin. Tenu d'assurer une présence continue durant les jours et heures ouvrables du magasin, il ne peut pas quitter en tout temps son lieu de travail et son contrat ne lui permet pas de choisir librement la durée et la période de ses vacances. Rémunéré par un salaire fixe de CHF 3'500 pour un taux d'activité de 80 %, il n'encourt aucun risque en cas de déficits et ne perçoit aucune participation en cas de bénéfices de la société. De plus, son salaire ne correspond pas à une fonction dirigeante élevée, au regard des chiffres publiés par l'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)). Dans ces circonstances, c'est à juste titre que le service a refusé d'entrer en matière sur la déclaration de fonction dirigeante élevée du magasin de la rue de B\_\_\_\_\_ établie en faveur de M. N\_\_\_\_\_. 8) Au vu de ce qui précède, le recours devra être rejeté. 9) Un émolument de CHF 200.- sera mis à la charge des recourants (art. 87 al. 1 LPA). Vu l'issue du litige, aucune indemnité de procédure ne leur sera allouée (art. 87 al. 2 LPA). \* \* \* \* \*

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