

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/176/2013-EXPLOI

ATA/424/2014

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 12 juin 2014

2^{ème} section

dans la cause

A_____

représentée par Me Nicola Meier, avocat

contre

SERVICE DU COMMERCE

EN FAIT

- 1) La société anonyme A_____ (ci-après : la société) est propriétaire du commerce « Tabac-Epicerie – A_____ » (ci-après : le commerce), situé Cour B_____ à Genève. Cette enseigne a pour but l'exploitation 24 heures sur 24 d'un commerce de tabac, journaux, produits et denrées alimentaires, ainsi que la fourniture de services en relation avec le développement, l'exploitation et la gestion de réseaux de vente.

Monsieur C_____ en est l'unique administrateur.

- 2) Dans le courant de l'année 2011, la société a successivement engagé Messieurs D_____ et E_____ pour assurer l'exploitation du commerce.

A cette fin, tous deux ont été déclarés auprès du service du commerce (ci-après : Scom) comme employés exerçant une « fonction dirigeante élevée » au sein de la société.

- 3) Le Scom a procédé aux enregistrements desdites déclarations, sans autre formalité.

- 4) Monsieur F_____ a été engagé pour exploiter le commerce, dès le 1^{er} juillet 2012. Il a commencé son activité sans être au bénéfice d'un contrat de travail écrit.

- 5) Un inspecteur du travail de l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail (ci-après : l'OCIRT) a constaté, en date du 14 juillet 2012 à 22h15, que M. F_____ travaillait au commerce, sans être au bénéfice du statut de « fonction dirigeante élevée ».

M. E_____ travaillait également ce soir-là. L'inspecteur de l'OCIRT a relevé que ce dernier était, quant à lui, inscrit au tableau des « fonctions dirigeantes élevées », mais ne disposait d'aucun pouvoir de signature au regard du Registre du commerce (ci-après : RC).

- 6) Le 8 août 2012, M. F_____ a déposé au guichet du service un formulaire de déclaration de « fonction dirigeante élevée ».

- 7) Suite à ce dépôt, le Scom a sollicité, par courriel du 13 août 2012, l'avis de l'OCIRT quant à une éventuelle reconnaissance du statut de « fonction dirigeante élevée » de M. F_____.

- 8) Par courrier du 16 août 2012, l'OCIRT a requis auprès de la société des renseignements complémentaires afin de se prononcer sur l'octroi dudit statut.

- 9) Le même jour, la société a conclu, par écrit, un contrat de travail avec M. F_____.

Selon les termes de ce contrat conclu pour une durée indéterminée, ce dernier était engagé en qualité de responsable du magasin. M. F_____ y exerçait une fonction dirigeante lui conférant le pouvoir d'engager et de licencier du personnel, de passer et effectuer le paiement des commandes, de consulter les comptes de l'entreprise, de choisir ses horaires de travail ainsi que les dates de ses vacances. Il devait assurer la vente au comptoir, avec un horaire variable de 40 heures par semaine et se charger des commandes avec les fournisseurs, en veillant à l'état des stocks. Le salaire mensuel de M. F_____ était de CHF 4'000.-, sans plus de précision.

- 10) Aucun pouvoir de signature ou de représentation de la société n'a été inscrit en faveur de M. F_____ au RC.
- 11) Faisant suite au courrier de l'OCIRT du 16 août 2012, la société a transmis divers documents, notamment copie du contrat de travail de M. F_____, ainsi que copie d'une procuration en faveur de ce dernier relative à son compte bancaire ouvert auprès de la Banque cantonale de Genève.
- 12) Le 6 octobre 2012, à 23h10, le Scm a fait procéder à un nouveau contrôle du commerce. Il a été constaté que M. F_____ travaillait seul. L'inspecteur du service a mentionné dans son rapport que M. C_____ avait déposé une requête auprès de l'Office cantonal de l'emploi en vue d'obtenir l'allocation de retour d'emploi pour l'engagement de M. F_____ en qualité de vendeur avec « fonction dirigeante élevée » à partir du 1^{er} septembre 2012.
- 13) Le 8 novembre 2012, suite à l'invitation du service, M. F_____ a déposé un nouveau formulaire de déclaration de « fonction dirigeante élevée ».
- 14) Le 12 novembre 2012, la société et M. F_____ ont conclu un nouveau contrat de travail, similaire en tous points au précédent.
- 15) Par décision du 5 décembre 2012, le Scm a refusé d'entrer en matière sur la déclaration de « fonction dirigeante élevée » du 8 novembre 2012 établie en faveur de M. F_____.

Ce dernier ne bénéficiait pas de fonction et de pouvoir de représentation au RC, il n'assumait aucun risque économique en cas de déficit de la société et il n'avait pas été établi qu'il disposait d'un pouvoir décisionnel important propre à influencer la structure, la marche des affaires et le développement de cette dernière.

- 16) Par acte du 21 janvier 2013, la société a recouru auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre

ladite décision, concluant au prononcé de mesures provisionnelles, soit l'autorisation d'employer M. F_____ au-delà des horaires usuels de travail jusqu'à droit connu.

Sur le fond, elle a conclu, avec suite de frais et dépens, à l'annulation de cette décision et à la reconnaissance de M. F_____ en qualité d'employé exerçant une « fonction dirigeante élevée ». La décision litigieuse violait le principe de l'interdiction de l'arbitraire, car les prédécesseurs, MM. D_____ et E_____, avaient été au bénéfice du statut convoité, alors qu'ils exerçaient les mêmes responsabilités que M. F_____. Cette décision violait aussi le principe de la protection de la bonne foi, au motif que ce refus constituait un comportement contradictoire de la part du Scom.

- 17) Par publication dans la Feuille officielle suisse du commerce du 31 janvier 2013, M. F_____ a été enregistré au RC avec un pouvoir de signature individuelle pour la société.
- 18) Par acte du 6 février 2013, le Scom a rendu ses observations sur la requête en mesures provisionnelles, dont les conditions n'étaient pas remplies.
- 19) Le 22 février 2013, le Scom a répondu sur le fond du recours, concluant à son rejet et à la confirmation de la décision du 5 décembre 2012. Il affirmait le bien-fondé de ladite décision, en arguant que M. F_____ ne remplissait pas les conditions relatives à l'octroi du statut de « fonction dirigeante élevée », que cela n'était pas arbitraire, car MM. D_____ et E_____ n'auraient pas dû bénéficier dudit statut. Le Scom avait donc rectifié une situation incorrecte, mais en aucun cas n'avait procédé à un changement de pratique ni n'avait agi de manière contradictoire.
- 20) Le juge délégué a ordonné une comparution personnelle des parties, qui s'est tenue le 29 août 2013.
 - a. M. C_____ a persisté dans son recours, estimant que M. F_____ avait les mêmes responsabilités que lui et que partant, il avait le statut de « fonction dirigeante élevée ». Il déclarait également qu'un nouvel employé allait être engagé et que M. F_____ allait s'occuper des démarches y relatives.
 - b. La représentante du service a maintenu la décision litigieuse, estimant qu'après examen du dossier il n'avait pas pu être établi que M. F_____ exerçait une réelle « fonction dirigeante élevée » au sein de la société.
- 21) Par courrier du 6 septembre 2013, la recourante a transmis au juge délégué un contrat de travail conclu entre la société et Monsieur G_____ en qualité de vendeur. Ledit contrat a été signé par M. F_____ pour le compte de la société.
- 22) Sur quoi, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

- 1) Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable (art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05 ; art. 62 al. 1 let. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).
- 2) 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 LTr, à toutes les entreprises publiques et privées (art. 1 al. 1 LTr).

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

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.

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 ; 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/665/2012 précité, 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/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 ; 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 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, 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).

- b. En l'espèce, le commerce en question est une petite structure, le salaire mensuel de CHF 4'000.- de M. F_____ ne peut donc pas renseigner sur une éventuelle « fonction dirigeante élevée » ou non.

Au regard de son contrat, M. F_____ est en charge de la vente des articles du commerce, ainsi que de la gestion des stocks. Pour ce faire il effectue les commandes nécessaires à son approvisionnement.

Bien que M. F_____ dispose d'une procuration sur le compte de la recourante, rien n'indique qu'il puisse en user sans l'aval de M. C_____ ou dans un autre cadre que le paiement des commandes effectuées auprès des fournisseurs. En effet, le contrat de travail de M. F_____ lui attribue uniquement la possibilité de consulter les comptes de la société, mais en aucun cas ne lui confère le droit de gérer les finances de cette dernière.

De plus, M. F_____ a été inscrit au RC avec un pouvoir de signature individuelle dès le 31 janvier 2013, de sorte qu'au moment où le Scm a statué, la seule personne habilitée à représenter la recourante, à prendre les décisions importantes aptes à influencer de manière durable le commerce, était M. C_____.

Il sied de relever qu'en l'espace d'une année, la société a successivement engagé trois employés pour assurer l'exploitation de son commerce. Or, de tels

changements ne sont pas compatibles avec un statut de « fonction dirigeante élevée ». En effet, il n'est pas envisageable d'avoir un pouvoir décisionnel de nature à réellement influencer la vie de l'entreprise en quelques mois de travail effectif.

Au regard de ces éléments, il appert que M. F_____ ne dispose pas d'un pouvoir propre à influencer de façon durable la marche et la structure de l'entreprise, et ce même si avec l'accord de M. C_____, il est en mesure d'engager du personnel.

Partant, M. F_____ ne remplit pas les conditions pour l'octroi du statut de « fonction dirigeante élevée ».

- 3) Aux termes de l'art. 18 al. 1 LTr, du samedi à 23h00 au dimanche à 23h00, 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 de l'ordonnance 1 relative à la loi sur le travail du 10 mai 2000 - OLT 1 – RS 822.111).

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 dont dépend le Scm est chargé de son application (art. 2 LHOM).

L'art. 4 let. b LHOM prévoit que les magasins ne sont pas assujettis, 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.

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). Ils 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 au service doit lui être immédiatement communiqué (art. 1 al. 1 règlement d'exécution de la loi sur les heures d'ouverture des magasins du 21 février 1969 - RHOM - I 1 05.01). Le Scm peut en tout temps exiger la production d'autres documents justifiant la « fonction dirigeante élevée » (art. 1 al. 2 RHOM). A la

demande dudit 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 (art. 1 al. 3 RHOM). Le Scm tient un registre des déclarations des travailleurs exerçant une « fonction dirigeante élevée » (art. 1 al. 4 RHOM).

4) La recourante soutient que M. F_____ occupe une réelle « fonction dirigeante élevée » au sein de son commerce. En lui refusant ce statut, le Scm aurait rendu une décision violant le principe de l'interdiction de l'arbitraire et celui de la protection de la bonne foi.

a. Une décision est arbitraire au sens de l'art. 9 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. – RS 101) lorsqu'elle viole gravement une norme ou un principe juridique indiscuté ou lorsqu'elle heurte de manière choquante le sentiment de la justice et de l'équité (ATF 138 I 49 consid. 7.1 p. 51 et arrêts cités). Une décision est arbitraire lorsque celle-ci est manifestement insoutenable, qu'elle se trouve en contradiction claire avec la situation de fait, si elle a été adoptée sans motif objectif ou en violation d'un droit certain (ATF 136 III 552 consid. 4.2 p. 560 ; 132 III 209 consid. 2.1 p. 211 ; Arrêt du Tribunal fédéral 9C_227/2012 du 11 avril 2012). L'arbitraire ne résulte pas du seul fait qu'une autre solution pourrait entrer en considération ou même qu'elle serait préférable. Pour qu'une décision soit annulée pour cause d'arbitraire, il ne suffit pas que la motivation formulée soit insoutenable, il faut encore que la décision apparaisse arbitraire dans son résultat (ATF 138 III 378 consid. 6.1 p. 380; 138 I 49 consid. 7.1 p. 51; 137 I 1 consid. 2.4 p. 5 ; 136 I 316 consid. 2.2.2 p. 318 ; 134 II 124 consid. 4.1 p. 133 et les arrêts cités).

b. Le principe de la bonne foi entre administration et administré, exprimé aux art. 9 et 5 al. 3 Cst., exige que l'une et l'autre se comportent réciproquement de manière loyale. En particulier, l'administration doit s'abstenir de toute attitude propre à tromper l'administré et elle ne saurait tirer aucun avantage des conséquences d'une incorrection ou insuffisance de sa part (ATF 129 I 161 consid. 4 p. 170 ; 129 II 361 consid. 7.1 p. 381 ; Arrêts du Tribunal fédéral 1C_534/2009 du 2 juin 2010 et 9C_115/2007 du 22 janvier 2008 consid. 4.2 ; ATA/141/2012 du 13 mars 2012 ; Thierry TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2011, p. 193 n. 568).

Plus largement, le principe de la bonne foi s'applique lorsque l'administration crée une apparence de droit, sur laquelle l'administré se fonde pour adopter un comportement qu'il considère dès lors comme conforme au droit : elle est liée par les conséquences qui peuvent être raisonnablement déduites de son activité ou de sa passivité (Pierre MOOR/Alexandre FLUCKIGER/Vincent MARTENET, Droit administratif vol. 1 les fondements, 2012, p. 929).

c. En l'espèce, la société invoque la violation de l'interdiction de l'arbitraire, car les prédécesseurs de M. F_____, soit MM. D_____ et E_____, ont été mis

au bénéfice du statut de « fonction dirigeante élevée » et ont été inscrits comme tels dans le tableau correspondant par le Scom.

M. F_____ a été engagé pour remplacer M. E_____. Leurs contrats de travail sont identiques en ce qui concerne les fonctions, les pouvoirs et les attributions au sein du commerce. M. F_____ a toutefois bénéficié d'une augmentation salariale par rapport à son prédécesseur, soit un salaire mensuel de CHF 4'000.-.

Lorsque MM. D_____ et E_____ ont déposé leur déclaration de « fonction dirigeante élevée » auprès du Scom, celui-ci n'avait aucune obligation de solliciter des informations complémentaires ou de procéder à la vérification desdites déclarations. En effet, il est clairement indiqué sur le formulaire qu'une telle déclaration constitue un titre au sens de l'art. 110 du code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP – RS 311.0) et que toute fausse déclaration est passible des sanctions pénales prévues à l'art. 251 CP.

Au regard de ce qui précède, le Scom n'avait pas de raison de douter de la véracité desdites déclarations, raison pour laquelle il n'a pas exigé de documents ou renseignements supplémentaires pour attester d'une réelle « fonction dirigeante élevée » de MM. D_____ et E_____.

En effet, c'est suite au contrôle effectué par l'OCIRT le 14 juillet 2012, que le Scom a constaté que M. E_____ n'avait jamais eu aucun pouvoir de représentation ou de signature inscrit au RC, alors même qu'il était au bénéfice du statut de « fonction dirigeante élevée ». Vu que M. F_____ allait reprendre le poste, le Scom était alors en droit de remettre en cause sa déclaration de « fonction dirigeante élevée » et de solliciter la production de pièces supplémentaires.

Partant, la reconnaissance du statut d'employé avec « fonction dirigeante élevée » de MM. D_____ et E_____ se fondait sur de fausses déclarations. Le Scom n'a donc pas statué de manière arbitraire en refusant l'octroi dudit statut au successeur, soit M. F_____.

Enfin, au vu de ce qui précède, la décision litigieuse ne consacre en rien un comportement contradictoire du service en violation du principe de la bonne foi.

Comme indiqué ci-dessus, c'est la naissance d'un doute, concernant l'exercice réel de la « fonction dirigeante élevée » de M. E_____, qui a décidé le Scom à procéder à un examen approfondi de la situation de M. F_____. Il ne s'agit en rien d'un changement de pratique ou d'un comportement contradictoire de la part du service.

- 5) Au vu de ce qui précède, le recours sera rejeté.

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

6. Le fond étant jugé, la chambre administrative ne procédera pas à l'examen de la requête de mesures provisionnelles de la recourante.

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 21 janvier 2013 par A_____ contre la décision du service du commerce du 5 décembre 2012 ;

au fond :

le rejette ;

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

dit qu'il ne lui est pas alloué d'indemnité de procédure ;

dit que, conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification par-devant le Tribunal fédéral, par la voie du recours en matière de droit public ; le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire ; il doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

communique le présent arrêt à Me Nicola Meier, avocat de la recourante, au service du commerce, ainsi qu'au secrétariat d'Etat à l'économie (Seco).

Siégeants : M. Verniory, président, Mme Junod, M. Dumartheray, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière-juriste :

S. Hüsler Enz

le président siégeant :

J.-M. Verniory

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :