

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3148/2019-EXPLOI

ATA/491/2020

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 19 mai 2020

2^{ème} section

dans la cause

A_____ Snc

M. C_____

M. D_____

représentés par Me Corinne Rochat Pochelon, avocate

contre

OFFICE CANTONAL DE L'INSPECTION ET DES RELATIONS DU TRAVAIL

EN FAIT

- 1) A_____ Snc a été fondée à Genève en juillet 2018 et a pour but social le commerce de détail. Elle a pour associés Messieurs C_____ et D_____, détenteurs chacun de la signature collective à deux.
- 2) Sous la raison sociale A_____ Snc, MM. C_____ et D_____ exploitent un magasin d'alimentation place E_____ à Genève, à l'enseigne G_____.
- 3) L'emplacement était auparavant occupé par un commerce d'alimentation exploité par la société coopérative H_____ (ci-après : H_____). L'exploitation a été reprise par MM. C_____ et D_____ à l'enseigne G_____ sur la base d'un contrat de franchise qu'ils ont conclu en leur nom avec H_____ le 16 juin 2018.
- 4) MM. C_____ et D_____ ont déposé le 10 août 2018 deux formulaires de déclaration de fonction dirigeante élevée auprès du service de police du commerce et de lutte contre le travail au noir (ci-après : PCTN), dans lesquelles : ils se décrivaient comme gérants, au bénéfice d'un salaire mensuel brut de CHF 6'000.- ; affirmaient remplir les conditions préimprimées, à savoir : posséder un pouvoir de décision important ou être en mesure d'influencer fortement les décisions de portée majeure (concernant notamment la structure, la marche des affaires et le développement d'une entreprise ou d'une partie d'entreprise), posséder le pouvoir d'engager et de licencier du personnel, de définir le montant du salaire des employés, de gérer le personnel et d'attribuer des tâches aux employés, assumer un risque économique en cas de déficit d'exploitation, choisir librement les marchandises et les fournisseurs, avoir libre accès aux comptes de l'entreprise, choisir librement leurs horaires et pouvoir quitter en tout temps le lieu de travail et choisir librement la durée et la période de leurs vacances ; demandaient au PCTN de constater qu'ils étaient des travailleurs exerçant une fonction dirigeante élevée. Les formulaires étaient décrits comme des titres et l'attention des requérants était attirée sur l'art. 251 du Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP - RS 311.0) réprimant le faux dans les titres.

MM. C_____ et D_____ ont produit le contrat de franchise les liant à H_____ en annexe aux formulaires.
- 5) Le 24 août 2018, le PCTN a demandé à MM. C_____ et D_____ la production d'un extrait original du registre du commerce concernant A_____ Snc.
- 6) Le 8 octobre 2018, le PCTN a indiqué à MM. C_____ et D_____ qu'il envisageait de prononcer deux décisions de non-entrée en matière au sujet de leurs

déclarations, car il apparaissait qu'ils ne remplissaient pas les conditions d'une fonction dirigeante élevée.

MM. C_____ et D_____ étaient invités à faire valoir leurs observations jusqu'au 22 octobre 2018.

- 7) Le 15 mars 2019, le service de l'inspection du travail de l'Office cantonal de l'inspection et des relations du travail (ci-après : OCIRT) a transmis au PCTN un préavis négatif concernant les demandes de MM. C_____ et D_____.

MM. C_____ et D_____ ne pouvaient se prévaloir du statut de fonction dirigeante élevée au sens des art. 3 let. d de la loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce du 13 mars 1964 (LTr - RS 822.11) et 9 de l'ordonnance 1 relative à la loi sur le travail du 10 mai 2000 (OLT1 - RS 822.111), du fait qu'ils ne disposaient pas, de par leur position et leur responsabilité et eu égard à la taille de l'entreprise, d'un pouvoir de décision important, ou n'étaient pas en mesure d'influencer fortement des décisions de portée majeure concernant notamment la structure, la marche des affaires et le développement de l'entreprise ou d'une partie de l'entreprise.

- 8) Le 28 mars 2019, le PCTN a informé MM. C_____ et D_____ que, suite au préavis de l'OCIRT, il ne pouvait les inscrire sur la liste des fonctions dirigeantes élevées, car ils n'en remplissaient pas les conditions.

Par conséquent, leur magasin était astreint à l'horaire de fermeture ordinaire prévu dans le cadre de la loi sur les heures d'ouverture des magasins du 15 novembre 1968 (LHOM - I 1 05), et devait fermer au plus tard à 19h00 du lundi au mercredi, à 21h00 le jeudi, à 19h30 le vendredi et à 18h00 le samedi, et devait rester fermé le dimanche et les jours fériés légaux toute la journée.

- 9) Le 8 avril 2019, le PCTN a reçu MM. C_____ et D_____ à leur demande pour leur exposer en détail leur situation et l'analyse à laquelle le PCTN avait procédé.

- 10) Le 20 mai 2019, le PCTN a réclamé à MM. C_____ et D_____ la liste des travailleurs de l'établissement G_____ ainsi que les relevés de leurs horaires de travail pour la période du 1^{er} novembre 2018 au 20 avril 2019.

- 11) Le 31 mai 2019, MM. C_____ et D_____ ont transmis au PCTN une liste des travailleurs comprenant : M. C_____, gérant franchisé ; M. D_____, gérant franchisé ; M. J_____, employé polyvalent à 100 % ; M. K_____, employé polyvalent à l'heure puis fixe à 100 % ; Mme L_____, employée polyvalente à l'heure 21 heures par semaine, épouse de C_____ ; Mme N_____, employée polyvalente à l'heure 21 heures par semaine, épouse de M. D_____ ;

Mme O_____, employée polyvalente à l'heure 21 heures par semaine ;
Mme P_____, employée polyvalente à l'heure 10 heures par semaine.

MM. C_____ et D_____ ont également transmis au PCTN un planning de tous les travailleurs pour la période demandée.

- 12) Le 4 juin 2019, le PCTN a réclamé à MM. C_____ et D_____ un relevé des horaires de travail de l'ensemble des travailleurs pour la période considérée, y compris le dimanche.
- 13) Le 11 juin 2019, MM. C_____ et D_____ ont transmis au PCTN un courrier indiquant qu'en ce qui concernait l'ouverture les dimanches, ils étaient uniquement les deux gérants franchisés à travailler et que leur horaire était de 09h00 à 17h00 sans interruption sauf une pause de 15 minutes et une autre pause de 30 minutes.
- 14) Le 19 juin 2019, MM. C_____ et D_____ ont sollicité de l'OCIRT qu'il rende une décision constatatoire.
- 15) Le 3 juillet 2019, l'OCIRT a notifié à MM. C_____ et D_____ une décision constatant que l'exception quant au statut de fonction dirigeante élevée prévue à l'art. 3 let. d LTr ne leur était pas applicable, et que A_____ Snc devait être au bénéfice des autorisations prévues aux art. 17 et 19 LTr pour pouvoir déroger à l'interdiction d'occuper des travailleurs la nuit et le dimanche prévue par les art. 17 et 18 LTr, soit en l'occurrence eux-mêmes.

Il ressortait certes du contrat de franchise que MM. C_____ et D_____ exploitaient le Shop G_____ en tant qu'entrepreneurs indépendants et autonomes, devaient se faire inscrire au registre du commerce en qualité de commerçants indépendants et disposer d'un numéro TVA, prenaient à leur charge tous les frais inhérents à l'exploitation de la franchise, assumaient le recrutement des collaborateurs, la conclusion des contrats d'assurance, la formation des collaborateurs, assumaient personnellement la gestion opérationnelle, fixaient les prix indépendamment des prix conseillés figurant sur les produits ou des étiquettes, engageaient à leur nom et à leurs frais le personnel nécessaire et suffisant à la bonne marche du Shop et étaient en tant qu'employeurs seuls responsables du paiement des salaires, primes d'assurances et cotisations sociales, et pouvaient contracter avec les assureurs de leur choix.

Cependant, de nombreux autres articles du contrat de franchise réservaient au donneur de franchise des pouvoirs de décision importants, ainsi : une publicité collective locale ; une inspection régulière pour garantir une présentation homogène ; la mise à disposition par la franchiseuse des structures, des installations, de l'ensemble de l'aménagement et du mobilier ainsi que du matériel d'exploitation, lesquels restaient son entière propriété ; l'exclusion du sous

franchisage ; la responsabilité de la planification et de l'aménagement du Shop G_____ ; le marketing ; l'approbation de toute modification opérationnelle ; l'engagement pris par les franchisés d'acheter tout l'assortiment auprès de H_____ ou de tiers ou directs définis par celle-ci ; l'accord pour toute exception ; l'obligation pour les franchisés de présenter un assortiment complet conformément au contrat et de tenir constamment le magasin prêt à la vente (rayons remplis) ; le caractère obligatoire des directives du concept marketing H_____ ; la présence obligatoire et constante d'au moins un collaborateur ayant suivi la formation de base ; l'accord de la donneuse de franchise pour toute modification du concept, y compris les extensions et les installations électriques ; la fixation d'un objectif commun contractuel contenant un budget avec des buts quantitatifs portant sur le chiffre d'affaires, le rendement, les frais de personnel et les coûts d'exploitation ; l'emploi du logo G_____ pour les activités promotionnelles du magasin concernant la franchise ; l'accord préalable écrit pour utiliser d'autres éléments de la « corporate identity » ; le droit d'examiner en tout temps le chiffre d'affaires, les coûts des marchandises et les coûts d'exploitation ; la mise à disposition par la donneuse de franchise d'un plan et de normes pour la tenue de la comptabilité ; le partage des commissions pour les services proposés par les franchisés (par ex. : loto) ; la fixation d'horaires d'ouverture minimaux, et le consentement pour toute dérogation ; l'imposition de directives de layout (présentation) de la marchandise ; la présence de prix conseillés sur les produits et les étiquettes ; la remise d'une liste de fournisseurs en annexe au contrat ; la responsabilité de la donneuse de franchise pour le marketing de la marque G_____ ; un droit de contrôle étendu de la donneuse de franchise sur l'exploitation du shop G_____ en conformité du contrat ; le droit de la donneuse de franchise de donner toutes instructions aux franchisés pour la mise en œuvre cohérente et homogène du système de franchise.

La qualité de fonction dirigeante élevée devait être définie de manière restrictive. Il fallait en particulier examiner sur la base du contrat de franchise si le franchisé conservait une latitude d'entrepreneur suffisante pour être qualifié d'indépendant ou si la dépendance par rapport au franchiseur était tellement forte que le franchisé avait besoin d'une protection de la LTr.

Le pouvoir de décision du requérant devait être de nature à influencer de manière durable la marche et la structure de l'entreprise dans son ensemble. Ses décisions devaient porter sur des questions essentielles de l'entreprise. En présence d'un pouvoir de décision du donneur de franchise sur les heures d'ouverture, l'entreprise franchisée ne pouvait en général pas être considérée comme une entreprise familiale.

L'autonomie concédée à MM. C_____ et D_____ était fortement contrebalancée par un pouvoir de contrôle et de subordination important exercé par la franchiseuse.

MM. C _____ et D _____ ne pouvaient, dans ces circonstances, prétendre bénéficier de l'exception de l'art 3 let. d LTr et étaient soumis à l'ensemble des dispositions de protection, dont celles relatives à la durée du travail et au repos ainsi qu'à l'interdiction du travail de nuit et du dimanche.

- 16) Par acte déposé au greffe de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) le 2 septembre 2019, MM. C _____ et D _____ et A _____ Snc ont recouru contre la décision prononcée le 3 juillet 2019 par l'OCIRT et conclu à son annulation, et à ce qu'il soit constaté qu'ils revêtaient la qualité de travailleurs exerçant une fonction dirigeante élevée.

Seul un horaire d'ouverture minimal était imposé par le contrat de franchise. Il n'y avait par ailleurs aucune obligation d'ouvrir le dimanche ou les jours fériés. Le magasin G _____ de la place E _____ ouvrait du lundi au vendredi de 07h30 à 20h00, le samedi de 07h30 à 19h00 et le dimanche de 09h00 à 17h00.

L'effectif s'était enrichi de deux apprentis et d'un stagiaire de longue durée. Tous les employés avaient des horaires de travail conformes à la législation applicable, ne travaillaient pas au-delà de 19h00 du lundi au jeudi, au-delà de 19h30 le vendredi et au-delà de 18h00 le samedi.

Plusieurs autres magasins franchisés G _____ en Suisse romande, ouvraient le dimanche, notamment à Aigle, Lavaux, Mézières, Puidoux, Thierrens et Villars-sur-Ollon.

Les recourants remplissaient tous les critères d'indépendance, d'autonomie organisationnelle, de pouvoir hiérarchique et de responsabilité financière pour être reconnus comme exerçant une fonction dirigeante élevée.

L'OCIRT avait par ailleurs exclu à tort l'application de l'art. 4 LTr qui prévoyait une exception pour les entreprises familiales, en interprétant de manière extensive le commentaire du secrétariat à l'économie (SECO) à propos des entreprises franchisées.

- 17) Le 25 octobre 2019, l'OCIRT a conclu au rejet du recours.

L'art. 3 let. d LTr, qui parlait de fonction dirigeante élevée, devait être interprété restrictivement.

Les recourants n'étaient ni autonomes ni indépendants dans le choix des marchandises, ni, plus largement, dans les questions fondamentales de politique d'entreprise.

L'entreprise des recourants ne pouvait au surplus être qualifiée de familiale.

- 18) Les recourants n'ont pas transmis de réplique dans le délai imparti au 2 décembre 2019.
- 19) La cause a été gardée à juger le 27 janvier 2020, ce dont les parties ont été informées.

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) 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).

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).

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).

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, 5^{ème} éd., 1998,

n. 1 ad art. 3 al. 1 let. d, p. 38 ; Friedrich Walter 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).

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

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).

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).

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

ligne sur le site : https://www.ge.ch/statistique/domaines/03/03_04/tableaux.asp#17 ; 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).

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 2 septembre 2019 par A_____ Snc et MM. C_____ et D_____ contre la décision de l'office cantonal de l'inspection des relations du travail du 3 juillet 2019 ;

au fond :

le rejette ;

met à la charge de A_____ Snc et MM. C_____ et D_____ un émolument de CHF 1'000.- ;

dit qu'il ne leur 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 Corinne Rochat Pochelon, avocate des recourants, ainsi qu'à l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail.

Siégeant : Mme Krauskopf, présidente, MM. Verniory et Mascotto, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière :

B. Specker

la présidente siégeant :

F. Krauskopf

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :