



POUVOIR JUDICIAIRE

A/3426/2024-EXPLOI

ATA/1343/2024

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Décision du 15 novembre 2024

sur mesures provisionnelles

dans la cause

A_____

et

B_____

représentés par Me Christian BRUCHEZ, avocat

recourants

contre

OFFICE CANTONAL DE L'INSPECTION ET DES RELATIONS DU TRAVAIL
intimé

et

C_____

et

D_____

représentés par Me Olivier SUBILIA, avocat

appelés en cause

Attendu, en fait, que, statuant le 20 septembre 2024 sur une requête en ce sens des « milieux professionnels », la direction de la police du commerce et de lutte contre le travail au noir (ci-après : la PCTN) a autorisé les commerces assujettis à la loi sur les heures d'ouverture des magasins du 15 novembre 1968 (LHOM - I 1 05) à rester ouverts le dimanche 22 décembre 2024 jusqu'à 17h00 ; que, dans cette même décision, elle a astreint les employeurs à appliquer au personnel occupé ce jour-là diverses prescriptions légales ou conventionnelles rappelées sous point 2 de la décision ; qu'était en particulier réservée, sous point 2a de la décision, l'application des dispositions de la loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce du 13 mars 1964 (LTr - RS 822.11), notamment celles relatives à l'occupation des travailleurs le dimanche, qui relevaient de la compétence de l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail (ci-après : OCIRT) ;

que cette décision a été publiée le 20 septembre 2024 dans la Feuille d'avis officielle de la république et canton de Genève (ci-après : FAO) et n'a fait l'objet d'aucun recours ;

qu'invité par le A_____ et le B_____ (ci-après, collectivement : les syndicats) à rendre une décision constatatoire, au sens de l'art. 4A de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10), par laquelle il constaterait que l'emploi de personnel le dimanche 22 décembre 2024 dans les commerces assujettis à la LHOM nécessitait l'obtention préalable d'une autorisation au sens de l'art. 19 al. 3 LTr, l'OCIRT, par décision du 4 octobre 2024, a constaté que du personnel pouvait être employé le dimanche 22 décembre 2024 sans autorisation, en application de l'art. 19 al. 6 LTr ; qu'il a déclaré cette décision exécutoire nonobstant recours en application de l'art. 66 al. 1 LPA ;

que l'OCIRT a retenu à l'appui de sa décision que, si l'art. 18 LTr interdisait en principe le travail dominical, l'art. 19 al. 6 LTr permettait aux cantons de fixer au plus quatre dimanches par an pendant lesquels du personnel pouvait être employé dans les commerces sans qu'une autorisation soit nécessaire ; que l'art. 7 al. 1 LHOM prévoyait pour sa part que la direction pouvait accorder des dérogations aux dispositions « de la présente loi » lorsqu'un intérêt commercial ou touristique évident le justifiait, pendant les périodes comprises entre le 10 décembre et le 3 janvier et entre le 1^{er} juin et le 30 septembre ou, en dehors de ces dates, à l'occasion de manifestations spéciales ; que ces conditions étaient réalisées en l'espèce ; que, dans la mesure où l'ouverture des commerces assujettis à la LHOM le dimanche 22 décembre 2024 avait été autorisée par l'autorité compétente pour ce faire (soit la PCTN), et où la limite de quatre dimanches par an n'était pas dépassée (le seul autre jour d'ouverture dérogeant à l'interdiction du travail dominical ou lors des jours fériés assimilés à un dimanche [art. 20a LTr] étant le 31 décembre 2024), il n'était pas nécessaire, en application de l'art. 19 al. 6 LTr, de solliciter une autorisation pour employer du personnel ce jour-là ;

que l'OCIRT a en outre considéré que cette décision constatatoire, qui ne portait aucune atteinte grave ou irréversible aux droits des parties concernées, étant relevé en particulier que les travailleurs concernés ne pouvaient être employés le dimanche sans leur consentement (art. 19 al. 5 LTr), devait être déclarée exécutoire nonobstant recours dans l'intérêt aussi bien des employeurs que des employés, au vu des mesures organisationnelles

impliquées par l'ouverture des commerces assujettis à la LHOM le dimanche 22 décembre 2024 ;

que, par acte du 17 octobre 2024, les syndicats ont formé auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) un recours contre cette décision, concluant, sur le fond, à son annulation, à ce qu'il soit constaté qu'elle violait les art. 19 al. 6 LTr et 18A LHOM, et à ce qu'elle soit réformée en ce sens qu'il soit constaté que l'emploi de personnel le dimanche 22 décembre 2024 supposait l'octroi d'une autorisation au sens de l'art. 19 al. 3 LTr ;

que, sur mesures provisionnelles, ils ont conclu, premièrement, à ce qu'il soit constaté que la décision de la PCTN du 20 septembre 2024 ne portait que sur l'ouverture des commerces assujettis à la LHOM le 22 décembre 2024, alors que le droit pour les personnes exploitant ces commerces d'y employer du personnel à cette même date dépendait de l'issue de la présente procédure et, deuxièmement, à ce que la chambre administrative ordonne la publication (ou, subsidiairement, ordonne à l'OCIRT de procéder à dite publication) dans la FAO, à trois reprises, la première fois dans un délai de sept jours dès sa notification aux parties, d'une ordonnance de mesures provisionnelles ayant le texte suivant :

« En date du 20 septembre 2024, la Direction de la police du commerce et de la lutte contre le travail au noir a rendu une décision autorisant les commerces assujettis à la loi sur les heures d'ouvertures des magasins (LHOM) à rester ouverts le dimanche 22 décembre 2024 jusqu'à 17 heures. Cette décision a été publiée dans la Feuille d'avis officielle du 20 septembre 2024.

Le droit pour ces commerces d'employer du personnel le dimanche 22 décembre 2024 relève exclusivement de l'application de la loi fédérale sur le travail (LTr), dont l'Office cantonal de l'inspection et des relations de travail (OCIRT) doit garantir l'application dans le canton de Genève.

Par décision constatatoire du 4 octobre 2024, l'OCIRT a considéré que du personnel peut être employé le dimanche 22 décembre 2024 sans autorisation en application de l'art. 19 al. 6 LTr.

Cette décision constatatoire a fait l'objet d'un recours des Syndicats A_____ et B_____ devant la Chambre administrative.

Les commerces assujettis à la LHOM sont informés qu'en cas d'admission par la Chambre administrative du recours des Syndicats A_____ et B_____, ils devront requérir de l'OCIRT une autorisation sur la base de l'art. 19 al. 3 LTr s'ils entendent employer du personnel le dimanche 22 décembre 2024, étant précisé que cet art. 19 al. 3 LTr prévoit que le travail dominical temporaire ne peut être autorisé qu'en cas de besoin urgent dûment établi. »

qu'ils ont enfin conclu à ce que l'appel en cause des associations C_____ et D_____ (ci-après, collectivement : les milieux intéressés) soit ordonné à titre préalable ;

qu'à l'appui de leur recours, les syndicats ont fait valoir, en résumé, que l'application de l'art. 19 al. 6 LTr supposait l'existence d'une réglementation cantonale d'application, faute

de quoi l'emploi de personnel les dimanches et jours fériés assimilés demeurait soumis à autorisation aux conditions restrictives prévues par l'art. 19 al. 2 et 3 LTr ; que, dans le canton de Genève, l'application de l'art. 19 al. 6 LTr était exclusivement régie par les art. 18 et 18A LHOM, adoptés en votation populaire le 27 novembre 2016 et dont la modification ultérieure par le Grand Conseil avait, sur *referendum*, été refusée en votation populaire le 28 novembre 2021 ; que l'art. 18A LHOM soumettait la possibilité, prévue de l'art. 19 al. 6 LTr, d'employer du personnel sans autorisation spécifique trois dimanches par an (en plus du 31 décembre, visé par l'art. 18 LHOM) à l'existence d'une convention collective de travail (ci-après : CCT) étendue couvrant la branche du commerce de détail, condition en l'état non réalisée ; que l'art. 7 LHOM, dont la teneur actuelle était bien antérieure à l'adoption par le législateur fédéral de l'art. 19 al. 6 LTr, ne traitait ni de l'ouverture dominicale des commerces ni de la possibilité d'employer du personnel les dimanches et jours assimilés ; que cette disposition ne pouvait donc, comme l'avait fait l'OCIRT, être invoquée au titre de disposition d'application de l'art. 19 al. 6 LTr pour dispenser les employeurs potentiels d'obtenir une autorisation, au sens de l'art. 19 al. 3 LTr, pour employer du personnel le dimanche ;

qu'au vu de la proximité de l'ouverture dominicale projetée et des impératifs de planification qui en résultaient, il était souhaitable qu'il soit statué au fond d'ici au 30 novembre 2024 ; qu'il importait par ailleurs que les associations patronales et les employeurs de la branche ne puissent se prévaloir de la décision de la PCTN du 20 septembre 2024 pour se considérer en droit d'employer du personnel le 22 décembre 2024 sans autorisation au sens de la LTr, et ne puissent non plus invoquer leur bonne foi pour ne pas appliquer l'arrêt qui sera rendu ; qu'il convenait donc, afin de garantir les intérêts légitimes des employeurs et des travailleurs concernés, de veiller à ce que ceux-ci soient informés de la situation juridique par la publication dans la FAO, à trois reprises, d'une ordonnance de la chambre administrative conforme au texte figurant dans leurs conclusions ;

que, par détermination du 29 octobre 2024, l'OCIRT s'est opposé aux mesures provisionnelles requises ; que celles-ci équivalaient selon lui à une restitution de l'effet suspensif au recours puisqu'elles auraient pour conséquence que, si aucune décision sur le fond n'était rendue avant le 22 décembre 2024, il ne serait pas possible d'employer du personnel à cette date ; que les conditions d'une telle restitution de l'effet suspensif n'étaient en l'espèce pas réunies ; qu'il existait en particulier un intérêt public prépondérant, au sens de l'art. 7 LHOM, au maintien du caractère exécutoire de la décision contestée ; que cette dernière disposition permettait à l'autorité compétente, soit la PCTN, de déroger aux dispositions de la LHOM, y compris à son art. 16 prévoyant une interdiction du travail dominical, et ce dans les limites autorisées par l'art. 19 al. 6 LTr ; qu'à cela s'ajoutait que l'art. 18A LHOM, dès lors qu'en soumettant l'application de l'art. 19 al. 6 LTr à l'existence d'une CCT étendue il visait à protéger les travailleurs, était incompatible avec la législation fédérale, qui réglait cette question de manière exhaustive ; que l'exécution de la décision contestée n'entraînait enfin aucun préjudice difficilement réparable, en particulier pour les travailleurs concernés puisque, d'une part, l'art. 19 al. 5 LTr leur permettait de refuser de travailler le 22 décembre 2024 et que, d'autre part, leurs conditions d'emploi lors d'une ouverture dominicale étaient fixées par le contrat-type de travail du secteur du commerce de

détail (CTT-CD ; J 1 50.17), lequel, dans sa teneur entrée en vigueur le 1^{er} novembre 2024, prévoyait dans cette hypothèse une majoration de 100% du salaire et un congé compensatoire majoré de 100% des heures effectuées ; que, s'agissant des publications requises par les syndicats recourants, elles visaient un effet d'avertissement étranger à une procédure de recours ; qu'il informait d'ores et déjà spontanément les employeurs le sollicitant au sujet de l'ouverture dominicale du 22 décembre 2024 de l'existence de la présente procédure de recours ;

que, par observations du 30 octobre 2024, les milieux intéressés, dont l'appel en cause a été ordonné, ont eux aussi conclu au rejet des mesures provisionnelles requises ; que la possibilité d'employer du personnel le 22 décembre 2024 avait selon eux été définitivement admise par la décision de la PCTN du 20 septembre 2024, non contestée, de telle sorte que le recours était irrecevable ; qu'il était en outre mal fondé, d'une part car l'art. 7 LHOM permettait à l'OCIRT de déroger à l'interdiction du travail dominical et d'autre part car l'art. 18A LHOM était contraire au droit fédéral, le Tribunal fédéral ayant confirmé que les dispositions cantonales d'application de la LTr ne pouvaient avoir pour but la protection des travailleurs dès lors que cette question était exclusivement réglée par le droit fédéral ; que les mesures requises revenaient en réalité à anticiper la décision qui pourrait être rendue au fond, ce qui n'était pas admissible ; que le maintien de l'effet exécutoire de la décision attaquée n'entraînait enfin aucun risque de dommage difficile à réparer ;

que, par réplique sur mesures provisionnelles du 1^{er} novembre 2024, les syndicats ont persisté dans leurs conclusions et leur argumentation ; qu'ils ont précisé, en relation avec l'argumentation de l'OCIRT et des milieux concernés relative à la conformité au droit fédéral de l'art. 18A LHOM, que cette disposition pouvait viser un but de protection des travailleurs compte tenu de la délégation législative aux cantons prévue par l'art. 19 al. 6 LTr ;

que la cause a été gardée à juger sur mesures provisionnelles le 4 novembre 2024 ;

considérant, en droit, l'art. 9 al. 1 du règlement interne de la chambre administrative de la Cour de justice du 26 mai 2020, à teneur duquel les décisions sur effet suspensif sont prises par le président de ladite chambre, respectivement par la vice-présidente, ou en cas d'empêchement de ceux-ci, par un juge ;

qu'aux termes de l'art. 66 LPA, sauf disposition légale contraire, le recours a effet suspensif à moins que l'autorité qui a pris la décision attaquée n'ait ordonné l'exécution nonobstant recours (al. 1) ; que toutefois, lorsque aucun intérêt public ou privé prépondérant ne s'y oppose, la juridiction de recours peut, sur la demande de la partie dont les intérêts sont gravement menacés, retirer ou restituer l'effet suspensif (al. 3) ;

que selon la jurisprudence constante de la chambre administrative, des mesures provisionnelles ne sont légitimes que si elles s'avèrent indispensables au maintien d'un état de fait ou à la sauvegarde d'intérêts compromis (ATF 119 V 503 consid. 3 ; ATA/795/2021 du 4 août 2021 ; ATA/1043/2020 du 19 octobre 2020 ; ATA/303/2020 du 19 mars 2020) ;

qu'elles ne sauraient, en principe, anticiper le jugement définitif (Isabelle HÄNER, Vorsorgliche Massnahmen in Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess in RDS 1997 II 253-420, 265) ; que, par ailleurs, l'octroi de mesures provisionnelles présuppose l'urgence,

à savoir que le refus de les ordonner crée pour l'intéressé la menace d'un dommage difficile à réparer (ATF 130 II 149 consid. 2.2 ; 127 II 132 consid. 3) ;

que lors de l'octroi ou du retrait de mesures provisionnelles, l'autorité de recours dispose d'un large pouvoir d'appréciation qui varie selon la nature de l'affaire (arrêt du Tribunal fédéral 2C_1161/2013 du 27 février 2014 consid. 5.5.1) ;

qu'en l'espèce la décision contestée est de nature constatatoire, de telle sorte que, comme le relèvent les recourants, une restitution de l'effet suspensif au recours demeurerait sans effet ; qu'une telle restitution n'aurait en particulier pas pour conséquence de faire naître ou renaître une obligation pour les employeurs souhaitant faire travailler du personnel le 22 décembre 2024 de solliciter une autorisation en ce sens, une telle obligation résultant le cas échéant directement de la législation applicable et la décision contestée se bornant à en nier l'existence sans pour autant autoriser l'emploi de personnel à cette date ;

qu'il n'en demeure pas moins que, dans la mesure où elle exprime la compréhension que l'autorité intimée a de la réglementation applicable, soit que l'emploi sans autorisation préalable de personnel le 22 décembre 2024 dans les commerces assujettis à la LHOM serait conforme à la LHOM et à la LTr, la décision contestée est de nature à avoir une influence sur le comportement des personnes concernées, en particulier des potentiels employeurs qui, selon l'issue de la procédure de recours pourraient *a posteriori* avoir été induits en erreur sur le caractère licite d'un tel emploi de personnel ;

que les mesures provisionnelles sollicitées visent ainsi, par des mesures de publicité, à attirer l'attention de l'ensemble des personnes concernées sur l'existence de la présente procédure de recours et sur la possibilité que, selon son issue, l'emploi de personnel sans autorisation le 22 décembre 2024 dans les commerces assujettis à la LHOM soit considéré comme violant l'art. 18 al. 1 LTr ;

qu'il n'appartient toutefois pas à la chambre administrative de porter à la connaissance du public, ou d'une partie du public, le fait qu'une décision administrative ait fait l'objet d'un recours devant elle, ni d'attirer son attention sur les enjeux de la procédure de recours et les éventuelles conséquences d'une admission de celui-ci ;

que, dans le cas d'espèce, les parties à la procédure de recours comprennent des associations de défense tant des travailleurs que des employeurs ; qu'il peut être attendu de leur part qu'elles prennent les mesures qu'elles estimeront nécessaires en vue de la protection de leurs membres, par exemple en les informant sur l'existence, le déroulement et l'issue de la présente procédure de recours ;

que l'autorité intimée, dont il n'est ni allégué ni établi qu'elle aurait rendu publique la décision contestée, a par ailleurs indiqué qu'elle donnait spontanément une telle information aux employeurs s'adressant à elle en relation avec l'ouverture dominicale du 22 décembre 2024 ;

que l'on peut raisonnablement penser que, par les canaux d'information décrits ci-dessus, une majorité des personnes concernées par la question litigieuse ont été ou seront orientées sur la présente procédure de recours et son enjeu ; que l'on peut à l'inverse douter

qu'une personne concernée qui par hypothèse n'aurait reçu les informations pertinentes ni de l'une des parties ni de l'OCIRT en prenne connaissance par la lecture de la FAO ;

que les mesures sollicitées ne sont donc ni nécessaires ni même, selon toute probabilité, utiles pour atteindre l'objectif d'information poursuivi par les recourants ;

que, si ceux-ci devaient être d'un avis contraire, ils conserveraient la possibilité de faire publier eux-mêmes une information dans une publication de leur choix ;

qu'il sera relevé par surabondance de droit que le prononcé par la chambre administrative d'une ordonnance dont le texte serait conforme aux conclusions sur mesures provisionnelles sollicitées préjugerait d'une partie du litige, ce qui n'est pas admissible ; qu'il résulte en effet de ce texte que la décision de la PCTN du 20 septembre 2024 serait sans effet sur le droit d'employer du personnel sans autorisation le 22 décembre 2024 et que ce droit relèverait exclusivement de la LTr alors même que ces deux points sont disputés ;

que ces motifs conduisent au rejet de la requête de mesures provisionnelles ;

qu'il sera statué ultérieurement sur les frais liés à la présente décision

LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

rejette la requête de mesures provisionnelles formée le 17 octobre 2024 par le A_____ et le B_____ ;

réserve le sort des frais de la procédure jusqu'à droit jugé au fond ;

dit que, conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - [RS 173.110](#)), la présente décision peut être portée dans les trente jours qui suivent sa notification par-devant le Tribunal fédéral :

- par la voie du recours en matière de droit public ;

- par la voie du recours constitutionnel subsidiaire, aux conditions posées par les art. 113 ss LTF, s'il porte sur le résultat d'examens ou d'autres évaluations des capacités, en matière de scolarité obligatoire, de formation ultérieure ou d'exercice d'une profession ;

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. La présente décision et les pièces en possession du recourant invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

communique la présente décision à Me Christian BRUCHEZ, avocat des recourants, à l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail ainsi qu'à Me Olivier SUBILIA, avocat des appelées en cause.

La vice-présidente :

F. PAYOT ZEN-RUFFINEN

Copie conforme de cette décision a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :