

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/4794/2008-DES

ATA/59/2010

ARRÊT

DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

du 3 février 2010

dans la cause

**FÉDÉRATION DES ARTISANS, COMMERÇANTS ET ENTREPRENEURS DE
GENÈVE**

et

ASSOCIATION GENEVOISE DES DÉTAILLANTS EN TEXTILES

et

ASSOCIATION GENEVOISE DES MAGASINS D'ARTICLES DE SPORT

et

**ASSOCIATION GENEVOISE DES MARCHANDS DE CHAUSSURES ET
MAROQUINIERS**

et

ASSOCIATION ROMANDE DES PAPETIERS

et

FNAC (SUISSE) S.A.

et

GRANDS MAGASINS MANOR, NORDMANN & CIE

et

PAPETERIE BRACHARD & CIE

et

SOCIÉTÉ COOPÉRATIVE MIGROS-GENÈVE

et

VISILAB S.A.

représentées par Me Olivier Jornot, avocat

contre

DÉPARTEMENT DE L'ÉCONOMIE ET DE LA SANTÉ

EN FAIT

1. Par arrêté du 30 novembre 2007, le département de l'économie et de la santé (ci-après : DES ou le département) a autorisé les magasins de vente au détail assujettis à la loi sur les heures d'ouverture des magasins du 15 novembre 1968 (LHOM - I 1 05) à ouvrir leurs portes les 21 et 22 décembre 2007 jusqu'à 21h00, respectivement 19h00.

L'autorisation était subordonnée à plusieurs conditions parmi lesquelles figuraient des compensations à accorder au personnel. Les travailleurs employés le 22 décembre 2007 entre 18h00 et 19h00 devaient notamment se voir allouer une compensation individuelle par un congé ou par le paiement de l'heure travaillée avec un supplément de 100%.

Cet arrêté entérinait un accord entre plusieurs partenaires sociaux parmi lesquels figuraient notamment les recourants.

2. Courant 2008, les syndicats SIT et UNIA représentant les travailleurs, d'une part, et des associations de commerçants représentant les employeurs, d'autre part (ci-après : les partenaires sociaux) ont tenté de trouver un accord au sujet de l'extension des heures d'ouvertures habituelles des magasins pendant les fêtes de fin d'année.
3. Dans le cadre de ces négociations, le 6 novembre 2008, le DES a invité les différents partenaires à trouver un accord. A défaut, il trancherait lui-même la question.
4. Le 20 novembre 2008, une séance tripartite (réunissant les représentants syndicaux et patronaux, ainsi que l'Etat) s'est tenue dans les locaux du DES aux fins de trouver un accord.

Au cours de cette séance, un projet d'arrêté a été remis aux personnes présentes par le représentant du DES.

Ce dernier a informé les parties qu'il attendrait leur accord pour valider l'arrêté.

5. Par courrier du 20 novembre 2008 adressé au président du DES, les syndicats SIT et UNIA ont déclaré avoir lu et approuvé ledit projet.
6. Par courriel envoyé le lendemain matin, la Fédération des artisans, commerçants et entrepreneurs de Genève (ci-après : le Fédération), représentant la position de la délégation patronale, a déclaré accepter le projet d'arrêté.

Cette proposition était « mesurée » et respectait la LHOM (art. 7 et 14 a).

7. Le même jour, vers midi, le DES a adopté l'arrêté relatif à l'ouverture des magasins de vente au détail les soirs des 13, 20, 22 et 24 décembre 2008, dont la teneur est identique à celle du projet d'arrêté soumis aux intéressés lors de la séance du 20 novembre 2008.

Cet arrêté se fondait notamment sur l'accord écrit des partenaires sociaux relatif aux heures d'ouvertures des magasins, sur les conventions collectives de travail en vigueur et sur les accords paritaires portant sur les compensations à accorder au personnel pour les ouvertures prolongées objets du présent arrêté.

L'autorisation d'ouvrir les magasins les jours prévus était subordonnée à différentes conditions liées à la durée du travail (chapitre I de l'arrêté) et aux compensations accordées au personnel (chapitre II de l'arrêté). S'agissant de ce dernier point, il était prévu que « le personnel employé les samedi 13 et 20 décembre 2008 entre 18h00 et 19h00 devait se voir allouer une compensation individuelle par un congé ou par le paiement de l'heure travaillée avec un supplément de 100% », à l'instar de ce qui avait été prévu en 2007 pour le 22 décembre 2007.

8. Une heure plus tard, le département a informé la délégation patronale par courrier électronique que l'arrêté litigieux avait été signé par son président.
9. Cet arrêté a été publié dans la FAO le 28 novembre 2008, sans indication de voie et délais de recours.
10. Le 22 décembre 2008, la Fédération, l'association romande des papetiers (section Genève), Visilab S.A., Grands Magasins Manor, Nordmann & Cie, la société coopérative Migros-Genève, Fnac (Suisse) S.A., la papeterie Brachard & Cie, l'association genevoise des détaillants en textile, l'association genevoise des marchands de chaussures et maroquiniers et l'association genevoise des magasins d'articles de sport ont recouru contre l'arrêté précité auprès du Tribunal administratif. Ils concluent principalement à ce que sa nullité soit constatée, et subsidiairement, à son annulation.

L'arrêté litigieux était une décision sujette à recours au sens de l'art. 4 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10) qui n'avait pas été correctement notifiée aux destinataires, ceux-ci ne l'ayant pas reçue personnellement. Aucune voie de droit ne leur avait en outre été signifiée.

Les associations recourantes bénéficiaient de la qualité pour recourir, car elles remplissaient les conditions du recours corporatif. Les entreprises recourant pour leur propre compte étaient, quant à elles, directement touchées par la décision attaquée.

Elles n'avaient pris conscience de l'existence du point 2 de l'arrêté (compensation accordée au personnel) qu'après l'adoption de ce dernier par le département. Or, cette clause n'avait fait l'objet d'aucun accord dans le cadre des négociations. Elle résultait vraisemblablement d'un « copié-collé » maladroit de l'arrêté 2007. Elle ne pouvait déployer d'effets juridiques, en l'absence de tout accord sur son contenu.

L'arrêté litigieux était nul, car la majoration prévue, de 100% de l'heure travaillée, ne reposait sur aucune base légale. Il violait la loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce du 13 mars 1964 (LTr - RS 822.11), la LHOM et la CCT-CD, qui ne prévoyaient aucune compensation pour les heures et jours d'ouverture ayant fait l'objet de l'arrêté.

La possibilité de déroger à une clause figurant dans la CCT-CD nécessitait une demande écrite et signée par l'ensemble des parties à la convention et le respect de la procédure correspondante, ce qui n'avait pas été le cas en l'espèce.

11. Le 23 décembre 2008, la Tribune de Genève a publié l'article « Shopping de Noël : les magasins font recours contre l'arrêté de l'Etat ».

Relayant les propos de Mme Fabienne Gautier, présidente de la Fédération, ce journal a indiqué que celle-ci avait "demandé à (ses) membres de tout de même respecter ces mesures compensatoires (car) le personnel (n'avait) pas à subir les conséquences de mauvais calculs juridiques de la part de l'Etat ».

12. Le Conseiller d'Etat en charge du DES a répondu au recours le 16 février 2009 et conclut à son rejet.

S'agissant de la recevabilité du recours, le DES s'en rapportait à justice. L'intérêt actuel des recourantes semblait néanmoins faire défaut, celles-ci s'étant déjà acquittées de la compensation litigieuse auprès de leur personnel et aucune intention d'obtenir de ce dernier la restitution de la compensation n'était démontrée.

Depuis 2006, la commission du commerce de détail réunissait les partenaires syndicaux et patronaux sous l'égide du DES pour trouver des accords sur l'avancement des dossiers du commerce genevois, notamment en matière d'heures d'ouverture des magasins de vente au détail.

Cette commission avait tenu cinq séances, les 3 juin, 9 et 23 septembre, 28 octobre et 20 novembre 2008 lors desquelles la question des horaires d'ouverture des magasins pendant la période des fêtes de fin d'année avait été âprement discutée.

Le projet remis aux partenaires sociaux lors de la dernière séance avait la même teneur que l'arrêté litigieux. Il reprenait les compensations fixées en 2007

dont la fédération ne contestait pas la légitimité. La disposition y relative n'avait ainsi rien d'insolite. Le DES avait estimé, en l'intégrant dans le projet, qu'elle reflétait la volonté des parties. Cette clause avait été expressément validée par les parties à la négociation. Même si tel n'était pas le cas, l'art. 6 de la loi fédérale complétant le Code civil suisse du 30 mars 1911 (Livre cinquième : Droit des obligations - CO - RS 220), qui disposait que le contrat était réputé conclu si l'offre n'était pas refusée dans un délai convenable, était applicable.

Il aurait été exclu, pour le département, d'adopter cet arrêté en l'absence de l'accord exprès de ses partenaires.

Sur le fond, la compensation salariale fixée était conforme à la LTr et à la CCT-CD, car elle était favorable aux travailleurs (art. 357 CO).

13. Les recourantes ont répliqué par acte du 16 mars 2009 en persistant dans leurs conclusions.

Elles conservaient un intérêt actuel au recours pour deux raisons. Il était impossible d'affirmer, d'une part, que tous les commerces touchés par l'arrêté avaient octroyé la compensation litigieuse. D'autre part, l'adoption de celle-ci risquait de se renouveler et il convenait d'en examiner la légalité.

Sur le fond, elles n'ont pas apporté d'éléments complémentaires à leur précédente argumentation.

14. Le département a dupliqué le 9 avril 2009 et a campé sur ses positions.
15. Le 18 mai 2009, les parties n'ayant plus de requête complémentaire à formuler, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. Selon l'art. 56A al. 2 de la loi sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 (LOJ - E 2 05), le recours au Tribunal administratif est ouvert contre les décisions des autorités et juridictions administratives, au sens des articles 4, 5, 6, alinéa 1, lettre d et 57 LPA, sauf exception prévue par la loi.
2. L'arrêté du DES doit être qualifié de décision pour qu'un recours au Tribunal administratif soit ouvert sur la base de cette disposition.

Selon l'art. 7 LHOM, le département peut accorder des dérogations aux heures légales d'ouverture des magasins prévues par la loi, lorsqu'un intérêt commercial ou touristique évident le justifie, 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. Le département prend l'avis des associations professionnelles intéressées.

Cette disposition donne la possibilité à l'autorité administrative d'accorder, par une décision, à un cercle déterminé de commerces, une autorisation dérogatoire à l'occasion d'une circonstance particulière. Comme l'indique la deuxième phrase de l'art. 7 LHOM, ce pouvoir est unilatéral et ne nécessite pas l'approbation - mais uniquement la consultation - des associations professionnelles concernées.

L'arrêté litigieux accorde aux magasins le droit d'ouvrir leurs portes en dehors des heures d'ouverture ordinaires prescrites par la LHOM. Il ne peut être qualifié de convention collective de travail, qui se définit comme un accord passé entre, d'une part, des employeurs ou associations professionnelles et, d'autre part, des associations de travailleurs, afin de définir le contenu des relations que noueront leurs membres dans les contrats individuels de travail (art. 356 al. CO). Il n'est pas non plus une demande d'extension de la CCT-CD, qui est prononcée par l'autorité compétente sur requête de toutes les parties contractantes (art. 1 de la loi fédérale permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail du 28 septembre 1956 - RS 221.215.311). Enfin, il n'est pas un acte général et abstrait pris sur la base d'une compétence législative déléguée ; il est une décision unilatérale prononcée par une autorité administrative (le DES ; art. 5 let. c LPA), individuelle (en ce sens qu'elle concerne un nombre élevé mais déterminé de destinataires ; P. MOOR, Droit administratif, vol. 2, 2ème éd., Berne 2002, p. 171, n. 2.1.2.6) et concrète (puisqu'elle vise uniquement les soirs des 13, 20, 22 et 24 décembre de l'année 2008 ; P. MOOR, ibidem), prise sur la base du droit public cantonal (l'art. 7 LHOM).

Il s'agit donc d'une décision au sens de l'art. 4 LPA, susceptible de recours au Tribunal administratif.

3. La décision attaquée a été notifiée par voie édictale, conformément à l'art. 46 al. 4 LPA, applicable en raison du nombre élevé des destinataires concernés.
4. Conformément à l'art. 46 al. 1^{er} LPA, cette décision aurait dû indiquer les voies et délais de recours. L'informalité n'ayant pas causé de préjudice aux parties, qui ont recouru en temps utile (art. 17 al. 3 LPA en relation avec l'art. 63 let. a LPA), elle est sans conséquences en l'espèce (art. 47 LPA).
5. Les associations recourantes sont désignées par leurs statuts pour défendre les intérêts de leurs membres, qui sont tous touchés par la décision attaquée. Les entreprises recourantes sont également visées par cette décision. En outre, même s'ils ont payé les compensations salariales litigieuses à leurs employés, les entreprises recourantes et les membres des associations concernées disposent

encore d'un intérêt actuel au recours, les propos de la Fédération, relayés par la presse, ne suffisant pas à démontrer à satisfaction de droit que tous les commerces concernés ont payé sans réserves les sommes contestées et qu'ils ont définitivement renoncé à répéter ou compenser l'éventuel indu (ATF 135 I 79 consid. 1 p. 82 ; 106 Ia 151 ; 99 V 78).

Au vu de ce qui précède, le recours est recevable.

6. La décision litigieuse comporte l'obligation, pour les commerces qui souhaitent exercer les droits qu'elle accorde, de compenser les heures de travail effectuées en sus, par un congé ou par un supplément de salaire de 100 % par heure travaillée.

Cette clause consiste en une charge, laquelle se définit comme une obligation que la décision impose à l'administré accessoirement au droit ou à l'obligation qui en font son objet même (P. MOOR, Droit administratif, vol. 2, 2ème éd., Berne 2002, p. 78, n. 1.2.4.3. ; appelée parfois "condition" par la doctrine ou la jurisprudence ; p. ex. : ATF 117 I 136 ; sur la terminologie utilisée, cf. P. MOOR, idem, p. 79, n. 1.2.4.3).

La validité des charges est régie par le principe de la légalité. En administration liée - soit lorsque l'autorité ne dispose pas de pouvoir d'appréciation - celle-ci ne peut imposer des charges aux administrés que si la loi le prévoit. En revanche, lorsque l'autorité est libre d'accorder ou non la dérogation demandée (administration libre), elle peut adjoindre à la décision des charges, sous la seule réserve que celles-ci respectent l'intérêt public et la proportionnalité. Cette prérogative découle du principe "qui peut le plus peut le moins" : si l'autorité est en droit de refuser toute dérogation, elle peut également l'accorder munie de clauses accessoires à la charge de ses bénéficiaires (P. MOOR, op. cit., p. 79, n. 1.2.4.3 let. b).

En l'espèce, l'art. 7 LHOM dispose que l'autorité "peut" accorder des dérogations aux heures d'ouverture légales des magasins, lorsque les conditions prescrites par cette disposition sont réunies. L'administration est libre, de sorte que seuls doivent être examinés l'intérêt public et la proportionnalité des compensations salariales fixées.

Ces dernières sont calquées sur celles que les parties avaient acceptées pour l'année 2007. Elles ont pour but la protection des travailleurs, qui représente un intérêt public important. Elles sont établies en faveur du travailleur et ne dérogent pas au droit impératif (art. 358 CO et 361 applicables par analogie ; art. 71 let. c LTr). Elles n'apparaissent enfin pas disproportionnées, au vu notamment du très faible nombre d'heures qu'elles concernent (une heure les samedis 13 et 20 décembre 2008).

Elles sont donc valables, indépendamment de l'accord ou du désaccord intervenu.

Le recours sera donc rejeté.

7. Un émolument de CHF 2'000.- sera mis à la charge des recourantes, prises conjointement et solidairement (art. 87 LPA).

* * * * *

**PAR CES MOTIFS
LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF**

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 22 décembre 2008 par la Fédération des artisans commerçants et entrepreneurs de Genève, l'association romande des papetiers (section Genève), Visilab S.A., Grands Magasins Manor, Nordmann & Cie, la société coopérative Migros-Genève, Fnac (Suisse) S.A., la papeterie Brachard & Cie, l'association genevoise des détaillants en textile, l'association genevoise des marchands de chaussures et maroquiniers et l'association genevoise des magasins d'articles de sport contre l'arrêté du département de l'économie et de la santé du 21 novembre 2008 ;

au fond :

le rejette ;

met à la charge des recourantes, prises conjointement et solidairement, un émolument de CHF 2'000.- ;

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 ; 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 jointes à l'envoi ;

communique le présent arrêt à Me Olivier Jornot, avocat des recourantes, ainsi qu'au département de l'économie et de la santé.

Siégeants : Mme Bovy, présidente, M. Thélin, Mmes Hurni et Junod, M. Dumartheray,
juges.

Au nom du Tribunal administratif :

la greffière-juriste :

C. Del Gaudio-Siegrist

la présidente :

L. Bovy

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :