

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3426/2024-EXPLOI

ATA/1394/2024

**COUR DE JUSTICE**

**Chambre administrative**

**Arrêt du 28 novembre 2024**

dans la cause

**A** \_\_\_\_\_

et

**B** \_\_\_\_\_

représentés par Me Christian BRUCHEZ, avocat

**recourants**

contre

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

et

**C** \_\_\_\_\_

et

**D** \_\_\_\_\_

représentés par Me Olivier SUBILIA, avocat

**intimé**

**appelés en cause**

---

## EN FAIT

- A.**
- a.** Le A\_\_\_\_\_ (ci-après : A\_\_\_\_\_ ) est une association ayant pour but de répondre aux aspirations des travailleurs.
  - b.** Le B\_\_\_\_\_ (ci-après : B\_\_\_\_\_ ) est un syndicat interprofessionnel organisé sous la forme d'une association et ayant notamment pour but de défendre et promouvoir les intérêts sociaux, économiques, politiques, professionnels et culturels des travailleurs.
  - c.** Ces deux associations sont notamment actives dans le commerce de détail.
  - d.** La C\_\_\_\_\_ est une association ayant notamment pour but de promouvoir les intérêts communs de ses membres (économiques et sociaux).
  - e.** D\_\_\_\_\_ est une association ayant notamment pour but de développer, promouvoir, représenter et défendre les valeurs et intérêts communs et généraux de tous ses membres en tant qu'entreprises actives à Genève dans le secteur du commerce de détail auprès des autorités et du public en général.
- B.**
- a.** Par décision du 20 septembre 2024, la direction de la police du commerce et de lutte contre le travail au noir (ci-après : PCTN), statuant sur une requête en ce sens des « milieux professionnels », notamment la C\_\_\_\_\_ et D\_\_\_\_\_ (ci-après, collectivement : les milieux intéressés), 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. Elle a astreint les employeurs à appliquer au personnel occupé ce jour-là diverses prescriptions légales ou conventionnelles rappelées dans la décision. Était en particulier réservée 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).
- 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.
- b.** Le A\_\_\_\_\_ et B\_\_\_\_\_ (ci-après, collectivement : les syndicats) ont invité l'OCIRT à rendre une décision constatatoire 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.
  - c.** Par décision du 4 octobre 2024, déclarée exécutoire nonobstant recours, l'OCIRT a constaté que du personnel pouvait être employé le dimanche 22 décembre 2024 sans autorisation, en application de l'art. 19 al. 6 LTr.

- C. a.** Par acte remis au guichet du greffe le 17 octobre 2024, les syndicats ont interjeté recours auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre cette décision, concluant à son annulation 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. 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 dans la FAO, à trois reprises, d'une ordonnance de mesures provisionnelles dont ils ont soumis le texte. Ils ont enfin conclu à l'appel en cause des milieux intéressés.

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 prévues par l'art. 19 al. 2 et 3 LTr. À Genève, l'application de l'art. 19 al. 6 LTr était exclusivement régie par les art. 18 et 18A LHOM. L'art. 18A LHOM soumettait la possibilité d'employer du personnel sans autorisation spécifique trois dimanches par an 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. L'art. 7 LHOM, dont la teneur actuelle était antérieure à l'adoption 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. Cette disposition ne pouvait donc être invoquée au titre de disposition d'application de l'art. 19 al. 6 LTr pour dispenser les employeurs d'obtenir une autorisation pour employer du personnel le dimanche.

- b.** L'OCIRT s'en est remis à justice sur l'appel en cause des milieux intéressés et a conclu au rejet de la requête de mesures provisionnelles.

L'art. 7 LHOM devait être appliqué lorsqu'une dérogation limitée était demandée pour un ou deux dimanches. L'art. 18A LHOM s'appliquait lorsque l'objectif était d'ouvrir les commerces de manière planifiée trois dimanches par an. Il avait pour but de créer un cadre permanent pour les ouvertures dominicales, tandis que l'art. 7 LHOM permettait d'apporter une réponse flexible aux besoins ponctuels. Pour le surplus, l'art. 18A LHOM contrevenait au droit fédéral.

- c.** Les milieux intéressés ont conclu à l'admission de leur appel en cause et au rejet de la requête de mesures provisionnelles.

Il incombait aux recourants de recourir contre la décision du 20 septembre 2024. Dans la mesure où ils ne l'avaient pas fait, la décision était entrée en force. La LHOM prévoyait trois régimes, ceux des art. 7, 18 et 18A LHOM. L'art. 18A LHOM imposait à l'autorité de fixer trois dimanches par an en bloc s'il existait une CCT étendue. L'art. 7 LHOM permettait de déroger à la loi et donc en particulier aux art. 18 et 18A LHOM.

**d.** Les recourants ont relevé que compte tenu de la répartition des compétences entre l'OCIRT et la PCTN, l'absence de recours contre la décision du 20 septembre 2024 ne rendait pas sans objet la procédure. Si l'art. 18A LHOM devait être considéré comme inconstitutionnel, il n'existerait alors plus de base légale permettant de mettre en œuvre l'art. 19 al. 6 Ltr.

**e.** L'OCIRT a conclu au rejet du recours.

Ni la LTr, ni la jurisprudence, ni les discussions parlementaires ne prévoyaient d'exigences sur la procédure de mise en œuvre de l'art. 19 al. 6 LTr. Dès lors, une décision prise par l'autorité compétente permettant l'ouverture des commerces un dimanche suffisait pour appliquer l'art. 19 al. 6 LTr. En toute hypothèse, l'art. 7 LHOM constituait une base légale suffisante pour appliquer l'art. 19 al. 6 Ltr. Il existait une volonté du législateur d'appliquer l'art. 19 al. 6 Ltr et l'art. 7 LHOM contenait une clause dérogatoire générale à toutes les dispositions de la loi. Son but était de permettre des dérogations en cas de besoin économique ou touristique.

L'art. 18A LHOM visait l'ouverture des commerces pour trois dimanches par an de manière globale en dehors de toute période touristique ou économiquement intéressante. Le champ d'application de l'art. 7 LHOM pour permettre une ouverture dominicale était plus restreint. Les deux dispositions étaient ainsi amenées à « cohabiter » car elles poursuivaient des buts différents. En l'absence d'application de l'art. 18A LHOM, l'art. 7 LHOM permettait une ouverture le dimanche.

**f.** Le 7 novembre 2024, la chambre administrative a appelé en cause les milieux intéressés.

**g.** Ces derniers ont conclu au rejet du recours.

La compétence cantonale d'ouvrir le dimanche reposait directement sur le droit fédéral, de sorte qu'il n'y avait pas besoin d'une norme cantonale d'exécution. L'art. 7 LHOM était une règle de répartition des compétences. L'argument selon lequel sa rédaction antérieure à l'art. 19 al. 6 LTr interdisait de la prendre en considération sur le fond tombait ainsi à faux.

La décision avait été prise par la PCTN qui avait manifesté la volonté du canton dans le cadre de la première décision relative à l'ouverture des commerces le dimanche. La décision avait également porté sur l'emploi des travailleurs le dimanche.

**h.** Le 15 novembre 2024, la chambre administrative a rejeté la requête de mesures provisionnelles formée par les syndicats.

**i.** Les recourants ont persisté dans leurs conclusions et leur argumentation.

**j.** Sur ce, la cause a été gardée à juger, 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), étant précisé que les recourants, en leur qualité d'associations de travailleurs actives notamment dans le domaine concerné, soit le commerce de détail, disposent de la qualité pour recourir contre la décision attaquée selon l'art. 58 LTr.

2. Il convient de déterminer et de délimiter l'objet du litige.

2.1 L'objet du litige est principalement défini par l'objet du recours (ou objet de la contestation), les conclusions du recourant et, accessoirement, par les griefs ou motifs qu'elle ou il invoque. L'objet du litige correspond objectivement à l'objet de la décision attaquée, qui délimite son cadre matériel admissible (ATF 136 V 362 consid. 3.4 et 4.2 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C\_581/2010 du 28 mars 2011 consid. 1.5 ; ATA/333/2024 du 5 mars 2024 consid. 3.1).

2.2 En l'espèce, par décision du 20 septembre 2024, la PCTN a autorisé les commerces assujettis à la LHOM à rester ouverts le dimanche 22 décembre 2024 jusqu'à 17h00 et a expressément réservé l'application des dispositions de la LTr, notamment celles relatives à l'occupation des travailleurs le dimanche.

Par décision du 4 octobre 2024, soit celle dont est recours, l'OCIRT a constaté que du personnel pouvait être employé le dimanche 22 décembre 2024 sans autorisation, en application de l'art. 19 al. 6 LTr.

La décision du 20 septembre 2024 n'a fait l'objet d'aucun recours et est donc entrée en force. Le litige ne peut ainsi pas porter sur l'autorisation délivrée aux commerces assujettis à LHOM de rester ouverts le dimanche 22 décembre 2024 jusqu'à 17h00. En revanche, ladite décision ne règle pas la question de savoir si les travailleurs peuvent être occupés sans autorisation le dimanche 22 décembre 2024, puisqu'elle a expressément réservé l'application des dispositions de la LTr. Cette question a été tranchée, pour la première fois, dans la décision du 4 octobre 2024, laquelle fait l'objet du présent recours.

Le litige porte donc exclusivement sur la question de savoir si du personnel peut être employé sans autorisation le dimanche 22 décembre 2024, étant précisé qu'il est sans importance qu'aucun recours n'ait été interjeté contre la décision du 20 septembre 2024 puisque celle-ci ne règle pas la question litigieuse, tranchée postérieurement par la décision querellée.

3. Les recourants contestent que les commerces concernés pourront employer du personnel soumis à la LTr le dimanche 22 décembre 2024 sans autorisation. Ils soutiennent que ledit personnel ne pourra être occupé que si l'employeur bénéficie d'une autorisation de l'OCIRT octroyée en application de l'art. 19 al. 3 LTr.

3.1 Selon son art. 1, la LTr s'applique, sous réserve des art. 2 à 4, non pertinents en l'espèce, à toutes les entreprises publiques et privées (al. 1). Il y a entreprise selon la loi lorsqu'un employeur occupe un ou plusieurs travailleurs de façon durable ou

temporaire, même sans faire usage d'installations ou de locaux particuliers. Lorsque les conditions d'application de la loi ne sont remplies que pour certaines parties d'une entreprise, celles-ci sont seules soumises à la loi (al. 2).

La LTr repose sur plusieurs dispositions constitutionnelles, parmi lesquelles l'art. 110 al. 1 let. a et b de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst - RS 101) relatif à la compétence législative en matière de protection des travailleurs. Le but premier de la LTr est la protection des travailleurs (Hans-Ulrich SCHEIDEGGER/Christine PITTELOUD, *in* commentaire LTr, 2005, *ad* art. 6 ch. 7).

**3.2** 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 - OLT 1 - RS 822.111).

L'art. 19 LTr prévoit que les dérogations à l'interdiction de travailler le dimanche sont soumises à autorisation (al. 1). Le travail dominical régulier ou périodique est autorisé lorsque des raisons techniques ou économiques le rendent indispensable (al. 2). Le travail dominical temporaire est autorisé en cas de besoin urgent dûment établi. L'employeur accorde une majoration de salaire de 50% au travailleur (al. 3). Le travailleur ne peut être affecté au travail dominical sans son consentement (al. 5). Les cantons peuvent fixer au plus quatre dimanches par an pendant lesquels le personnel peut être employé dans les commerces sans qu'une autorisation soit nécessaire (al. 6).

L'art. 19 al. 6 LTr permet d'occuper du personnel quatre dimanches par an sans avoir à apporter la preuve du besoin urgent, exigence posée par l'al. 3 du même article (FF 2007 4051, 4054). Il relève de la compétence des cantons de déterminer s'ils veulent indiquer quatre dimanches par année dans lesquels les magasins peuvent ouvrir leur porte ou s'ils veulent y renoncer (FF 2007 4051, 4055).

**3.3** L'art. 19 LTr prévoit des dérogations à l'interdiction de travailler le dimanche. Ces dérogations peuvent être régulières ou périodiques en application de l'art. 19 al. 2 LTr ou alors temporaires au sens de l'art. 19 al. 3 LTr. Le 21 décembre 2007, le législateur a introduit un assouplissement supplémentaire en matière d'interdiction de travailler le dimanche et les jours fériés. Il a adopté un nouvel art. 19 al. 6 LTr qui est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2008 et qui autorise les cantons à fixer jusqu'à quatre dimanches par an pendant lesquels le personnel peut être employé dans les commerces, sans qu'une autorisation soit nécessaire. La compétence de fixer quatre dimanches durant lesquels il serait permis d'ouvrir librement les magasins était guidée par la volonté d'amener les cantons à se prononcer en la matière (ATF 145 II 360 consid. 3.2 ; Rapport du 24 avril 2007 de la Commission de l'économie et des redevances du Conseil national concernant l'ouverture sans restriction des magasins un nombre limité de dimanches, Initiative parlementaire ; FF 2007 4055 ch. 3).

Dans l'ATF 145 II 360 (cause 2C\_70/2019 du 16 septembre 2019), le Tribunal fédéral a constaté qu'à Fribourg, le Grand Conseil avait refusé toute ouverture dominicale, que ce soit à raison de quatre dimanches ou de deux dimanches par an. Il s'en ensuivait que, dans ce canton, de telles ouvertures étaient toujours subordonnées, comme c'était le cas avant le 1<sup>er</sup> juillet 2008, à la réalisation des conditions restrictives des al. 2 et 3 de l'art. 19 LTr (consid. 3.2).

**3.4** La LHOM s'applique à tous les magasins sis sur le territoire du canton de Genève (art. 1 LHOM). L'art. 7 al. 1 LHOM, entré en vigueur le 11 janvier 1992 et dont la teneur est restée jusque-là inchangée (à l'exception de la désignation de l'autorité compétente), prévoit que la PCTN peut accorder des dérogations aux dispositions de la LHOM, 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<sup>er</sup> juin et le 30 septembre ou, en dehors de ces dates, à l'occasion de manifestations spéciales. La PCTN 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 (ATA/59/2010 du 3 février 2010 consid. 2).

**3.5** Sous réserve de l'art. 18 LHOM – relatif à l'ouverture des commerces et à l'emploi de personnel le 31 décembre – et à moins que la LHOM n'en dispose autrement, tous les magasins qui ne sont pas au bénéfice d'une disposition dérogatoire de l'ordonnance 2 relative à la LTr doivent être fermés le dimanche et les jours fériés légaux (art. 16 LHOM).

**3.6** L'art. 18A LHOM, dans sa teneur depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2017, prévoit qu'en application de l'art. 19 al. 6 LTr, le personnel peut être employé sans autorisation et les commerces peuvent ouvrir au public trois dimanches par an jusqu'à 17 h lorsqu'il existe une CCT étendue au sens des art. 1, 1a et 2 LTr permettant d'étendre le champ d'application de la CCT, du 28 septembre 1956, dans la branche du commerce de détail du canton de Genève (al. 1). Après consultation des partenaires sociaux, la PCTN fixe les dimanches concernés de l'année. Ceux-ci sont annoncés dans les meilleurs délais (al. 2).

Selon les travaux préparatoires relatifs au projet de révision de la LHOM (PL 11'811), l'art. 18 LHOM tel qu'initialement proposé par le Grand Conseil avait la teneur suivante : « en application de l'art. 19 al. 6 LTr, le département autorise l'ouverture des commerces le 31 décembre et trois dimanches par an jusqu'à 17h00 ». Le projet de révision de la LHOM constituait un contreprojet à l'initiative populaire cantonale « Touche pas à mes dimanches » (IN 155) qui prévoyait, sous réserve de l'art. 18 LHOM alors en vigueur, que tous les magasins devaient être fermés le dimanche et les jours fériés légaux sauf ceux qui étaient au bénéfice d'une disposition dérogatoire de l'ordonnance 2 relative à la LTr (OLT2) autre que l'art. 25 OLT 2. Le contreprojet à l'IN 155 entendait permettre au canton de faire

usage des possibilités d'ouverture offertes par le droit fédéral à l'art. 19 al. 6 LTr (exposé des motifs du PL 11'811, ch. 1.1).

Les heures d'ouverture des magasins ne sont pas réglementées au niveau fédéral mais sont régies par le droit cantonal, sous réserve des dispositions de la LTr pour tout ce qui a trait à l'occupation du personnel (*ibid.*, ch. 1.2). L'occupation du personnel dans les magasins le dimanche et les jours fériés est régie par la LTr. Celle-ci consacre, pour toutes les entreprises et personnes soumises au champ d'application, le principe de l'interdiction de travailler le dimanche et les jours fériés, sous réserve de dérogations accordées à des conditions particulièrement restrictives. Pour des raisons évidentes, la LTr prévoit pour certaines catégories de commerces un régime d'exception. Enfin, la LTr accorde aux cantons la faculté de fixer quatre dimanches par an (les jours fériés étant assimilés à des dimanches), pendant lesquels l'occupation de travailleurs est possible sans qu'une dérogation LTr (sic) doive être demandée (*ibid.*, ch. 3). Les cantons sont libres de faire usage de cette possibilité ou non (*ibid.*, ch. 3.4).

L'ancien art. 18 LHOM concrétisait très partiellement la faculté octroyée par le droit fédéral. Il stipulait que le département de la sécurité et de l'économie pouvait autoriser l'ouverture des commerces le 31 décembre, jour férié cantonal. L'application de cette clause est conditionnée à l'existence d'un accord en vigueur, conclu entre les partenaires sociaux (*ibid.*, ch. 3.4).

La LHOM réglemente, comme son nom l'indique, la question de l'ouverture des magasins. Celle-ci reste à distinguer de la question de l'occupation du personnel les dimanches et jours fériés (*ibid.*, ch. 4).

**3.7** Au chapitre des dispositions transitoires, l'art. 38 LHOM prévoit que durant la période du 15 juin 2019 au 31 décembre 2020, la possibilité d'employer du personnel trois dimanches par an jusqu'à 17h00 sans autorisation au sens de l'art. 18A al. 1 LHOM est accordée même en l'absence de convention collective de travail étendue (al. 2). Le but de la période expérimentale visée à l'al. 2 a pour vocation de mesurer les effets positifs et négatifs de l'ouverture des commerces trois dimanches par année, notamment en termes de chiffres d'affaires et d'emplois (al. 3).

Selon les travaux préparatoires relatifs au projet de révision de la LHOM (PL 12'372) ayant mené à l'adoption de l'art. 38 al. 2 et 3 LHOM, ce projet avait pour objectif de permettre au canton de faire réellement usage des possibilités offertes par le droit fédéral à l'art. 19 al. 6 LTr. En effet, vu le contexte économique particulièrement difficile dans lequel évoluait le secteur du commerce de détail, les enjeux auxquels il était confronté, notamment en termes de tourisme d'achat et de développement de la vente par internet, et les changements d'habitude des consommateurs, il était nécessaire d'agir rapidement et de permettre aux commerces d'ouvrir à des moments clés de l'année. Or, l'art. 18A LHOM n'avait pas pu être appliqué depuis son entrée en vigueur, car la condition de la CCT étendue n'avait pas été remplie (exposé des motifs du PL 12'372, ch. 1).

Il était ainsi proposé de modifier l'art. 18A al. 1 LHOM, qui aurait la teneur suivante jusqu'au 31 décembre 2019 au plus tard : « en application de l'art. 19 al. 6 LTr, le personnel peut être employé sans autorisation et les commerces peuvent ouvrir au public trois dimanches par an jusqu'à 17 h. Les commerces sont tenus d'accorder au personnel occupé les compensations prévues par les usages de leur secteur d'activité pour le travail dominical exceptionnel ». Dès le 1<sup>er</sup> janvier 2020 au plus tard, il reprendrait la teneur qu'il avait depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2017 (exposé des motifs du PL 12'372).

**3.8** La loi s'interprète en premier lieu selon sa lettre (interprétation littérale). Si le texte n'est pas absolument clair, si plusieurs interprétations sont possibles, il convient de rechercher quelle est la véritable portée de la norme, en la dégagant de tous les éléments à considérer, soit notamment des travaux préparatoires (interprétation historique), du but de la règle, de son esprit, ainsi que des valeurs sur lesquelles elle repose, singulièrement de l'intérêt protégé (interprétation téléologique) ou encore de sa relation avec d'autres dispositions légales (interprétation systématique). Le Tribunal fédéral ne privilégie aucune méthode d'interprétation, mais s'inspire d'un pluralisme pragmatique pour rechercher le sens véritable de la norme ; il ne se fonde sur la compréhension littérale du texte que s'il en découle sans ambiguïté une solution matériellement juste (ATF 144 V 313 consid. 6.1 ; 137 IV 180 consid. 3.4). La chambre de céans suit la même approche (ATA/1327/2024 du 12 novembre 2024 consid. 3.4 et l'arrêt cité).

**3.9** Les cantons sont souverains en tant que leur souveraineté n'est pas limitée par la Constitution fédérale et exercent tous les droits qui ne sont pas délégués à la Confédération (art. 3 Cst.). Il est néanmoins fréquent que, même dans les domaines où il existe une compétence fédérale et où celle-ci a été mise en œuvre par la législation fédérale, les cantons se voient confier des tâches spécifiques. On parle alors de compétences déléguées. Les délégations de compétences figurent dans les lois fédérales (Giorgio MALINVERNI/Michel HOTTELIER/Maya HERTIG RANDALL/Alexandre FLÜCKIGER, Droit constitutionnel suisse, vol. 2, 4<sup>e</sup> éd., 2021, p. 400 s. n. 1090 s.).

**3.10** En l'espèce, l'OCIRT a constaté que du personnel pouvait être employé le dimanche 22 décembre 2024 sans autorisation, en application de l'art. 19 al. 6 LTr. Il a fondé sa décision sur l'art. 7 LHOM, et non pas sur l'art. 18A LHOM, qui contreviendrait selon lui au droit fédéral. Partageant l'avis de l'OCIRT, les appelés en cause soutiennent également que l'art. 7 LHOM permettrait une dérogation à l'art. 18A LHOM et qu'aucune norme cantonale d'exécution ne serait en outre nécessaire pour « ouvrir le dimanche ».

Les recourants soutiennent quant à eux que le personnel ne peut pas être employé le dimanche 22 décembre 2024 sans autorisation. Ils font valoir que l'application de l'art. 19 al. 6 LTr est exclusivement régie par les art. 18 et 18A LHOM et que l'art. 7 LHOM ne traite ni de l'ouverture dominicale des commerces ni de la possibilité d'employer du personnel les dimanches et jours assimilés, si bien que

cette disposition ne pourrait être invoquée au titre de disposition d'application de l'art. 19 al. 6 LTr pour dispenser les employeurs d'obtenir une autorisation pour employer du personnel le dimanche.

**3.10.1** Les avis de l'OCIRT et des appelés en cause ne sauraient être suivis, pour les motifs suivants.

Premièrement, le principe de l'interdiction d'occuper des travailleurs le dimanche pour les entreprises soumises à la LTr est posé par le droit fédéral (art. 18 al. 1 LTr), lequel fixe également le régime dérogatoire à ce principe, en prévoyant que les dérogations à l'interdiction de travailler le dimanche sont soumises à autorisation (art. 19 al. 1 LTr). Le droit fédéral permet également aux cantons de fixer au plus quatre dimanches par an pendant lesquels le personnel peut être employé dans les commerces sans qu'une autorisation soit nécessaire (art. 19 al. 6 LTr).

Or, l'art. 7 LHOM est une disposition de droit cantonal qui a pour but de rendre possibles des dérogations aux dispositions de la LHOM, et donc exclusivement à celles concernant les heures d'ouverture des magasins (art. 1 LHOM). Par conséquent, cette disposition ne peut pas permettre à l'autorité compétente d'accorder des dérogations aux dispositions relatives aux relations entre employeurs et employés, en particulier celles relatives à l'emploi des travailleurs le dimanche, régies par le droit fédéral. Dès lors, elle ne permet pas, même lorsque les conditions fixées par l'art. 7 LHOM sont réunies et même pour des « besoins ponctuels », l'emploi des travailleurs le dimanche sans qu'une autorisation ait été délivrée au sens de l'art. 19 al. 1 LTr.

Deuxièmement, contrairement à ce que soutient l'OCIRT, l'art. 7 LHOM ne saurait être considéré comme une concrétisation de l'art. 19 al. 6 LTr. En effet, d'une part, il ressort des travaux préparatoires que le contreprojet à l'IN 155 entendait permettre au canton de faire usage des possibilités d'ouverture offertes par l'art. 19 al. 6 LTr. Ainsi, si le législateur avait considéré que l'art. 7 LHOM était suffisant pour concrétiser l'art. 19 al. 6 LTr, il n'y aurait eu aucune nécessité d'adopter une autre disposition, plus précise. D'autre part, l'art. 7 LHOM est entré en vigueur plus de quinze ans avant l'art. 19 al. 6 LTr, si bien qu'il ne peut nécessairement en être inféré une volonté du législateur de concrétiser cette dernière disposition.

À cet égard, il convient de préciser que la possibilité offerte aux cantons par l'art. 19 al. 6 LTr, soit celle de déroger au principe posé par l'art. 19 al. 1 LTr, doit faire l'objet d'une réglementation de mise en œuvre expresse dans la loi cantonale. En effet, il ressort de l'ATF 145 II 360 et des travaux préparatoires relatifs à l'art. 19 al. 6 LTr (FF 2007 4051, 4055) que les cantons doivent, en vertu de la compétence qui leur a été déléguée, se prononcer sur l'application de l'art. 19 al. 6 LTr et donc déterminer formellement s'ils veulent fixer ou non au plus quatre dimanches par an pendant lesquels le personnel peut être employé dans les commerces sans qu'une autorisation soit nécessaire. Cela s'impose d'autant plus que les cantons sont libres de faire usage de cette possibilité ou non et que laisser à l'autorité d'application de

la loi le soin de décider, d'année en année, si elle entend faire usage de la possibilité offerte par l'art. 19 al. 6 LTr contreviendrait ainsi à la sécurité juridique.

Troisièmement, contrairement à ce que soutiennent les appelés en cause, l'art. 7 LHOM ne permet pas une dérogation à l'art. 18A LHOM. En effet, cette dernière disposition constitue la mise en œuvre au niveau cantonal de l'art. 19 al. 6 LTr, lequel constitue déjà une exception au principe fixée à l'art. 19 al. 1 LTr et donc à la nécessité pour les employeurs d'obtenir une autorisation pour employer les travailleurs trois dimanche par an. Déroger à l'art. 18A LHOM par le biais de l'art. 7 LHOM reviendrait donc à contourner l'obligation posée par l'art. 19 al. 1 LTr de façon contraire à la volonté du législateur, qui a défini à l'art. 18A LHOM les seules conditions permettant une dérogation à l'art. 19 al. 1 LTr. En outre, il a été vu que l'art. 7 LHOM ne permet des dérogations qu'aux règles concernant les horaires d'ouverture des magasins. Par conséquent, cette disposition ne permet pas une dérogation à l'art. 18A LHOM, bien que celui-ci se trouve dans la LHOM, puisqu'il contient une règle régissant les relations entre employeurs et employés, soit la possibilité pour les employeurs d'employer les travailleurs trois dimanches par an sans qu'une autorisation soit nécessaire.

Enfin, contrairement à ce que soutient subsidiairement l'OCIRT, une décision prise par l'autorité compétente permettant l'ouverture des commerces un dimanche n'est pas suffisante pour appliquer corrélativement l'art. 19 al. 6 LTr. En effet, comme vu précédemment, une telle décision est par hypothèse fondée sur l'art. 7 LHOM, en dérogation à l'art. 16 LHOM. Or, ce dernier article ne fixe que le principe de l'obligation de fermeture des magasins (qui ne sont pas au bénéfice d'une disposition dérogatoire de l'OLT 2) le dimanche et ne contient ainsi, par définition, aucune règle relative à l'interdiction du travail le dimanche ou à l'obligation d'obtenir une autorisation pour employer du personnel ce jour-là, ces règles étant fixées par la LTr. Par conséquent, si l'art. 7 LHOM permet, à certaines conditions, l'ouverture des magasins le dimanche, une décision prise en ce sens ne dispense pas pour autant les employeurs, sous réserve de la réalisation des conditions prévues par l'art. 18A LHOM, de demander une autorisation fondée sur l'art. 19 al. 1 LTr pour employer son personnel le dimanche. Il convient en effet de bien distinguer la possibilité d'ouvrir un commerce le dimanche et le fait de pouvoir employer un travailleur ce jour-là, ce que les travaux préparatoires relatifs au PL 11'811 ont du reste rappelé.

Il s'ensuit que, d'une part, l'OCIRT ne pouvait pas se fonder sur l'art. 7 LHOM pour constater que du personnel pouvait être employé le dimanche 22 décembre 2024 sans autorisation et qu'il devait, d'autre part, se fonder sur une autre disposition pour ce faire.

### **3.10.2** Reste à déterminer si une telle disposition existe.

Les art. 18 et 18A LHOM constituent les seules dispositions de la LHOM et du recueil systématique genevois qui mettent en œuvre la délégation législative prévue à l'art. 19 al. 6 LTr. En effet, d'une part, il ressort des travaux préparatoires relatifs

au PL 12'372 que le projet de révision de l'art. 18A LHOM avait pour objectif de permettre au canton de faire réellement usage des possibilités offertes par le droit fédéral à l'art. 19 al. 6 LTr, dans la mesure où l'art. 18A LHOM n'avait pas pu être appliqué depuis son entrée en vigueur, la condition de la CCT étendue n'ayant pas été remplie. D'autre part, les art. 18 et 18A LHOM sont les seules dispositions à faire référence à l'art. 19 al. 6 LTr et à prévoir que le personnel peut être employé sans autorisation le 31 décembre (art. 18 LHOM) et trois dimanches par an jusqu'à 17h00 (art. 18A LHOM). Par conséquent, la décision litigieuse ne pouvait reposer que sur l'art. 18A LHOM pour constater que du personnel pouvait être employé le dimanche 22 décembre 2024 sans autorisation. Conformément à cette disposition, une telle possibilité nécessitait cependant l'existence d'une CCT étendue dans la branche du commerce de détail du canton de Genève. Or, une telle convention n'existe pas, ce que les parties ne contestent pas. Par conséquent, l'emploi de personnel le dimanche 22 décembre 2024 nécessite une autorisation au sens des art. 19 al. 1 et 3 LTr.

C'est donc à tort que l'OCIRT a constaté que du personnel pouvait être employé le dimanche 22 décembre 2024 sans autorisation.

Le grief est donc bien fondé, ce qui conduit à l'admission du recours.

La décision querellée sera par conséquent annulée et réformée en ce sens qu'il sera constaté que l'emploi de personnel le dimanche 22 décembre 2024 suppose l'octroi d'une autorisation au sens de l'art. 19 al. 3 LTr.

**3.10.3** La question de la conformité au droit fédéral de l'art. 18A al. 1 LHOM peut pour sa part souffrir de rester indécise. Même dans l'hypothèse où la condition consistant en l'existence d'une CCT étendue permettant d'étendre le champ d'application de la CCT, du 28 septembre 1956, dans la branche du commerce de détail du canton de Genève n'apparaîtrait pas conforme au droit fédéral, il ne serait pas possible de scinder l'art. 18A al. 1 LHOM et d'appliquer uniquement la partie restante de cette disposition, soit que le personnel peut être employé sans autorisation et que les commerces peuvent ouvrir au public trois dimanches par an jusqu'à 17h00, et ce sans autre condition, puisque la volonté du législateur cantonal était de mettre en œuvre l'art. 19 al. 6 LTr uniquement sous condition, en l'occurrence l'existence d'une CCT étendue. En effet, il ressort notamment des art. 38 al. 2 et 3 LHOM que la possibilité d'employer du personnel trois dimanches par an jusqu'à 17h00 sans autorisation même en l'absence de CCT étendue a été expérimentée du 15 juin 2019 au 31 décembre 2020 mais n'a eu qu'une durée limitée, la condition relative à l'existence de la CCT étendue étant reprise à l'art. 18A al. 1 LHOM dès le 1<sup>er</sup> janvier 2021. Par conséquent, appliquer l'art. 18A al. 1 LHOM en faisant abstraction de ladite condition se heurterait à la volonté du législateur.

4. Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 1'000.- sera mis à la charge solidaire des appelés en cause (art. 87 al. 1 LPA) et une indemnité de procédure de CHF 1'000.-

sera allouée aux recourants, à la charge solidaire des appelés en cause pour CHF 500.- et à la charge de l'OCIRT pour CHF 500.- également (art. 87 al. 2 LPA).

\* \* \* \* \*

**PAR CES MOTIFS**  
**LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE**

**à la forme :**

déclare recevable le recours interjeté le 17 octobre 2024 par le A\_\_\_\_\_ et le B\_\_\_\_\_ contre la décision de l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail du 4 octobre 2024 ;

**au fond :**

l'admet ;

annule la décision de l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail du 4 octobre 2024 ;

la réforme en ce sens qu'il est constaté que l'emploi de personnel le dimanche 22 décembre 2024 suppose l'octroi d'une autorisation au sens de l'art. 19 al. 3 de la loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce du 13 mars 1964 (LTr - RS 822.11) ;

met un émolument de CHF 1'000.- à la charge solidaire de C\_\_\_\_\_ et de D\_\_\_\_\_ ;

alloue une indemnité de procédure de CHF 500.- au A\_\_\_\_\_ et au B\_\_\_\_\_, pris solidairement, à la charge solidaire de C\_\_\_\_\_ et de D\_\_\_\_\_ ;

alloue une indemnité de procédure de CHF 500.- au A\_\_\_\_\_ et au B\_\_\_\_\_, pris solidairement, à la charge de l'OCIRT ;

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 Christian BRUCHEZ, avocat des recourants, à l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail, à Me Olivier SUBILIA, avocat des appelés en cause, ainsi qu'au secrétariat d'État à l'économie.

Siégeant : Florence KRAUSKOPF, présidente, Jean-Marc VERNIORY, Francine PAYOT ZEN-RUFFINEN, Eleanor McGREGOR, Patrick CHENAUX, juges.

Au nom de la chambre administrative :

le greffier-juriste :

F. SCHEFFRE

la présidente siégeant :

F. KRAUSKOPF

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :