

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/660/2012-EXPLOI

ATA/671/2012

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 2 octobre 2012

1^{ère} section

dans la cause

X_____ GMBH

représentée par Me Yvan Henzer, avocat

contre

OFFICE CANTONAL DE L'INSPECTION ET DES RELATIONS DU TRAVAIL

EN FAIT

1) La société X_____ GmbH (ci-après : X_____ S.à r.l. ou la société) exploite une station-service Y_____ sise à l'avenue Z_____ n° _____ à Carouge.

2) Selon son inscription au registre du commerce du canton de Lucerne, son but statutaire est de gérer et d'exploiter la station-service précitée. Elle dispose d'un capital social de CHF 50'000.-, détenu exclusivement par un associé : Monsieur X_____ à concurrence d'une part de CHF 45'000.- et d'une autre de CHF 5'000.-. Cette dernière part sociale a été rachetée à la société Y_____ AG.

Outre sa qualité d'associé, M. X_____ est également président des gérants de la société qui compte une autre gérante, soit Madame A_____, belle-sœur du précité.

3) Par décision du 5 juillet 2011, notifiée le 6 juillet 2011, l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail (ci-après : OCIRT) a dénié la qualité d'entreprise familiale au sens de l'art. 4 de la loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce du 13 mars 1964 (LTr - RS 822.11) à X_____ S.à r.l.

4) Par acte du 5 août 2011, la société a recouru auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre cette décision, concluant principalement à son annulation et, préalablement, à l'octroi de l'effet suspensif, afin qu'elle puisse continuer à employer des membres de la famille X_____ le dimanche jusqu'à droit connu sur son recours.

5) Par arrêt du 20 décembre 2011 (ATA/782/ 2011), la chambre administrative a rejeté le recours.

X_____ S.à r.l. était une société à responsabilité limitée qui dirigeait et exploitait une station-service. Elle ne constituait pas une entreprise familiale dès lors qu'il ne pouvait y avoir de lien de famille entre une personne morale et les personnes physiques qu'elle employait.

La société revêtait d'autant moins la qualité d'entreprise familiale qu'elle était détenue par deux copropriétaires, dont l'un était une société anonyme.

Elle était par conséquent astreinte au respect du principe de l'interdiction du travail dominical.

6) L'arrêt du 20 décembre 2011 n'a pas fait l'objet d'un recours au Tribunal fédéral et est donc entré en force.

- 7) Le 1^{er} février 2012, la société a requis de l'OCIRT un réexamen de la décision du 5 juillet 2011 et une nouvelle décision quant à son statut sous l'angle de l'art. 4 LTr. Elle a également requis des mesures provisionnelles l'autorisant à ouvrir les dimanches et les jours fériés jusqu'à ce qu'une nouvelle décision soit prise sur le fond.

Elle renonçait à recourir contre l'arrêt de la chambre administrative du 20 décembre 2011. Son organisation interne ne lui permettait pas d'être reconnue comme entreprise familiale au sens de l'art. 4 LTr. Elle avait tiré des enseignements dudit arrêt. Y_____ AG ne détenait désormais plus aucune part sociale et n'avait plus les pouvoirs de la représenter par l'intermédiaire de personnes déléguées. La société était uniquement en mains de la famille X_____. Celle-ci détenait toutes les parts sociales et pouvait seule représenter la société. Elle exploitait certes toujours son entreprise sous la forme d'une S.à r.l., ce seul fait ne pouvait pas néanmoins faire obstacle à sa reconnaissance comme entreprise familiale. A défaut, sa liberté économique serait violée.

- 8) Le 13 février 2012, l'OCIRT a - selon ses propres termes - constaté qu'aucune condition susceptible d'entraîner une reconsidération de sa décision du 5 juillet 2011 n'était réalisée. Cette décision notifiée à la société le 14 février 2012 était déclarée exécutoire nonobstant recours.

La chambre administrative avait confirmé la décision du 5 juillet 2011 et l'interprétation de l'art. 4 LTr faite par l'OCIRT et le secrétariat d'Etat à l'économie (ci-après : le SECO). La société était certes dorénavant en mains de la famille X_____, et Y_____ AG ne détenait désormais plus aucune participation dans la société, mais aucune condition susceptible d'entraîner une reconsidération de la décision du 5 juillet 2011 n'était réalisée. En effet, la société ne pouvait pas être considérée comme une entreprise familiale, dès lors qu'elle persistait à revêtir la forme juridique d'une personne morale, soit celle d'une société à responsabilité limitée.

- 9) Par acte posté le 29 février 2012, la société a recouru auprès de la chambre administrative contre la décision précitée, concluant à titre de mesures provisionnelles et superprovisionnelles à l'autorisation des membres de la famille X_____ à travailler pour le compte de X_____ GmbH les dimanches et jours fériés assimilés, jusqu'à nouvel ordre, et principalement, à l'annulation de la décision du 13 février 2012 rendue par le Directeur général de l'OCIRT et à la constatation que X_____ GmbH était une entreprise mixte, si bien que les membres de la famille X_____, au sens de l'art. 4 LTr, étaient autorisés à travailler les dimanches et les jours fériés, avec suite de frais et dépens.

La LTr n'interdisait pas à une entreprise familiale d'organiser son entreprise sous la forme d'une personne morale. L'arrêt du 20 décembre 2011 de la chambre administrative avait nié le caractère d'entreprise familiale à la société en raison

des circonstances du cas d'espèce. Celles-ci avaient changé. La recourante avait profondément modifié sa structure pour se distancier de Y_____ AG. Le capital social était exclusivement détenu par X_____. Lui et A_____ étaient les seuls à pouvoir représenter valablement la société. Y_____ AG ne disposait plus d'aucune part sociale et n'avait plus aucun pouvoir pour représenter la recourante par l'intermédiaire de personnes déléguées.

La recourante remplissait désormais les conditions d'une entreprise familiale au sens de l'art. 4 LTr. Il n'y avait aucune raison de nier le caractère d'entreprise familiale à un commerce exploité uniquement par une seule et même famille, quelle que soit la forme juridique adoptée.

La société était une entité indépendante. Elle jouissait d'une autonomie et d'une liberté contractuelle qui lui permettaient de se lier à Y_____ AG et de renégocier, le cas échéant, les termes de leur collaboration. Le contrat de franchise n'était pas incompatible avec la notion d'entreprise familiale au sens de l'art. 4 LTr. Malgré les contraintes de la franchise, la recourante conservait une marge de manœuvre importante. Plusieurs dispositions du contrat de bail reflétaient la liberté dont jouissait la société. La gestion de l'entreprise était en main de la famille X_____. Celle-ci décidait seule du sort à réserver au bénéfice de son commerce, sans aucune ingérence extérieure. Elle assumait seule le risque de l'entreprise.

- 10) La recourante a produit, sous bordereau annexé à son mémoire de recours, un rapport d'expertise intitulé « la société à responsabilité limitée en tant qu'entreprise familiale au sens des dispositions de l'article 4 de la loi sur le travail » et établi le 3 février 2012 par le professeur R_____ à la demande de la société Y_____ AG dans le cadre d'une procédure pendante dans le canton de Vaud entre la société X_____ GmbH de Lucerne (CH-_____) et la société B_____ GmbH de Lucerne (CH-_____) contre le service du travail et de l'intégration de la ville de Lausanne.
- 11) Le 5 avril 2012, l'OCIRT a conclu au rejet du recours.

Dans sa version allemande, la LTr exigeait un lien de parenté entre les travailleurs de l'entreprise et le « Betriebsinhaber » (soit le possesseur ou le propriétaire de l'entreprise, par opposition au « Geschäftsführer », soit le gérant d'une société). Dans son arrêt du 20 décembre 2011, la chambre administrative avait confirmé cette interprétation. La LTr poursuivait un objectif de protection de la santé des travailleurs. Toutes les exceptions à la loi devaient être interprétées de manière restrictive.

Une entreprise familiale devait répondre à deux conditions principales. Elle devait employer les membres de la famille listés à l'art. 4 LTr. Son propriétaire devait être une personne physique. Le lien de famille devait exister entre le

propriétaire de l'entreprise et les travailleurs. L'entreprise ne pouvait dès lors pas revêtir la forme juridique d'une personne morale.

La dénégalion de la qualité d'entreprise familiale à la recourante n'emportait pas de restriction disproportionnée à sa liberté économique compte tenu notamment du but d'intérêt public poursuivi par la LTr. La recourante pouvait continuer d'exercer son activité économique. Seul l'emploi de personnel de vente le dimanche, la nuit et les jours fériés lui était interdit, et ce exclusivement pour la vente de marchandises non autorisées. M. X_____ ou Mme A_____ pouvaient travailler le dimanche et les jours fériés pour autant qu'ils remplissent les conditions relatives à l'exercice d'une fonction dirigeante élevée selon l'art. 3 let. d LTr. La décision de l'OCIRT n'avait pas pour effet de contraindre la recourante à exercer son activité en raison individuelle. La société était en effet libre d'exercer son activité sous la forme de tout autre type de société qui ne soit pas une personne morale, par exemple sous la forme d'une société simple ou d'une société en nom collectif.

La suppression des pouvoirs de représentation de Y_____ AG et le transfert de la part sociale de CHF 5'000.- de Y_____ AG à M. X_____ ne signifiaient pas que la recourante devait être considérée comme une entreprise familiale. La structure juridique de la recourante n'avait pas été modifiée. Celle-ci revêtait toujours la forme juridique d'une personne morale, à savoir une société à responsabilité limitée, ce qui était incompatible avec la définition d'une entreprise familiale. Le SECO n'avait jamais donné d'assurances spécifiques selon lesquelles une entreprise familiale pouvait être constituée sous la forme juridique d'une personne morale.

Les changements opérés par la recourante comme franchisée ne lui permettaient pas non plus de répondre à une grande partie des conditions minimales posées par le SECO pour réaliser une indépendance économique. Y_____ AG participait au chiffre d'affaires de la recourante par le biais du loyer dû de 7 % du chiffre d'affaires. La recourante s'était engagée à exploiter l'objet du bail dans le cadre de l'exploitation d'un Y_____ avec station-service Y_____. Elle n'avait pas d'indépendance dans la gestion de l'affaire. Elle n'avait pas toute marge de manœuvre en matière de prix de vente car des prix plafonds étaient fixés par Y_____ AG. Elle devait appliquer toutes les promotions proposées par celle-ci. Le système de recouvrement direct pour les paiements lui était imposé. Les heures d'ouverture de la station-service étaient fixées par Y_____ AG. La recourante n'organisait pas ses stocks et n'entretenait pas de relations directes avec ses fournisseurs. Elle s'était engagée à respecter les prescriptions fixées par Y_____ AG relatives au salaire, aux vacances et à la durée du travail des employés.

La recourante n'était pas une entreprise familiale non seulement en raison de sa forme juridique, mais également en raison de son manque d'indépendance.

Elle demeurait par conséquent soumise à l'interdiction d'employer du personnel le dimanche et les jours fériés sauf pour la vente de marchandises autorisées.

12) Le 11 avril 2012, le juge délégué a informé les parties que l'instruction de la cause était terminée. Il leur a imparti un délai au 11 mai 2012 pour formuler toutes requêtes ou observations complémentaires, après quoi la cause serait gardée à juger.

13) Le 10 mai 2012, la recourante a persisté dans ses conclusions.

Soutenir que les entreprises familiales ne pouvaient pas être des personnes morales relevait d'une interprétation littérale de l'art. 4 LTr non pertinente, discriminatoire, contraire à la volonté historique du législateur et contraire à la constitution fédérale. Le SECO avait changé sans raison sa pratique alors qu'il avait toujours admis qu'une S.à r.l. puisse être considérée comme une entreprise familiale. Il avait donné des garanties à Y_____ AG allant dans ce sens. La position de l'OCIRT violait le principe de la bonne foi. Il existait un lien hiérarchique entre le SECO et l'OCIRT. Les promesses de l'autorité supérieure valaient également pour l'autorité inférieure.

La recourante ne manquait pas d'indépendance. Elle assumait seule le risque économique de l'entreprise. La société appartenait aux X_____. Ceux-ci détenaient l'intégralité du capital. La société s'occupait seule de sa comptabilité, de l'approvisionnement du magasin, de l'organisation du travail ainsi que de la politique du personnel. Le système des franchises imposait cependant certaines contraintes inhérentes au contrat de franchise. La recourante ne pouvait pas s'approvisionner chez les concurrents de Y_____ AG. Les locaux loués ne pouvaient pas être en dehors du cadre de l'exploitation d'une Y_____ avec station-service Y_____. Le pourcentage du chiffre d'affaires versé comme loyer correspondait à un fermage (art. 275 de la loi fédérale complétant le Code civil suisse du 30 mars 1911 - Livre cinquième : Droit des obligations - CO - RS 220). Il n'était pas le signe d'une dépendance économique. Les heures d'ouverture étaient uniformisées dans l'intérêt bien compris des consommateurs. Les relations de travail se déroulaient dans un cadre familial. Les membres de la famille X_____ s'organisaient comme ils l'entendaient et n'obéissaient pas à des supposés « dictats » du donneur de franchise.

14) Sur ce, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

- 1) Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable (art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05 ; art. 62 al. 1 let. a de loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).
- 2)
 - a. La décision querellée a été rendue suite à une demande de réexamen de la décision du 5 juillet 2012 de l'OCIRT.
 - b. Selon l'art. 50 al. 2 LTr, les décisions peuvent être modifiées ou rapportées en tout temps si les faits qui les ont motivées viennent à se modifier.
 - c. D'après l'art. 48 al. 1 LPA, les demandes en reconsidération de décisions prises par les autorités administratives sont recevables lorsque : un motif de révision au sens de l'article 80, lettres a et b, existe (let. a) ; les circonstances se sont modifiées dans une mesure notable depuis la première décision (let. b). L'art. 48 al. 2 LPA prévoit que les demandes n'entraînent ni interruption de délai ni effet suspensif.
 - d. Il y a lieu à révision lorsque, dans une affaire réglée par une décision définitive, il apparaît qu'un crime ou un délit, établi par une procédure pénale ou d'une autre manière, a influencé la décision (art. 80 let. a LPA) ; ou que des faits ou des moyens de preuve nouveaux et importants existent, que le recourant ne pouvait connaître ou invoquer dans la procédure précédente (art. 80 let. b LPA).
 - e. D'après la jurisprudence du Tribunal administratif fédéral rendue dans le cadre de la loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968 (PA - RS 172.021), une demande de reconsidération peut revêtir deux formes. Une demande de réexamen qualifiée, à savoir lorsqu'une décision n'a pas fait l'objet d'un recours (ou que le recours interjeté contre celle-ci a été déclaré irrecevable) et que le requérant invoque un des motifs de révision prévus, ou une demande d'adaptation, à savoir lorsque le requérant se prévaut d'un changement notable de circonstances depuis le prononcé de la décision concernée ou, lorsque la décision a fait l'objet d'un arrêt matériel sur recours, depuis le prononcé de cet arrêt. La demande d'adaptation tend à faire adapter par l'autorité de première instance sa décision parce que, depuis son prononcé, s'est créée une situation nouvelle dans les faits, ou exceptionnellement sur le plan juridique, qui constitue une modification notable des circonstances. Celle-ci doit être suffisamment motivée, en ce sens que l'intéressé ne peut pas se contenter d'alléguer l'existence d'un changement notable de circonstances, mais doit expliquer, en substance, en quoi les faits dont il se prévaut représenteraient un changement notable des circonstances depuis la décision entrée en force; à défaut l'autorité de première instance n'entre pas en matière et déclare la demande irrecevable. Une demande de nouvel examen ne saurait servir à remettre continuellement en question des

décisions administratives, de sorte qu'il y a lieu d'exclure le réexamen d'une décision de première instance entrée en force lorsqu'il tend à obtenir une nouvelle appréciation de faits déjà connus en procédure ordinaire ou lorsque le requérant le sollicite en se fondant sur des faits ou des moyens de preuve qui auraient pu et dû être invoqués dans la procédure ordinaire (Arrêt du Tribunal administratif fédéral E-4355/2012 du 31 août 2012).

- 3) En l'espèce, la recourante a demandé à l'OCIRT le réexamen de la décision du 5 juillet 2011 en invoquant que depuis l'arrêt du 20 décembre 2011 de la chambre administrative (ATA/782/2011) son capital social était passé en mains de la famille X_____ et que Y_____ AG n'avait plus de pouvoir de la représenter. Elle a en outre prétendu que l'arrêt susmentionné de la chambre administrative lui avait dénié la qualité d'entreprise familiale du fait que Y_____ AG avait des parts sociales dans son capital social et pouvait la représenter.

Dans sa décision du 13 février 2012, l'OCIRT a estimé qu'aucune condition susceptible d'entraîner une reconsidération n'était réalisée. Le nouvel élément invoqué par la recourante, soit le fait que la société X_____ GmbH était dorénavant uniquement en mains de la famille X_____ et que Y_____ AG ne détenait désormais plus aucune participation dans la société, n'était pas un élément pertinent à même d'influer sur le contenu de la décision du 5 juillet 2011.

- 4) Le dossier de la cause ne laissant apparaître aucun motif de révision au sens de l'art. 48 al. 1 let. a LPA, il convient dès lors d'examiner si la situation de la société s'est modifiée dans une mesure notable depuis la décision du 5 juillet 2011, de sorte que l'OCIRT devait entrer en matière sur la demande de reconsidération en cause.

En effet, nonobstant les termes utilisés malencontreusement par l'OCIRT, qui parle de « constatation », sa décision du 13 février 2012 constitue une non-entrée en matière, de sorte que la recourante ne peut invoquer auprès de la chambre de céans que l'absence de prise en compte par l'OCIRT du fait nouveau qu'elle invoque.

- 5) Dans son arrêt du 20 décembre 2011, la chambre de céans est arrivée à la conclusion que l'interprétation de l'OCIRT - qui déduisait de l'art. 4 LTr que la recourante n'était pas une entreprise familiale au sens de cette disposition dans la mesure où elle était constituée en société à responsabilité limitée - était fondée (ATA/782/2011 précité, consid. 12 à 14). Le fait que la recourante n'appartienne pas exclusivement à M. X_____, mais que Y_____ AG en était copropriétaire et que le manque d'indépendance et d'autonomie de M. X_____ dans la gestion de la recourante ne faisait aucun doute, ne venait que renforcer cette conclusion.

- 6) Au cours de la présente procédure, la recourante n'a donc apporté aucun motif nouveau important susceptible de justifier une reconsidération. Ainsi, elle

demeure inscrite au registre du commerce du canton de Lucerne en tant que société à responsabilité limitée ; or c'est cette structure de personne morale qui est incompatible avec le statut d'entreprise familiale au sens de l'art. 4 LTr. La chambre de céans n'a au surplus aucun motif de s'écarter des principes qu'elle a elle-même retenus dans la jurisprudence précitée, et qui viennent d'être confirmés dans un arrêt récent (ATA/626/2012 du 18 septembre 2012, consid. 6).

- 7) Dans ces conditions, les autres griefs de la recourante, qui étaient déjà connus lors du premier recours, portant notamment sur la violation de sa liberté économique et les assurances que lui aurait données le SECO quant à sa qualité d'entreprise familiale constituée en société à responsabilité limitée, n'ont pas à être examinés.
- 8) Le prononcé du présent arrêt rend la demande de mesures provisionnelles sans objet, étant rappelé au surplus la teneur de l'art. 48 al. 2 LPA, qui prévoit que les demandes n'entraînent ni interruption de délai ni effet suspensif.
- 9) Mal fondé, le recours sera rejeté.

Un émoulement de CHF 1'000.- sera mis à la charge de la recourante, qui succombe (art. 87 al. 1 LPA), et aucune indemnité de procédure ne lui sera allouée (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

**PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE**

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 29 février 2012 par X_____ GmbH contre la décision sur reconsidération de l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail du 13 février 2012 ;

au fond :

le rejette ;

met à la charge de la société X_____ GmbH un émoulement de CHF 1'000.- ;

dit qu'il n'est pas alloué d'indemnité ;

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 Yvan Henzer, avocat de la recourante, à l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail, ainsi qu'au secrétariat d'Etat à l'économie.

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

Au nom de la chambre administrative :

le greffier-juriste :

F. Scheffre

le président :

Ph. Thélin

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :