

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2349/2011-EXPLOI

ATA/665/2012

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 2 octobre 2012

2^{ème} section

dans la cause

X_____ S.A.

représentée par Me Michael Rudermann, avocat

contre

SERVICE DU COMMERCE

EN FAIT

- 1) La société anonyme X_____ S.A. (ci-après : X_____), détenant un capital-actions de CHF 2'500'000.- (2'500 actions nominatives de CHF 1'000.-) et ayant son siège à Carouge et pour but la création, la gestion, le développement et l'exploitation de points de vente spécialisés dans les produits biologiques, a été inscrite au registre du commerce de Genève (ci-après : RC) le 13 février 2009.

Monsieur W_____, en sa qualité d'administrateur, dispose de la signature individuelle, Madame C_____, directrice générale, et Madame M_____, directrice, ayant quant à elles le droit de signature collective à deux.

- 2) Quatre succursales d'X_____ ont été inscrites au RC, ayant pour but la vente et le commerce de tous types de produits bio et/ou éthiques et/ou de terroir et ayant leur siège à Genève, sis respectivement rue des A_____, rue du D_____, rue V_____ et boulevard C_____.

Chaque succursale était tenue par deux gérants détenteurs d'une procuration collective à deux limitée aux affaires du point de vente en question.

- 3) X_____ a signé un contrat de travail avec chacun des gérants.

Les contrats prévoyaient notamment que les horaires habituels étaient en principe de 9 heures à 19 heures du lundi au vendredi et de 9 heures à 18 heures le samedi. Les gérants organisaient leurs horaires et adaptaient leur temps de travail à l'accomplissement de leurs tâches. Si la bonne marche des affaires l'exigeait, les employés étaient tenus d'effectuer des heures de travail supplémentaires, comprises dans le salaire et non compensées ; ils ne pouvaient alors compter que sur eux-mêmes et sur tout autre employé à position dirigeante élevée. Le droit aux vacances était de quatre semaines, celles-ci étant fixées d'entente entre les parties. Les gérants étaient soumis aux instructions et directives de l'employeur qu'ils avaient l'obligation de respecter et dépendaient hiérarchiquement du conseil d'administration ou de son représentant. Ils étaient également soumis à une clause de non-concurrence. Aucun cahier des charges n'était annexé auxdits contrats.

Les salaires mensuels bruts des gérants étaient versés douze fois l'an et se situaient entre CHF 3'750.- et CHF 4'750.-, auxquels s'ajoutait un pourcentage du chiffre d'affaires facturé et encaissé chaque mois par la succursale, variant entre 0,75% et 1,5%.

Chaque gérant recevait en pleine propriété une action d'X_____ d'une valeur nominale de CHF 1'000.-, sur laquelle la société avait un droit de réméré.

Les huit gérants, M. W_____ et Mme C_____ ont signé une déclaration de fonction dirigeante élevée adressée au service du commerce (ci-après : Scom) et attestant ce qui suit : « J'ai le pouvoir d'engager et licencier du personnel, de définir le montant du salaire des employés et de gérer le personnel et attribuer leurs tâches aux employés. Je suis le propriétaire, associé, directeur ou gérant de l'entreprise. J'assume un risque économique en cas de déficit d'exploitation ou de faillite (sauf si l'entreprise est en S.A. ou en S.à r.l.). Je choisis librement les marchandises et les fournisseurs. J'ai libre accès au compte de l'entreprise. Je choisis librement mes horaires et peux quitter en tout temps le lieu de travail. Je choisis librement la durée et la période de mes vacances. » Le document rappelait la teneur des dispositions pénales relatives aux faux dans les titres.

- 4) Par décision du 14 juillet 2011, l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail (ci-après : OCIRT) a ordonné à X_____ de respecter la législation sur le travail, avec effet immédiat. Les plannings des horaires devaient tenir compte de l'interdiction d'occuper le personnel le dimanche. Des registres d'heures devaient être mis en place pour permettre le contrôle des horaires des employés. Les exigences relatives au travail supplémentaire et à l'indemnisation de celui-ci devaient être respectées. Tout le personnel de l'entreprise devait être informé des mesures préconisées.

Un inspecteur du travail de l'OCIRT avait constaté, en date du dimanche 10 juillet 2011, que les quatre points de vente de X_____ étaient ouverts et occupaient quatre employés ayant affirmé avoir la qualité de gérant et de fonction dirigeante élevée.

Les quatre gérants étaient subordonnés à M. W_____ et à Mme C_____. Ils assuraient la gestion quotidienne d'un point de vente, mais n'avaient aucun pouvoir d'organisation. Ils n'étaient pas responsables des budgets de l'entreprise, ne faisaient pas partie de la direction, ne participaient pas aux réunions stratégiques, avaient la signature collective à deux limitée au point de vente dont ils s'occupaient, ne tenaient pas de relevé d'heures, alors qu'ils avaient effectué entre 55 et 60 heures par semaine, les heures supplémentaires n'étant pas rétribuées. Ils n'avaient pas de pouvoir de décision dans la marche des affaires de l'entreprise et ne pouvaient ni engager ni licencier le personnel.

Ils avaient les caractéristiques d'employés ordinaires « de bon niveau, voire de haut niveau » mais n'exerçaient pas de fonction dirigeante élevée, contrairement à M. W_____. L'occupation des travailleurs le dimanche contrevenait dès lors aux prescriptions légales relatives à la durée du travail et au repos.

La décision était exécutoire nonobstant recours et pouvait faire l'objet d'un recours dans les trente jours auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative).

L'OCIRT a adressé une copie de la décision au Scom.

- 5) Le 18 juillet 2011, le Scom a entendu M. W_____, après avoir contrôlé les quatre points de vente d'X_____ le dimanche 17 avril 2011.

Les employés travaillant le dimanche étaient inscrits au RC en qualité de gérants et exerçaient une fonction dirigeante élevée. Des étudiants indépendants organisés sous forme de société simple effectuaient parfois des remplacements le dimanche. Le reste du personnel de vente ne travaillait ni le dimanche ni le soir, à l'exception du jeudi jusqu'à 21 heures.

Le pouvoir des gérants exerçant une fonction dirigeante élevée était limité aux affaires d'une succursale ; ceux-ci disposaient d'une procuration avec signature collective à deux. S'agissant des fournisseurs, le choix des gérants était limité à la liste de la centrale d'achat, à savoir 9'000 références pour 200 ou 300 fournisseurs.

M. W_____ s'était toujours chargé personnellement de l'engagement du personnel d'X_____.

- 6) Par décision exécutoire nonobstant recours du 27 juillet 2011, le Scom a constaté, sur la base des éléments recueillis par l'OCIRT, la caducité des déclarations de fonction dirigeante élevée pour les gérants des quatre points de vente d'X_____ inscrits comme tels au RC. X_____ devait respecter les heures normales de fermeture des magasins, ainsi que l'obligation de fermeture le dimanche et les jours fériés.

Les inspecteurs du commerce avaient constaté, en date du dimanche 17 avril 2011, que lesdits points de vente étaient ouverts et le service assuré par quatre gérants. Vu que les intéressés n'exerçaient pas de fonction dirigeante élevée, leurs déclarations y relatives étaient caduques.

Le Scom poursuivrait son enquête pour identifier d'éventuelles autres infractions, faire respecter les dispositions légales et sanctionner les contrevenants.

- 7) Par un seul acte déposé au greffe de la chambre administrative le 8 août 2011, X_____ a recouru contre les décisions de l'OCIRT et du Scom précitées. Les recours ont été enregistrés sous deux numéros de cause distincts, respectivement A/2348/2011 et A/2349/2011. X_____ a conclu à l'annulation des deux décisions, à la constatation que les gérants des quatre points de vente n'étaient pas soumis à la législation sur le travail et l'heure d'ouverture des magasins, avec « une équitable indemnité de procédure valant participation aux honoraires d'avocat ». La recourante a sollicité l'audition de témoins.

Les gérants exerçaient une fonction dirigeante élevée : ils étaient responsables de la direction du magasin dans lequel ils travaillaient et accessoirement de la vente, chaque succursale disposant de son propre personnel de vente ; ils détenaient chacun une action d'X_____ d'une valeur nominale de CHF 1'000.- ; ils étaient indépendants et autonomes dans l'exercice de leur activité ; l'engagement et le salaire du personnel subalterne étaient décidés d'un commun accord avec les gérants, habilités à mener des entretiens d'évaluation et à licencier les collaborateurs ; ils avaient accès aux comptes de la société ; ils étaient responsables de l'élaboration des plannings horaires de leur point de vente ; ils étaient considérés comme des partenaires et participaient aux réunions de direction, aucune décision stratégique n'étant prise sans leur accord ; ils disposaient d'un budget de fonctionnement utilisé librement et chacun avait la signature collective à deux limitée aux affaires de la succursale.

Entre avril et juin 2011, les vendeurs et les gérants avaient travaillé approximativement 42 heures par semaine en moyenne. Le salaire des gérants était en adéquation avec la taille et les résultats négatifs de l'entreprise qui employait 32 collaborateurs.

Certains des gérants étaient « les initiateurs d'un complot ourdi pour contester les velléités de restructuration de la société par l'actionnaire principal, compte tenu des pertes financières importantes enregistrées par X_____ S.A. depuis sa création ».

- 8) Le 25 août 2011, les quatre succursales d'X_____ ont été radiées du RC en raison de la « cessation de l'exploitation ».
- 9) Le 30 août 2011, Maître B_____, chargé de la défense des intérêts de quatre anciens gérants d'X_____ par devant le Tribunal des prud'hommes, a sollicité l'appel en cause de ces derniers dans la cause A/2349/2011 opposant X_____ au Scm.
- 10) Le 5 septembre 2011, X_____ a été radiée du RC, son siège ayant été transféré dans le canton de Vaud, à Coppet.
- 11) Le 9 septembre 2011, le Scm a transmis son dossier à la chambre administrative et a conclu au rejet du recours interjeté par X_____ et à la confirmation de sa décision du 27 juillet 2011. Dans la mesure où les gérants des succursales d'X_____ n'exerçaient pas de fonction dirigeante élevée, contrairement aux déclarations faites par les intéressés, les points de vente X_____ devaient respecter les heures normales de fermeture des magasins.
- 12) Le 14 septembre 2011, le juge délégué a demandé à X_____ si elle persistait dans son recours, vu les radiations intervenues auprès du RC.

13) Le 26 septembre 2011, la recourante a répondu qu'elle maintenait son recours. Elle avait « un intérêt pratique et actuel à ce que la contestation soit tranchée par un organe judiciaire ». Elle avait été « publiquement accusée » dans la presse écrite « de contourner la loi pour élargir ses heures d'ouverture et d'exploiter son personnel », ce qui lui avait causé un préjudice considérable. Même si les succursales avaient été radiées du RC, les points de vente existaient toujours, étaient exploités par de nouvelles sociétés et dirigés par d'autres gérants dont le travail et la position au sein de l'entreprise étaient identiques à ceux prévalant dans le cadre de la procédure en cours.

14) Le 25 octobre 2011, le juge délégué a écarté la demande d'appel en cause formée par Me B_____, sans interpeller les parties.

La décision du Scm du 27 juillet 2011 visait les horaires d'exploitation des points de vente d'X_____. Me B_____ n'avait pas fourni d'éléments permettant d'examiner si et dans quelle mesure la décision litigieuse pouvait toucher les relations contractuelles entre les anciens gérants et X_____.

Cette décision n'a pas fait l'objet d'un recours.

15) En parallèle de la présente procédure administrative, M. W_____ a initié une procédure pénale :

Le 1^{er} novembre 2011, il a déposé une plainte pénale à l'encontre d'anciens gérants d'X_____ pour calomnie, subsidiairement pour diffamation, à la suite de la parution d'articles de presse concernant les horaires d'ouverture et le traitement du personnel.

Le 25 novembre 2011, le Ministère public a rendu une ordonnance de non-entrée en matière sur ladite plainte, les décisions de l'OCIRT et du Scm établissant la véracité des accusations propagées.

Par arrêt du 2 février 2012, la chambre pénale des recours a rejeté le recours interjeté par X_____ contre l'ordonnance précitée.

Le 25 juillet 2012, le Tribunal fédéral a rejeté, dans la mesure de sa recevabilité, le recours en matière pénale interjeté par X_____ le 7 mars 2012 (Arrêt du Tribunal fédéral 1B_137/2012).

16) Les 5 décembre 2011 et 24 avril 2012, cinq anciens gérants d'X_____ ont déposé une demande en paiement auprès du Tribunal des prud'hommes, requérant notamment la rétribution d'heures supplémentaires, de vacances, ainsi qu'une indemnité de licenciement.

17) Le 4 mai 2012, le Procureur général a informé le juge délégué qu'X_____ avait déposé une plainte pénale pour violation du secret de fonction, dans la

mesure où un exemplaire du recours déposé le 8 août 2011 dans la procédure A/2349/2011 était parvenu en mains d'une ancienne gérante, qui en avait produit copie à l'appui de sa demande auprès du Tribunal des prud'hommes. Il pria le juge délégué de lui indiquer qui avait consulté et levé copie du dossier.

18) Le 22 mai 2012, le juge délégué a répondu qu'à l'exception des parties elles-mêmes, aucun tiers aux procédures A/2348/2011 et A/2349/2011 n'avait consulté ni levé copie des dossiers.

19) Le 30 mai 2012, le juge délégué a tenu une audience de comparution personnelle des parties.

a. M. W_____ a persisté dans son recours, celui-ci ayant toujours un objet, eu égard aux dommages subis par X_____ vu la médiatisation de l'affaire. Il avait dû changer la structure d'exploitation des magasins, ce qui avait engendré des frais. Il souhaitait que la décision litigieuse soit annulée pour pouvoir revenir à la structure initiale. Le point de vente de C_____ n'existait plus. L'une des anciennes gérantes des succursales radiées était désormais administratrice des sociétés U_____ S.A. et U_____ V_____ S.A., dont elle détenait des actions. Lui-même signait les contrats d'engagement du personnel de vente après avoir rencontré les intéressés, en accord avec le gérant de la succursale. Soit lui-même, soit Mme C_____ s'occupait de l'engagement des gérants. Il s'assurait que les salaires correspondaient au minimum conventionnel, alors que les gérants décidaient et proposaient les augmentations, Mme C_____ faisant les modifications sur instruction de ces derniers. Lui-même passait la moitié de son temps au Brésil, où il gérait une entreprise générale employant 400 collaborateurs. La procédure prud'homale était en cours.

b. La représentante du Scm a précisé que ce dernier avait reçu les documents relatifs à la nouvelle structure des trois points de vente sis rue des A_____, rue V_____ et rue du D_____. Ces trois exploitations, à savoir U9_____ S.A., UB V_____ S.A. et U_____ S.A., n'avaient plus de lien avec X_____.

c. A l'issue de l'audience, le juge délégué a accordé aux parties un délai au 13 juillet 2012 pour formuler des observations au sujet de la persistance de l'objet et de l'intérêt du recours.

20) Le 9 juillet 2012, le Scm a indiqué que le recours formé par X_____ était irrecevable, la société n'ayant plus d'intérêt au recours.

21) Le 13 juillet 2012, X_____ a persisté dans son recours, qui était recevable, et a prié la chambre administrative d'entrer en matière.

Son chiffre d'affaires - qui avait chuté d'environ 40% - dépendait principalement de l'ouverture de ses points de vente en dehors des horaires habituels des magasins. Elle avait franchisé les magasins de la rue des A_____,

de la rue du D_____ et de la rue V_____. Plusieurs gérants avaient dû être licenciés.

Dans la mesure où elle avait été contrainte de modifier la structure d'exploitation en raison des décisions de l'OCIRT et du Scom, ainsi que pour des motifs économiques, elle conservait un intérêt pratique et actuel à ce que sa contestation soit tranchée, pour pouvoir revenir à la structure initiale.

La réparation du préjudice subi impliquait la démonstration que les décisions litigieuses étaient erronées. A défaut, les décisions de l'OCIRT et du Scom entreraient en force et les autorités civiles seraient liées par ces dernières. Vu la procédure prud'homale en cours, elle avait un intérêt à ce que son recours soit tranché sur le fond.

- 22) Le 16 juillet 2012, le juge délégué a indiqué aux parties que l'instruction de la cause était terminée et leur a accordé un délai au 17 août 2012 pour formuler toute requête complémentaire, en précisant que la cause serait ensuite gardée à juger en l'état du dossier.
- 23) Le 17 août 2012, X_____ a persisté dans sa demande d'auditions de témoins, dans le but de démontrer que les gérants des magasins remplissaient les exigences légales relatives à l'exercice d'une fonction dirigeante élevée, tout comme les actuels franchisés.
- 24) Le 20 août 2012, le juge délégué a informé les parties qu'il serait statué sur la demande d'X_____ dans l'arrêt à rendre.

EN DROIT

- 1) Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable de ce point de vue (art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05 ; art. 17A al. 1 let. b et 62 al. 1 let. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).
- 2) La qualité pour recourir d'X_____ mérite examen, dans la mesure où la recourante persiste à contester la décision du Scom du 27 juillet 2011, alors que cette dernière concerne des succursales ayant été radiées du RC dans l'intervalle.
 - a. La chambre de céans examine d'office et librement la recevabilité des recours qui lui sont soumis (ATA/343/2012 du 5 juin 2012 ; ATA/68/2012 du 31 janvier 2012 ; ATA/191/2011 du 22 mars 2011 ; ATA/396/2010 du 8 juin 2010 ; ATA/277/2010 du 27 avril 2010).
 - b. Aux termes de l'art. 60 al. 1 LPA, ont qualité pour recourir les parties à la procédure qui a abouti à la décision attaquée (let. a), ainsi que toute personne qui

est touchée directement par une décision et a un intérêt personnel digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée (let. b).

La chambre administrative a déjà jugé que les let. a et b de la disposition précitée doivent se lire en parallèle : le particulier qui ne peut faire valoir un intérêt digne de protection ne saurait être admis comme partie recourante, même s'il était partie à la procédure de première instance (ATA/343/2012 précité ; ATA/98/2012 du 21 février 2012 ; ATA/5/2009 du 13 janvier 2009 et les références citées).

c. Selon la jurisprudence, le recourant doit avoir un intérêt pratique à l'admission du recours, soit que cette admission soit propre à lui procurer un avantage, de nature économique, matérielle ou idéale (ATF 121 II 39 consid. 2 c/aa p. 43 ; Arrêt du Tribunal fédéral 1A.47/2002 du 16 avril 2002 consid. 3 ; ATA/343/2012 précité ; ATA/188/2011 du 22 mars 2011 ; ATA/146/2009 du 24 mars 2009).

d. Un intérêt digne de protection suppose un intérêt actuel à obtenir l'annulation de la décision attaquée (ATF 135 I 79 consid. 1 ; 128 II 34 consid. 1b ; Arrêt du Tribunal fédéral 1C_133/2009 du 4 juin 2009 consid. 3 ; H. SEILER, Handkommentar zum Bundesgerichtsgesetz [BGG], Berne 2007, n. 33 *ad* art. 89 LTF p. 365 ; K. SPUHLER / A. DOLGE / D. VOCK, Kurzkomentar zum Bundesgerichtsgesetz [BGG], Zurich/St-Gall 2006, n. 5 *ad* art. 89 LTF p. 167). L'existence d'un intérêt actuel s'apprécie non seulement au moment du dépôt du recours, mais aussi lors du prononcé de la décision sur recours ; s'il s'éteint pendant la procédure, le recours, devenu sans objet, doit être simplement radié du rôle (ATF 125 V 373 consid. 1 ; 118 Ib 1 consid. 2 ; Arrêt du Tribunal fédéral 1C_76/2009 du 30 avril 2009 consid. 2 ; ATA/175/2007 du 17 avril 2007 ; ATA/915/2004 du 23 novembre 2004) ou déclaré irrecevable (ATF 123 II 285 consid. 4 ; Arrêt du Tribunal fédéral 1C_69/2007 du 11 juin 2007 consid. 2.3 ; ATA/343/2012 précité ; ATA/188/2011 du 22 mars 2011 ; ATA/192/2009 du 21 avril 2009 ; ATA/640/2005 du 27 septembre 2005).

e. En l'espèce, X_____ persiste dans son recours et prie la chambre administrative d'entrer en matière sur le fond du litige, estimant avoir un intérêt pratique et actuel à l'admission du recours.

Il ressort du dossier que les quatre succursales de la société ont été radiées du RC en date du 25 août 2011 en raison de la « cessation de l'exploitation ». X_____ a été radiée à son tour le 5 septembre 2011, son siège ayant été transféré dans le canton de Vaud. La plupart des gérants dont il est question dans la décision litigieuse ne travaillent plus pour la recourante.

Dans la mesure où toutes les sociétés concernées par la décision litigieuse ont été radiées du RC, les faits à la base de la décision querellée ne sont désormais

plus les mêmes, celle-ci visant des personnes qui ont quitté l'entreprise ou qui travaillent auprès d'autres sociétés. Dans ces circonstances, le recours n'a *a priori* plus d'objet et la recourante n'a plus d'intérêt pratique et actuel à obtenir l'annulation de la décision précitée, et, partant, plus d'intérêt à l'admission de son recours.

La question de la recevabilité du recours peut toutefois demeurer ouverte vu ce qui suit.

- 3) La recourante sollicite l'audition de témoins.
 - a. Selon la jurisprudence fondée sur l'art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101), le droit d'être entendu comprend pour l'intéressé celui d'offrir des preuves pertinentes, de prendre connaissance du dossier, d'obtenir qu'il soit donné suite à ses offres de preuves pertinentes, de participer à l'administration des preuves essentielles ou à tout le moins de s'exprimer sur son résultat, lorsque cela est de nature à influencer sur la décision à rendre (ATF 132 II 485 consid. 3.2 ; 127 I 54 consid. 2b ; 127 III 576 consid. 2c ; Arrêt du Tribunal fédéral 1C_424/2009 du 6 septembre 2010 consid. 2). Le droit de faire administrer des preuves n'empêche cependant pas le juge de renoncer à l'administration de certaines preuves offertes et de procéder à une appréciation anticipée de ces dernières, en particulier s'il acquiert la certitude que celles-ci ne l'amèneront pas à modifier son opinion ou si le fait à établir résulte déjà des constatations ressortant du dossier (ATF 134 I 140 consid. 5.3 ; 131 I 153 consid. 3 ; Arrêts du Tribunal fédéral 2C_58/2010 du 19 mai 2010 consid. 4.3 ; 4A_15/2010 du 15 mars 2010 consid. 3.2 et les arrêts cités ; ATA/432/2008 du 27 août 2008). Le droit d'être entendu découlant de l'art. 29 al. 2 Cst. ne comprend pas le droit d'obtenir l'audition de témoins. En effet, l'autorité peut mettre un terme à l'instruction lorsque les preuves administrées lui ont permis de former sa conviction et que, procédant d'une manière non arbitraire à une appréciation anticipée des preuves qui lui sont encore proposées, elle a la certitude qu'elles ne pourraient l'amener à modifier son opinion (ATF 130 II 425 consid. 2.1 p. 429 ; Arrêt du Tribunal fédéral 2C_111/2012 du 25 juillet 2012 consid. 3.1).
 - b. En l'espèce, le dossier étant complet, la chambre de céans dispose des éléments nécessaires pour statuer sans donner suite à la demande d'auditions présentée par X_____.
- 4) La recourante soutient qu'elle pouvait déroger aux horaires habituels d'ouverture et de fermeture des magasins, dans la mesure où les gérants des points de vente concernés par la décision litigieuse exerçaient une fonction dirigeante élevée.

- 5) a. La loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce du 13 mars 1964 (LTr - RS 822.11) s'applique, sous réserve des art. 2 à 4, à toutes les entreprises publiques et privées (art. 1 al. 1 LTr).
- b. Sont notamment exclus du champ d'application de la LTr les travailleurs exerçant une fonction dirigeante élevée (art. 3 let. d LTr).
- c. Aux termes de l'art. 9 de l'ordonnance 1 relative à la loi sur le travail du 10 mai 2000 (OLT 1 - RS 822.111), exerce une fonction dirigeante élevée quiconque dispose, de par sa position et sa responsabilité et eu égard à la taille de l'entreprise, d'un pouvoir de décision important, ou est en mesure d'influencer fortement des décisions de portée majeure concernant notamment la structure, la marche des affaires et le développement d'une entreprise ou d'une partie d'entreprise.
- d. Le législateur est parti de l'idée que les personnes exerçant une fonction dirigeante élevée n'avaient pas besoin de protection de droit public (ATF 98 Ib 347 consid. 2 ; ATA J. et N. S.A. du 15 janvier 1997).

Le fait que la loi ne parle pas simplement de fonction dirigeante mais de fonction dirigeante élevée, doit conduire à une interprétation plutôt restrictive de l'art. 3 let. d LTr (ATF 126 III 337 consid. 5a ; 98 Ib 347 consid. 2 ; ATA J. et N. S.A. du 15 janvier 1997 ; ATA J. et N. S.A. du 23 août 1995). Cette notion a pour but de ne pas entraver, par une intervention du droit public, les décisions que peuvent être amenées à prendre, pour les besoins de l'entreprise, les personnes qui ont la charge de ses affaires (ATA J. et N. S.A. du 23 août 1995).

Le pouvoir de décision de l'intéressé doit être de nature à influencer de façon durable la marche et la structure de l'entreprise dans son ensemble, ou du moins dans l'une de ses parties importantes. Savoir si une personne exerce une fonction dirigeante élevée est une question qui doit être tranchée non seulement à la lumière du contrat de travail, mais également sur la base des circonstances concrètes et de la nature réelle du travail exercé (ATF 126 III 337 consid. 5a et les références citées ; 98 Ib 347 consid. 2 ; Arrêts du Tribunal fédéral 4C.157/2005 du 25 octobre 2005 consid. 5.2 ; 4C.310/2002 du 14 février 2003 consid. 5.2 ; ATA J. et N. S.A. du 15 janvier 1997 ; ATA J. et N. S.A. du 23 août 1995 ; ATA G. S.A. du 5 février 1992 ; ATA H.O.L. S.A. du 24 juin 1987 ; Secrétariat d'Etat à l'économie, commentaire de la LTr et des OLT 1 et 2, 6^{ème} mise à jour 2011, p. 109-1, consultable en ligne sur le site <http://www.seco.admin.ch/dokumentation/publikation/00009/00027/01569/index.html?lang=fr>).

Le fait qu'un travailleur bénéficie d'une position de confiance au sein de l'entreprise ne permet pas à lui seul d'admettre que cette personne y exerce une fonction dirigeante. Ni la compétence d'engager l'entreprise par sa signature ou de donner des instructions, ni l'ampleur du salaire ne constituent en soi des critères

décisifs (ATF 126 III 337 consid. 5a ; Arrêts du Tribunal fédéral 4C.157/2005 du 25 octobre 2005 consid. 5.2 ; 4C.322/1996 du 4 juillet 1997 consid. 2b/aa ; TH. GEISER, Commentaire de la loi sur le travail, Berne 2005, ch. 19 à 22 *ad* art. 3 LTr ; REHBINDER/MÜLLER, Arbeitsgesetz, 5^{ème} éd., n. 1 *ad* art. 3 al. 1 let. d, p. 38 ; F. WALTER BIGLER, Kommentar zum Arbeitsgesetz, 3^{ème} éd., n. 7 *ad* art. 3 LTr).

- 6) a. Aux termes de l'art. 18 al. 1 LTr, du samedi à 23 heures au dimanche à 23 heures, il est interdit d'occuper des travailleurs. Les dérogations prévues à l'art. 19 LTr sont réservées.
- b. Le jour de repos hebdomadaire est, sauf exception, le dimanche (art. 21 al. 1 OLT 1).
- 7) a. La loi sur les heures d'ouverture des magasins du 15 novembre 1968 (LHOM - I 1 05) s'applique à tous les magasins sis sur le territoire du canton de Genève (art. 1 LHOM). Le département des affaires régionales, de l'économie et de la santé (ci-après : le département) est chargé de l'application de la LHOM (art. 2 LHOM).
- b. L'art. 4 let. b LHOM prévoit que ne sont notamment pas assujettis les magasins, à condition qu'ils n'occupent pas de personnel les dimanches et jours fériés légaux, ainsi qu'au-delà des heures de fermeture normales des magasins ; ne sont pas considérés comme du personnel au sens de cette disposition les travailleurs exerçant une fonction dirigeante élevée au sens de la LTr et qui sont tenus de s'annoncer au département.
- c. Sous réserve des régimes particuliers et des dispositions relatives aux fermetures retardées, l'heure de fermeture ordinaire des magasins est 19 heures (art. 9 al. 1 LHOM). L'heure de fermeture du vendredi est 19 heures 30 (art. 9 al. 2 LHOM). Celle du samedi est 18 heures (art. 9 al. 3 LHOM). Les magasins peuvent rester ouverts un soir par semaine jusqu'à 21 heures (art. 14 LHOM).
- d. Sous réserve de dispositions particulières de la LHOM, tous les magasins qui ne sont pas au bénéfice d'une disposition dérogatoire de l'ordonnance 2 relative à la loi sur le travail du 10 mai 2000 (OLT 2 - RS 822.112) doivent être fermés le dimanche et les jours fériés légaux (art. 16 LHOM).
- e. Tout exploitant, gérant ou mandataire responsable d'un magasin est tenu de fournir en tout temps, sur demande, tous renseignements utiles pour l'exécution de la LHOM et de son règlement, au département ou aux agents désignés par lui à cet effet (art. 30 al. 1 LHOM). Les travailleurs exerçant une fonction dirigeante élevée au sens de l'art. 3 let. d LTr, visés par l'art. 4 let. b LHOM, sont tenus de s'annoncer au département (art. 30 al. 2 LHOM).

f. Aux termes de l'art. 1 du règlement d'exécution de la loi sur les heures d'ouverture des magasins du 21 février 1969 (RHOM - I 1 05.01), les travailleurs exerçant une fonction dirigeante élevée sont tenus, en application de l'art. 30 al. 2 LHOM, de s'annoncer au département et remplissent à cet effet une déclaration *ad hoc* sur le formulaire édicté par le Scm. Tout changement de situation susceptible de modifier l'une ou l'autre des informations ainsi transmises audit service doit lui être immédiatement communiqué (al. 1). Le Scm peut en tout temps exiger la production d'autres documents justifiant la fonction dirigeante élevée (al. 2). A la demande du Scm, et en cas de doute de ce dernier concernant l'exercice réel d'une fonction dirigeante élevée au sens de la LTr, l'OCIRT donne son avis (al. 3). Le Scm tient un registre des déclarations des travailleurs exerçant une fonction dirigeante élevée (al. 4).

- 8) En l'espèce, il n'est pas contesté que les points de vente contrôlés par l'autorité intimée étaient ouverts en-dehors des horaires habituels d'ouverture des magasins, notamment le dimanche, en raison des fonctions dirigeantes élevées alléguées.

Selon les contrats de travail des anciens gérants concernés par la décision litigieuse, les horaires habituels étaient en principe de 9 heures à 19 heures du lundi au vendredi et de 9 heures à 18 heures le samedi. Les intéressés organisaient leurs horaires et adaptaient leur temps de travail à l'accomplissement de leurs tâches. Si la bonne marche des affaires l'exigeait, les employés étaient tenus d'effectuer des heures de travail supplémentaires, comprises dans le salaire et non compensées ; ils ne pouvaient alors compter que sur eux-mêmes et sur tout autre employé ayant une position identique à la leur. Le droit aux vacances était de quatre semaines, celles-ci étant fixées d'entente entre les parties. Les gérants étaient soumis aux instructions et directives de l'employeur qu'ils avaient l'obligation de respecter et dépendaient hiérarchiquement du conseil d'administration ou de son représentant. Leurs salaires mensuels bruts se situaient entre CHF 3'750.- et CHF 4'750.-, auxquels s'ajoutait un pourcentage du chiffre d'affaires de la succursale variant entre 0,75% et 1,5%. Chaque gérant recevait une action d'X_____ d'une valeur nominale de CHF 1'000.-, sur laquelle la société avait un droit de réméré.

Il ressort du dossier que, même si les anciens gérants disposaient d'une certaine autonomie dans la gestion quotidienne de la succursale dans laquelle ils travaillaient et qu'ils participaient aux réunions de direction, les décisions importantes et stratégiques concernant la société étaient prises par M. W_____. Les gérants n'avaient pas le pouvoir d'engager du personnel, mais uniquement celui de faire des propositions. Ils ne détenaient qu'une seule action d'une valeur nominale de CHF 1'000.- alors que le capital-actions de la société était de CHF 2'500'000.-. Ils ne pouvaient pas choisir leurs fournisseurs, étant limités à la liste de la centrale d'achat. Ils n'avaient pas libre accès aux comptes de

l'entreprise. Leur droit de signature collective à deux ne leur permettait d'engager que la succursale dans laquelle ils travaillaient. Ils devaient respecter l'horaire de travail établi et ne pouvaient pas quitter en tout temps leur lieu de travail. Leurs contrats ne leur permettaient pas de choisir librement la durée et la période des vacances. Enfin, leurs salaires ne correspondaient pas à une fonction dirigeante élevée, au regard des chiffres publiés par l'office cantonal de la statistique (ci-après : OCSTAT) : dans le canton de Genève, le salaire mensuel brut médian standardisé dans le commerce du détail s'élève à CHF 6'500.- pour un travail indépendant et très qualifié, respectivement à CHF 9'183.- pour les travaux les plus exigeants et les tâches les plus difficiles ; il atteint en moyenne CHF 11'889.- pour un cadre moyen et CHF 13'200.- pour un cadre supérieur, toutes branches économiques confondues (cf. tableaux de l'OCSTAT mis à jour le 2 avril 2012 et consultables en ligne sur le site : http://www.ge.ch/statistique/domaines/03/03_04/tableaux.asp#1).

Au moment où l'autorité intimée a statué, la seule personne habilitée à prendre de façon autonome des décisions dans les affaires essentielles de la société dans son ensemble et pouvant influencer cette dernière de manière durable par ses actes était M. W_____, à l'exclusion de toute autre, bien que l'intéressé ait indiqué passer une partie de son temps au Brésil.

Dans la mesure où les anciens gérants visés par la décision litigieuse n'exerçaient pas de fonction dirigeante élevée, ils étaient soumis à la législation sur le travail. La recourante devait donc respecter les dispositions y relatives, notamment les horaires d'ouverture et de fermeture ordinaires des magasins, ainsi que l'interdiction d'occuper des travailleurs le dimanche. Le fait que les intéressés aient signé des déclarations selon lesquelles ils exerçaient une fonction dirigeante élevée n'y change rien, dans la mesure où c'est la nature réelle de leur travail qui prévaut.

Au vu de ce qui précède, la décision querellée sera confirmée.

- 9) Le recours sera rejeté dans la mesure où il est recevable. Un émolument de CHF 1'000.- sera mis à la charge de la recourante (art. 87 al. 1 LPA). Vu l'issue du litige, aucune indemnité ne lui sera allouée (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

rejette, dans la mesure où il est recevable, le recours interjeté le 8 août 2011 par X_____ S.A. contre la décision du service du commerce du 27 juillet 2011 ;

met un émolument de CHF 1'000.- à la charge d'X_____ S.A. ;

dit qu'il ne lui est pas alloué d'indemnité de procédure ;

dit que, conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification par-devant le Tribunal fédéral, par la voie du recours en matière de droit public ; le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire ; il doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

communique le présent arrêt à Me Michael Rudermann, avocat de la recourante, ainsi qu'au service du commerce.

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

Au nom de la chambre administrative :

le greffier-juriste :

F. Scheffre

le président siégeant :

Ph. Thélin

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :