

Employé exerçant une fonction dirigeante élevée (art. 3 let. d LTr) : précision de la jurisprudence; analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 2C_745/2014

Jean-Philippe Dunand, avocat, docteur en droit, professeur à l'Université de Neuchâtel

I. Objet de l'arrêt

Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral a précisé que la qualité de fonction dirigeante élevée au sens de l'article 3 lettre d LTr présuppose une structure d'entreprise un tant soit peu complexe et hiérarchisée ; il faut en outre que l'employé se trouve au sommet de la hiérarchie et qu'il bénéficie d'une position privilégiée au sein du personnel de l'entreprise.

II. Résumé de l'arrêt

A. Les faits

La société A. SA (ci-après : la Société), dont le siège est à Genève, a pour but l'exploitation 24 heures sur 24 d'un commerce de tabac, journaux, produits et denrées alimentaires, ainsi que la fourniture de services en relation avec le développement, l'exploitation et la gestion de réseaux de vente. B. en est l'administrateur unique. La Société est propriétaire du commerce « Tabac-Epicerie – A. » (ci-après : le commerce), sis à Genève.

La Société a successivement engagé C., D. et E. pour assurer l'exploitation du commerce. Dans le contrat de travail écrit conclu entre la Société et E., il était convenu que l'employé était engagé en qualité de responsable du magasin pour une durée indéterminée. E. y exerçait une fonction dirigeante lui conférant le pouvoir d'engager et de licencier du personnel, de passer et effectuer le paiement des commandes, de consulter les comptes de l'entreprise, de choisir ses horaires de travail, ainsi que les dates de ses vacances. Il devait en outre assurer la vente au comptoir, avec un horaire variable de 40 heures par semaine et se charger des commandes avec les fournisseurs, en veillant à l'état des stocks. Le salaire mensuel s'élevait à 4'000 fr.

Le Service du commerce a refusé d'entrer en matière sur la déclaration de « fonction dirigeante élevée » établie en faveur de E. L'autorité a retenu que ce dernier ne disposait pas du pouvoir de représenter la Société, qu'il n'assumait aucun risque économique en cas de déficit et qu'il n'avait pas été établi qu'il disposait d'un pouvoir décisionnel important propre à influencer la structure, la marche des affaires et le développement de la Société. Cette dernière a recouru contre cette décision auprès de la Cour de justice, Chambre administrative, du canton de Genève (ci-après : la Cour de justice). La Cour de justice a rejeté le recours. Agissant par la voie du recours en matière de droit public, la Société demande au Tribunal fédéral, principalement, d'annuler l'arrêt attaqué, et de reconnaître E. comme personne ayant une fonction dirigeante élevée au sein de la Société.

B. Le droit

A l'appui de son recours en matière de droit public, la Société a soulevé trois moyens principaux. Premièrement, elle a invoqué plusieurs griefs relatifs à l'établissement des faits (consid. 2). Deuxièmement, elle a fait valoir une violation de l'art. 3 let. d LTr (consid. 3). Troisièmement, elle s'est prévalu du droit à la protection de la bonne foi (consid. 4). Le Tribunal fédéral a rejeté le recours de la Société. Nous nous concentrerons ici sur le deuxième moyen qui a fait l'objet des développements les plus intéressants (consid. 3).

La Société a soutenu que la Cour de justice avait abusé de son pouvoir d'appréciation dans l'évaluation des critères permettant de retenir l'existence d'une fonction dirigeante élevée. Le Tribunal fédéral a rejeté ce grief dans le considérant 3 qui est composé de 5 parties (consid. 3.1 à 3.5).

Consid. 3.1 : rappel de la législation et de la jurisprudence

La LTr ne s'applique pas aux travailleurs qui exercent une fonction dirigeante élevée (art. 3 let. 3 LTr). Selon l'art. 9 OLT 1, 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'après la jurisprudence, cette notion doit être interprétée restrictivement. Les affaires essentielles correspondent à celles qui sont 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. Une position de confiance, la compétence de signer au nom de l'employeur ou celle de donner des instructions peuvent aussi être conférées à des travailleurs qui n'exercent pas de fonction dirigeante élevée aux termes de cette disposition. La portée de l'art. 3 let. d LTr doit être examinée de cas en cas, sans égard ni au titre ni à la formation de la personne concernée, mais d'après la nature réelle de sa fonction. Il faut aussi tenir compte de la grandeur de l'entreprise. Ainsi, dans une petite entreprise, celui qui est appelé à remplacer régulièrement le patron et à prendre des décisions importantes à sa place pourra être considéré comme exerçant une fonction dirigeante élevée, même s'il ne porte aucun titre spécial et n'a reçu aucune formation supérieure.

Consid. 3.2 : position de la Cour de justice

La Cour de justice a considéré que E. ne remplissait pas les conditions pour l'octroi du statut de « fonction dirigeante élevée ». Pour parvenir à cette conclusion, la Cour a constaté que bien que E. disposât d'une procuration sur le compte de la Société, rien n'indiquait qu'il pouvait en user sans l'accord de la recourante ou dans un autre cadre que le paiement des commandes effectuées auprès des fournisseurs. D'ailleurs, le contrat de travail de E. lui attribuait uniquement la possibilité de consulter les comptes de la Société, mais en aucun cas ne lui conférait le droit de gérer les finances de celle-ci. Enfin, en l'espace d'une année, la Société avait successivement engagé trois employés pour assurer l'exploitation de son commerce. Dans les trois cas, elle avait déposé des requêtes en déclaration de « fonction dirigeante élevée ». Or, de tels changements étaient incompatibles avec un tel statut.

Consid. 3.3 : première analyse

En l'occurrence, il convient d'admettre que, d'un point de vue formel, plusieurs critères posés par la jurisprudence pour retenir l'exercice d'une fonction dirigeante élevée sont réalisés. E. travaille en alternance avec l'administrateur de la Société pour assurer l'exploitation d'un commerce ouvert 24 heures sur 24. Il gère ainsi de manière autonome la vente et la commande de marchandises pour le compte de la Société. Pour cette activité, l'employé touche un salaire de 4'000 fr., ce qui correspond au salaire perçu par l'administrateur de la Société. Ces éléments constituent des indices pertinents pour établir que E. assume des responsabilités qui sont susceptibles d'influencer la marche des affaires de la recourante. Il convient en outre de constater que E. dispose de la signature individuelle et a fait usage de celle-ci en engageant un employé pour le compte de la Société. Il dispose, au demeurant, d'une procuration sur le compte de la recourante lui permettant de payer les fournisseurs et bénéficie d'une autonomie dans la gestion de ses horaires et vacances.

Cela ne conduit pas pour autant à la conclusion que E. occupe une fonction dirigeante élevée au sens de l'art. 3 let. d LTr. La présente espèce a ceci de particulier que l'employé exerce son activité dans le cadre d'une petite structure qui, hormis l'intéressé, compte un administrateur et un vendeur engagé à temps partiel. En outre, l'activité consiste dans la gestion d'un tabac ouvert 24 heures sur 24 de sorte que tous les employés du commerce sont amenés à se relayer et à exercer matériellement les mêmes tâches. La question se pose donc de savoir si l'employé d'une telle structure peut être considéré comme exerçant une fonction dirigeante élevée.

Consid. 3.4 : prise en compte du critère de la taille minimale de l'entreprise

La jurisprudence ne s'est pas prononcée sur la taille minimale de l'entreprise permettant d'employer du personnel bénéficiant du statut de l'art. 3 let. d LTr. La doctrine qui s'est intéressée à la question, l'a pour l'heure laissée ouverte. Historiquement, la disposition d'exception que constitue l'art. 3 let. d LTr s'explique par le fait que les travailleurs qui exercent une fonction dirigeante élevée n'ont, en raison de leur situation particulière dans l'entreprise, pas besoin d'être protégés par le droit public. Au regard des exemples cités dans le message relatif à la LTr (directeurs et chefs d'entreprise, associés d'une société en nom collectif autorisé à représenter celle-ci, membres du conseil d'administration d'une société anonyme, etc.), il apparaît que la qualité de fonction dirigeante élevée implique une

structure un tant soit peu complexe et hiérarchisée. L'employé exerçant une fonction dirigeante élevée doit ainsi se trouver au sommet de la hiérarchie et bénéficier d'une position privilégiée au sein du personnel de l'entreprise.

Consid. 3.5 : conclusion

La position de l'employé qui, à l'aide d'un subordonné engagé à temps partiel, se relaie avec l'administrateur de la Société pour assurer l'exploitation d'un tabac ouvert 24 heures sur 24 ne correspond pas à celle d'un travailleur exerçant une fonction dirigeante élevée et ce même si, formellement, les tâches exercées de même que la rémunération, modeste, sont identiques à celles de l'administrateur. Cela vaut d'autant plus en l'occurrence qu'en l'espace d'une année, la Société a successivement engagé trois employés pour exercer cette activité. Même si cet élément n'est pas à lui seul déterminant, il faut admettre avec l'autorité cantonale que de tels changements sont difficilement compatibles avec un statut de fonction dirigeante élevée. Partant, dès lors que l'arrêt attaqué, dans son résultat, ne viole pas le droit fédéral, le fait que la Cour de justice ait mis l'accent sur d'autres critères ne constitue pas un abus du pouvoir d'appréciation qui devrait être sanctionné. Il s'ensuit que le grief de violation de l'art. 3 let. d LTr doit être rejeté.

III. Analyse

La compréhension de la législation sur le travail peut s'avérer complexe car la loi et ses cinq ordonnances d'application prévoient autant de principes que d'exceptions, autant de régimes principaux que de régimes spécifiques ou dérogatoires. C'est dire que toute nouvelle jurisprudence précisant les principes incertains ou les notions juridiques indéterminées est la bienvenue.

La loi sur le travail s'applique en principe à toutes les entreprises publiques et privées (art. 1 al. 1 LTr). Toutefois, selon l'art. 3 let. d LTr, la loi ne s'applique pas, sous réserve de l'art. 3a LTr, aux travailleurs qui exercent une fonction dirigeante élevée (exception). L'art. 3a let. b LTr précise quant à lui que les dispositions de la loi relatives à la protection de la santé s'appliquent aussi aux travailleurs qui exercent une fonction dirigeante élevée (contre-exception)¹.

Bien que définie à l'art. 9 OLT 1, la notion de « fonction dirigeante élevée » reste sujette à interprétation. Il s'agit, en effet, d'une notion juridique indéterminée, dont les contours ont été précisés par la jurisprudence². Malgré tout, la notion reste floue³. Selon le Tribunal fédéral, la portée de l'art. 3 let. d LTr doit être déterminée « de cas en cas »⁴. Dans l'arrêt faisant l'objet de la présente analyse, notre Haute Cour a pris en compte les différents critères en faveur et en défaveur de l'application de cette disposition légale. Elle a eu l'occasion de se pencher, semble-t-il pour la première fois, sur la question de la taille minimale de l'entreprise permettant d'employer du personnel pouvant être considéré

¹ Il s'agit plus particulièrement des articles 6 (obligations des employeurs et des travailleurs), 35 (protection de la santé durant la maternité) et 36a LTr (protection d'autres catégories de travailleurs).

² Patrick Mangold, Le travailleur exerçant une fonction dirigeante élevée au sens de l'article 3 lettre d LTr, in: Panorama en droit du travail, Berne 2009, pp. 396 ss.

³ Patrick Mangold (n. 2), pp. 402 s.

⁴ ATF 126 III 337, consid. 5a.

comme « exerçant une fonction dirigeante élevée ». Nous approuvons la solution retenue selon laquelle une telle qualité présuppose une structure « un tant soit peu complexe et hiérarchisée ». Ainsi que l'a relevé le Tribunal fédéral, admettre « le contraire conduirait inmanquablement à des abus et, en définitive, à vider la loi de son sens, puisque cela permettrait à toutes les petites structures de contourner les prescriptions relatives au travail du dimanche et aux heures d'ouverture des magasins, en engageant un seul employé à qui elles confieraient toutes les responsabilités liées à l'exploitation de l'entreprise. Cette conclusion apparaît au demeurant compatible avec la volonté du législateur d'appliquer les exceptions prévues par la LTr avec circonspection, position que la jurisprudence confirme du reste régulièrement (cf. ATF 140 II 46 consid. 2.4 p. 54 ; 139 II 529 consid. 3.4 p. 533) »⁵. Il est en effet évident qu'une entreprise peut avoir intérêt à ce que son ou ses rares employés soient considérés comme exerçant une fonction dirigeante élevée, ce qui les exclurait du champ d'application de la législation sur le travail et exonérerait l'entreprise du respect des dispositions de la LTr sur la durée du travail et du repos (art. 9ss LTr). En particulier, l'employeur n'aurait pas à compenser ou rétribuer le travail supplémentaire, au sens de l'art. 13 LTr, ce qui constitue un enjeu économique important⁶.

Cela étant, il ne faut pas confondre la notion restreinte de travailleur qui exerce une fonction dirigeante élevée au sens de l'art. 3 let. d LTr avec la notion de cadre qui est, elle, autonome et beaucoup plus large⁷. Selon ce point de vue, la plupart des cadres de notre pays ne font pas partie de la catégorie des travailleurs exerçant une fonction dirigeante élevée⁸. Dans la mesure où le Code des obligations ne la définit pas, la notion de cadre reste indéterminée et sujette à plusieurs acceptions⁹. En principe, selon la jurisprudence, les art. 319 ss CO régissent de la même manière tous les contrats de travail indépendamment du statut du travailleur¹⁰. Il en résulte qu'un cadre, et même un cadre dirigeant, bénéficie également des règles protectrices du droit du travail, pour autant que le contrat qui le lie à son entreprise corresponde aux critères légaux du contrat de travail¹¹. On admet toutefois quelques exceptions, en tous les cas pour les cadres supérieurs, soit ceux qui ont certaines responsabilités dans la gestion de l'entreprise, une marge de décision, le pouvoir de donner des instructions à des subordonnés, la possibilité d'aménager leur temps de travail relativement librement et qui perçoivent un salaire élevé¹². Ainsi, il est reconnu que la notion d'heures supplémentaires de travail au sens de l'art. 321c CO est en principe étrangère aux cadres supérieurs qui peuvent organiser librement leur temps de travail et dont la charge importante de travail est compensée par un salaire de base plus élevé¹³. Le Tribunal fédéral considère qu'en l'absence d'une réglementation expresse du temps de

⁵ Consid. 3.4.

⁶ Patrick Mangold (n. 2), p. 396.

⁷ Rémy Wyler et Boris Heinzer, *Droit du travail*, Berne 2014, p. 105.

⁸ Patrick Mangold (n. 2), p. 404.

⁹ Peter Jung, *Der leitende Angestellte als arbeitsrechtlicher Typus*, in: *Festschrift – Zur Emeritierung von Jean-Fritz Stöckli*, Zurich/Saint Gall 2014, pp. 335 ss.

¹⁰ ATF 130 III 213, consid. 2.1, JdT 2004 I 223.

¹¹ Jean-Philippe Dunand, N 64 ad art. 321c CO, in : *Commentaire du contrat de travail*, Berne 2013, p. 102.

¹² Jean-Philippe Dunand (n. 11), N 65 ad art. 321c CO, p. 103 ; Wolfgang Portmann, N 10 ad art. 321c CO, in : *Commentaire bâlois*, Bâle 2011, p. 1840.

¹³ Ullin Streiff, Adrian von Kaenel et Roger Rudolph, N 6 ad art. 321c CO, in : *Arbeitsvertrag*, Zurich/Bâle/Genève 2012, pp. 218 ss.

travail, les cadres supérieurs ne peuvent prétendre à une indemnisation pour les heures supplémentaires de travail¹⁴. Autre exemple, l'étendue et l'obligation de diligence et de fidélité (art. 321a CO) doivent être analysées en fonction de la position du travailleur dans l'entreprise. Ainsi, en raison du crédit particulier et de la responsabilité que lui confère sa fonction dans l'entreprise, le comportement d'un cadre sera jugé avec une rigueur accrue¹⁵.

En résumé, il existe une insécurité juridique importante sur la détermination du régime juridique applicable aux cadres en droit suisse du travail. Certes, les cadres sont généralement soumis à l'ensemble du droit du travail. La jurisprudence a toutefois prévu quelques adaptations dont certaines ne s'appliquent qu'aux cadres supérieurs. Par ailleurs, les cadres supérieurs considérés comme exerçant une fonction dirigeante élevée, notion qui reste incertaine, sont exclus du champ d'application de la LTr. Plus précisément, les règles sur la protection de la santé leurs sont applicables mais non celles concernant la durée du travail et repos. Notons enfin que cette insécurité juridique va encore s'accroître prochainement du fait de la création d'un nouveau régime juridique applicable à certaines catégories d'employés. En effet, le Département fédéral de la formation et de la recherche a récemment ouvert une procédure de consultation portant sur l'adoption de nouveaux articles 73a et 73b OLT 1 relatifs à des modalités spécifiques d'enregistrement de la durée du travail. Le projet prévoit que la saisie du temps de travail doit pouvoir être supprimée à certaines conditions pour les salariés qui touchent un salaire soumis à l'AVS de plus de 120'000 francs (bonus compris) et qui disposent d'une grande latitude en matière d'horaires de travail. Le projet prévoit aussi qu'une saisie simplifiée du temps de travail (portant uniquement sur le nombre d'heures de travail effectuées par jour) peut être mise en place par un accord de l'entreprise avec les employés qui disposent d'une certaine marge de manœuvre en matière d'horaires de travail. Le département souhaite une mise en vigueur rapide de cette réforme, si possible cette année encore.

¹⁴ ATF 129 III 171, consid. 2.1, JdT 2003 I 241 ; TF 4A_172/2012 du 22 août 2012, consid. 4.3.1.

¹⁵ ATF 127 III 86, consid. 2c ; TF 4A_32/2008 du 20 mai 2008, consid. 3.1.