

BVGer B-5520/2019 vom 19. Mai 2020

Bundesverwaltungsgericht, 2020-05-19, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-5520_2019

FR: TAF B-5520/2019 du 19 mai 2020

IT: TAF B-5520/2019 del 19 maggio 2020

Regeste

Protection des travailleurs

Erwägungen

E. 1

Le Tribunal administratif fédéral est compétent pour statuer sur le présent recours (cf. art. 31, 32 et 33 let. d LTAF et art. 5 al. 1 let. c PA). La qualité pour recourir doit être reconnue à la recourante (cf. art. 48 al. 1 PA). Les dispositions relatives à la représentation, au délai de recours, à la forme du mémoire de recours, ainsi qu'à l'avance de frais (cf. art. 11 al. 1, 50 al. 1, 52 al. 1 et 63 al. 4 PA) sont en outre respectées. Le recours est ainsi recevable.

E. 2

Selon les art. 16 et 18 al. 1 de la loi fédérale du 13 mars 1964 sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (Loi sur le travail, LTr, RS 822.11), il est interdit d'occuper des travailleurs la nuit et le dimanche. La loi sur le travail prévoit toutefois une exception à cette interdiction lorsque cela est indispensable sur le plan technique ou économique (cf. art. 17 al. 2 et art. 19 al. 2 LTr). Dites dérogations sont soumises à autorisation (cf. art. 17 al. 1 et 19 al. 1 LTr). Les conditions mises à l'obtention de ces dérogations sont précisées aux art. 27 et 28 de l'ordonnance 1 du 10 mai 2000 relative à la loi sur le travail (OLT 1, RS 822.111). A côté de ce régime dérogatoire soumis à autorisation, l'art. 27 al. 1 LTr prévoit que certaines catégories d'entreprises ou de travailleurs peuvent être soumises par voie d'ordonnance à des dispositions spéciales remplaçant en tout ou en partie certaines prescriptions légales. Les dispositions légales auxquelles il peut être dérogé par ordonnance sont énoncées de manière exhaustive. Il s'agit des art. 9 à 17a, 17b al. 1, 18 à 20, 21, 24, 25, 31 et 36 LTr. Le Conseil fédéral a fait usage de cette délégation de compétence en promulguant l'ordonnance 2 du 10 mai 2000 relative à la loi sur le travail (OLT 2, RS 822.112). Ce texte précise les possibilités de dérogations aux prescriptions légales en matière de durée du travail et de repos. Ces dispositions de remplacement sont ancrées aux art. 2 à 14 OLT 2. Ainsi, l'art. 4 OLT 2 prévoit, sous le titre « Dérogations à l'obligation de solliciter une autorisation pour le travail de nuit ou du dimanche ainsi que pour le travail continu », que l'employeur peut, sans autorisation officielle, occuper des travailleurs pendant la totalité ou une partie de la nuit et/ou du dimanche (al. 1 et 2). Les catégories d'entreprises et de travailleurs visées par ces normes dérogatoires sont énumérées aux art. 15 à 52 OLT 2, lesquels définissent également, pour chaque catégorie, les dispositions de l'OLT 2 applicables (cf. art. 1 OLT 2). Ainsi, l'art. 32a OLT 2, qui concerne le personnel assumant des tâches relevant des technologies de l'information et de la communication, prévoit qu'est applicable à celui-ci, l'art. 4 OLT 2 pour toute la nuit et tout le dimanche, pour autant que le travail de nuit et du dimanche soit indispensable aux opérations suivantes sur une structure informatique ou sur une structure du réseau dont l'interruption pendant les

heures de service mettrait en péril le fonctionnement de l'entreprise : a. remédier aux perturbations de la structure informatique ou de la structure du réseau, ou b. procéder à la maintenance de la structure informatique ou de la structure du réseau lorsqu'aucune planification ou mesure organisationnelle ne permet de l'effectuer de jour, pendant les jours ouvrables.

E. 3

En l'espèce, la recourante considère qu'elle répond aux conditions d'application de l'art. 32a let. a OLT 2, si bien qu'elle n'aurait pas besoin d'autorisation officielle pour occuper des travailleurs une partie de la nuit et du dimanche conformément à l'art. 4 al. 1 et 2 OLT 2.

E. 3.1

Selon l'autorité inférieure, le fait de pouvoir garantir un bon déroulement de la publication des offres et des forums n'est pas une activité qui, si elle n'était pas effectuée de nuit ou le dimanche, risquerait de mettre en péril le fonctionnement de l'entreprise. Dès lors qu'en l'espèce, les perturbations pouvant survenir sur le système informatique de la recourante sont liées à la publication des offres, laquelle intervient la nuit et le dimanche, il suffirait que la recourante organise différemment son activité en publiant ses offres la journée ou le soir et durant les jours ouvrables pour que, très vraisemblablement, les interventions de dépannage la nuit ou les week-ends diminuent considérablement voire disparaissent. En d'autres termes, les pics d'activité nocturnes et dominicaux résultent d'un choix de la recourante et non d'une nécessité. Au surplus, le personnel de celle-ci concerné par le travail de nuit et du dimanche ne fait a priori pas partie de la catégorie de travailleurs visée par l'art. 32a OLT 2. La recourante reproche à l'autorité inférieure de limiter quasi exclusivement son analyse à la nécessité pour elle de garantir le bon déroulement de la publication de ses offres et la tenue de ses forums, sans réellement traiter la nécessité de disposer d'un collaborateur disponible pendant la nuit et le dimanche pour analyser et identifier les éventuels problèmes techniques pouvant être à l'origine de perturbations et éviter ainsi d'importants écueils dans son fonctionnement. L'art. 32a OLT 2 ne consacre pas d'exigence de « double nécessité » mais se limite à la question de savoir si le travail de nuit ou du dimanche est indispensable pour pouvoir remédier aux perturbations de la structure du réseau ou informatique ou pour procéder à la maintenance d'une telle structure. Cette disposition ne dit en effet rien des causes de cette indispensabilité et il semble évident que la plupart des entreprises concernées par celle-là auront fait le choix d'un modèle d'affaires ou de fonctionnement qui expliquera, d'une façon ou d'une autre, la nécessité d'intervenir sur leur structure de réseau ou informatique pendant la nuit ou le week-end. Elle ajoute que l'indispensabilité à laquelle elle fait face ne découle pas de son souhait de vendre des produits ou services entre minuit et minuit trente - la plupart de ses ventes intervenant pendant la journée dès lors que chaque offre dure environ 24 heures - mais bien de la nécessité de remédier, le cas échéant, aux éventuelles perturbations de son système informatique. Enfin, elle conteste que ses collaborateurs de nuit et du dimanche n'assureraient pas des tâches relevant des technologies de l'information et de la communication au sens de la norme dérogatoire.

E. 3.2

Ceci étant, il convient dans un premier temps de déterminer si l'art. 32a let. a OLT 2 se limite, comme le soutient la recourante, au point de savoir si le travail nocturne ou dominical est indispensable pour pouvoir remédier aux perturbations de la structure

informatique ou du réseau et ce, quelles que soient les causes de cette indispensabilité, en particulier si celle-ci résulte d'un choix commercial de l'entreprise (consid. 3.3). Dans un second temps, il s'agira d'examiner si la recourante répond aux conditions posées par la disposition dérogatoire (consid. 3.4).

E. 3.3

Selon la jurisprudence, 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 s'agira de rechercher la véritable portée de la norme en la dégageant de sa relation avec d'autres dispositions légales et de son contexte (interprétation systématique), du but poursuivi, singulièrement de l'intérêt protégé (interprétation téléologique), ainsi que de la volonté du législateur telle qu'elle ressort notamment des travaux préparatoires (interprétation historique ; cf. ATF 135 II 416 consid. 2.2 et 134 I 184 consid. 5.1). Le tribunal 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 (cf. ATF 139 II 78 consid. 2.4, 138 II 105 consid. 5.2, 135 II 243 consid. 4.1 ; ATAF 2007/48 consid. 6.1).

E. 3.3.1

Aussi, considérant le texte seul de l'art. 32a let. a OLT 2, l'employeur peut, sans autorisation officielle, occuper des travailleurs assumant des tâches relevant des technologies de l'information et de la communication, la nuit et le dimanche, pour autant que le travail de nuit et du dimanche soit indispensable pour remédier aux perturbations de la structure informatique ou de la structure du réseau dont l'interruption pendant les heures de service mettrait en péril le fonctionnement de l'entreprise. Comme le relève la recourante, la lettre de l'art. 32a let. a OLT 2 ne dit en effet rien des causes rendant le travail de nuit ou du dimanche indispensable pour remédier aux perturbations sur le système informatique, si bien que celles-ci pourraient, selon elle, résulter de l'organisation à bien plaisir de l'entreprise. Ainsi, dès lors que le travail de nuit ou du dimanche s'avère, pour une raison ou pour une autre, indispensable pour remédier aux perturbations de la structure informatique ou de la structure du réseau dont l'interruption pendant les heures de service mettrait en péril le fonctionnement de l'entreprise, il devrait être admis sans autorisation pour le personnel assumant des tâches relevant des technologies de l'information et de la communication. Contrairement au point de vue de la recourante, qui se fonde sur la seule compréhension littérale de la norme, le tribunal ne saurait retenir d'emblée que la solution qui en découle s'avère matériellement juste. Il y a donc lieu de recourir aux autres méthodes d'interprétation (cf. consid. 3.3.2 - 3.3.4) afin de déceler la véritable portée de la disposition en cause.

E. 3.3.2

D'un point de vue téléologique d'abord, il y a lieu de rappeler que la loi sur le travail a pour but de protéger les travailleurs (cf. art. 110 al. 1 let. a Cst.), en particulier s'agissant de leur santé et de leur vie sociale. Ainsi, l'interdiction du travail de nuit et du dimanche tient compte des effets négatifs de celui-ci sur la santé, ainsi que sur la vie familiale et sociale. Pendant le travail de nuit, l'être humain vit contre son rythme biologique, lequel est programmé pour une activité durant le jour et pour un repos pendant la nuit. Une activité contraire à ce rythme entraîne à long terme des problèmes de santé. Le cercle familial en

subit également les conséquences, dès lors que la famille n'a plus de rythme de vie commun, ce qui a une influence négative sur les rapports humains au sein de celle-là. Le travail de nuit rend en outre difficile la participation à la vie publique et provoque parfois l'isolement social. Le travail du dimanche, contrairement au travail de nuit, n'a pas d'effet direct sur la santé mais son incidence sur le plan social et culturel est encore plus importante. Non seulement le dimanche est un jour sacré selon la tradition chrétienne et garde encore cette signification pour une partie de la population mais surtout l'institution d'un même jour libre pour tous permet aux personnes sous pression dans leur travail de bénéficier de repos et de loisirs en dehors de la vie de tous les jours. Un temps libre commun permet dans une grande mesure la communication et les contacts au sein de la famille et en dehors, ce qui ne peut être atteint par du temps libre individuel durant la semaine (cf. ATF 116 Ib 284 consid. 4a et réf. cit.). La loi sur le travail prévoit toutefois des exceptions à l'interdiction du travail de nuit et du dimanche. A côté du régime dérogatoire soumis à autorisation (cf. art. 17 al. 1 et 19 al. 1 LTr), l'art. 27 al. 1 LTr prévoit en effet la possibilité de fixer des dispositions dérogatoires pour des branches économiques ou des groupes de travailleurs pour lesquels le cadre du temps de travail fixé par la loi s'avère trop étroit. Des dispositions dérogatoires ne doivent être édictées que s'il est établi que cela est indispensable vu la situation particulière d'une branche donnée (cf. commentaire de la LTr édité par le SECO ; ci-après : Commentaire LTr, disponible sur le site Internet de celui-ci ; ad art. 27 ; Message du Conseil fédéral du 30 septembre 1960 concernant un projet de loi sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce [FF 1960 II 885], p. 960). L'art. 27 al. 2 LTr mentionne, de manière exemplative, des catégories d'entreprises et des groupes de travailleurs pour lesquels des dispositions spéciales peuvent être édictées par voie d'ordonnance. Il s'agit de branches pour lesquelles on présume l'existence de contingences qui justifient une disposition dérogatoire. Lesdites entreprises n'ont par conséquent plus à apporter la preuve de l'indispensabilité de l'accomplissement de tâches en dehors du cadre fixé par la loi. Elles peuvent ainsi occuper des travailleurs la nuit ou le dimanche sans autorisation officielle, pour autant que cela s'effectue dans le cadre des dispositions de l'OLT 2 (cf. Commentaire LTr, ad art. 27). Selon la jurisprudence, les exceptions à l'interdiction du travail de nuit et du travail du dimanche doivent être admises de façon restrictive, quand bien même les habitudes des consommateurs subissent une certaine évolution (cf. ATF 140 II 46 consid. 2.4, 139 II 49 consid. 6.1, 136 II 427 consid. 3.2 et réf. cit.). Il n'appartient ainsi pas au juge d'interpréter de manière large et contraire à l'esprit de la loi les exceptions au travail de nuit et du dimanche car cela reviendrait à vider de sa substance le principe même de l'interdiction (cf. ATF 134 II 265 consid. 5.5). Au contraire, selon l'intention du législateur, l'interprétation de ces dispositions doit restreindre le plus possible le travail nocturne et dominical (cf. ATF 116 Ib 284 consid. 5a).

E. 3.3.3

Sous l'angle historique, l'art. 32a OLT 2 - fondé sur l'art. 27 al. 1 LTr - est entré en vigueur le 1er avril 2019 (RO 2019 941). Dite disposition a fait l'objet d'un rapport explicatif du SECO, daté de juillet 2018, duquel il ressort que, jusque-là, certaines activités des technologies de l'information et de la communication faisaient l'objet d'autorisations de travailler la nuit ou le dimanche de la part du SECO. Ces activités concernaient des autorisations pour des services de piquet de nuit ou du dimanche nécessaires pour remédier à des perturbations de systèmes en réseau ou informatiques. Si l'interruption d'un système informatique particulier pendant les heures de travail compromettrait le fonctionnement de l'entreprise, ces autorisations étaient aussi accordées pour des travaux de maintenance. Le

nouvel art. 32a OLT 2 libère à présent les entreprises de l'obligation de demander des autorisations pour les activités précitées. S'agissant de l'art. 32a let. a OLT 2 en particulier, le rapport explicatif indique que le travail de nuit ou du dimanche est considéré comme nécessaire, au sens de la présente norme dérogatoire, lorsque l'activité d'une entreprise est réduite ou du moins mise en péril par une perturbation dans sa structure du réseau ou informatique. En pareil cas, il faut permettre aux travailleurs responsables de tâches relevant des technologies de l'information et de la communication d'effectuer les travaux en vue de remédier à cette perturbation même pendant la nuit ou le dimanche, si l'exécution des travaux durant la journée ou un report au lundi ne peuvent être raisonnablement exigés (cf. SECO, Rapport explicatif : modification de l'ordonnance 2 relative à la loi sur le travail. Dispositions spéciales pour les travailleuses et travailleurs ayant des tâches relevant des technologies de l'information et de la communication [art. 32a OLT 2], juillet 2018, p. 2 ss ; ci-après : rapport explicatif du SECO). Il suit de là que l'art. 32a let. a OLT 2 vise des perturbations imprévisibles de la structure informatique ou du réseau, si bien qu'un service de piquet de nuit et/ou le dimanche doit être admis (sans autorisation) pour pouvoir, le cas échéant, remédier à celles-ci lorsqu'elles mettraient en péril le fonctionnement de l'entreprise.

E. 3.3.4

Considéré dans son ensemble, l'art. 32a OLT 2 - intitulé « Personnel assumant des tâches relevant des technologies de l'information et de la communication » - est composé de deux lettres. Ainsi, outre la lettre a, litigieuse en l'espèce, la lettre b prévoit que l'employeur peut, sans autorisation officielle, occuper des travailleurs assumant des tâches relevant des technologies de l'information et de la communication, la nuit et le dimanche, pour autant que le travail de nuit et du dimanche soit indispensable pour procéder à la maintenance de la structure informatique ou de la structure du réseau lorsqu'aucune planification ou mesure organisationnelle ne permet de l'effectuer de jour, pendant les jours ouvrables. Il ressort du rapport explicatif du SECO relatif à dite disposition que les travaux de maintenance sur la structure informatique s'effectuent en général en fin de semaine ou pendant la nuit, notamment à des heures où la charge des applications logicielles concernées est faible. Contrairement aux travaux liés au fait de remédier à des perturbations, les activités de maintenance liées aux mises à jour de versions sont planifiables à l'avance. C'est pourquoi, il faut toujours examiner, au moment de planifier de tels travaux de maintenance, s'ils peuvent s'effectuer le soir et les jours ouvrables. Si ce n'est pas le cas, en raison d'horaires étendus ou pour d'autres raisons, leur exécution la nuit ou le dimanche au sens de la disposition dérogatoire est admissible sans autorisation (cf. rapport explicatif du SECO, p. 3). Il suit de ce qui précède que le travail doit être organisé de sorte à éviter, dans la mesure du possible, le travail de nuit et du dimanche. Contrairement aux travaux de maintenance (let. b), qui sont planifiables, les perturbations sur la structure informatique ou du réseau (let. a) ne sont pas prévisibles, si bien que, si elles mettent en péril le fonctionnement de l'entreprise, il doit y être remédié et ce, même la nuit ou le dimanche.

E. 3.3.5

Il ressort ainsi d'une interprétation historique et systématique de l'art. 32a let. a OLT 2 que le travail de nuit et du dimanche visant à remédier à des perturbations sur la structure informatique ou du réseau mettant en péril le fonctionnement de l'entreprise n'est admis sans autorisation que pour autant qu'il ne puisse pas être évité. En effet, si celui-ci est prévisible, l'entreprise doit, dans la mesure du possible, le planifier la journée ou le soir et

durant les jours ouvrables. En d'autres termes, l'activité nocturne ou dominicale de l'entreprise, susceptible d'occasionner lesdites perturbations, et par conséquent le travail de nuit et du dimanche indispensable pour y remédier, doit être nécessaire en tant que telle. La nécessité d'une intervention technique la nuit ou le dimanche pour remédier aux perturbations sur la structure informatique ou du réseau n'est en effet pas déterminante à elle seule. Le travail de nuit ou du dimanche doit en outre être inévitable, en ce sens que l'activité à l'origine des éventuelles perturbations, rendant indispensable la mobilisation d'un travailleur la nuit ou le dimanche, doit nécessairement être entreprise (également) la nuit ou le dimanche. Toute autre interprétation de l'art. 32a let. a OLT 2 aurait pour conséquence que l'entreprise serait libre de choisir le modèle d'affaires conduisant au travail nocturne ou dominical, ce que la loi tend précisément à éviter (cf. dans ce sens ATF 116 Ib 284 consid. 5c). Une telle interprétation (restrictive) est également conforme à la ratio legis ainsi qu'à la volonté du législateur (cf. consid. 3.3.2).

E. 3.4

Ceci étant, il convient de déterminer si la recourante satisfait aux exigences de l'art. 32a let. a OLT 2.

E. 3.4.1

La recourante indique dans ses écritures que son activité est régulièrement soutenue entre minuit et minuit trente ainsi que durant le week-end. Concrètement, elle expose qu'après un premier pic d'activité à 23h30, dû à l'envoi des notifications push via son application, le site fait quotidiennement face à un important sursaut d'activité entre minuit et minuit trente, période durant laquelle son système informatique peut enregistrer jusqu'à 8'000 requêtes par seconde. Face à une telle sollicitation, il arrive que des problèmes techniques surviennent lors de la publication des offres. Les serveurs peuvent, comme cela s'est déjà produit, cesser de fonctionner à la suite d'une surcharge due au nombre d'utilisateurs connectés en même temps sur le site. La surveillance par la recourante de son système informatique lors de la mise en ligne quotidienne de ses offres, tout comme d'ailleurs la gestion des forums qui en découle, pendant les trente premières minutes de la journée où les utilisateurs sont particulièrement actifs et les structures informatiques ou du réseau particulièrement sollicitées seraient aujourd'hui des conditions sine qua non à l'exercice de ses activités. Il ressort de ce qui précède que les travaux visant à remédier aux perturbations de la structure informatique ou du réseau de la recourante sont en l'occurrence prévisibles. En effet, selon les dires de celle-ci, les perturbations surviennent généralement lors de la mise en ligne des offres - à savoir à minuit du lundi au vendredi et à midi le dimanche. Or, il suffirait de publier celles-ci la semaine entre 6h et 23h (cf. art. 10 al. 1 LTr) (voire entre 5h et 23h30 ; cf. art. 10 al. 2 LTr) et le dimanche à 23h ou 23h30 (cf. art. 18 al. 1 LTr) pour éviter que des travailleurs ne soient mobilisés entre minuit et minuit trente la semaine - respectivement durant 3h le dimanche - pour, comme l'indique la recourante, s'assurer de la correcte mise en ligne des offres du jour et, en cas de problèmes techniques, analyser et identifier leur origine et tenter d'y remédier. La recourante ne prétend en effet pas ne pas être en mesure de publier ses offres la journée ou le soir et uniquement durant les jours ouvrables. Elle expose en effet à cet égard que « chaque soir, à minuit, de nouvelles offres apparaissent sur le site et un minuteur indique, sous chaque offre, le temps que les A._____ ont à disposition pour acquérir les produits ou services proposés [...]. Ce modèle d'affaires - inédit - a suscité une importante implication des A._____ dont une partie reste éveillée pour découvrir en primeur les offres de minuit et être les premiers à se manifester, à commenter les produits et

services et/ou à les acquérir ». « Ce timing est devenu, après presque 15 ans d'activité, la marque de fabrique et l'ADN de la recourante de sorte qu'il est désormais impensable d'en changer ». La publication de ses offres du lundi au vendredi à minuit ainsi que le dimanche à midi relève du modèle d'affaires décidé par la recourante. C'est donc par choix commercial, par stratégie marketing que la recourante occupe des travailleurs la nuit et le dimanche. Or, le travail de nuit et du dimanche est interdit selon la loi sur le travail. Il n'est dérogé à cette interdiction, selon l'art. 32a let. a OLT 2, que lorsque celui-là est indispensable (cf. consid. 3.3.5), ce qui n'est assurément pas le cas en l'espèce. La recourante ne saurait se prévaloir de son modèle d'affaires - conçu en violation des règles impératives de la loi sur le travail - pour justifier a posteriori le travail de nuit et du dimanche.

E. 3.4.2

Il s'ensuit que l'occupation par la recourante de travailleurs la nuit et le dimanche ne saurait être admise sans autorisation sur la base de l'art. 32a let. a OLT 2. Dans ces conditions, nul n'est besoin d'examiner plus avant si le personnel de la recourante concerné assume des tâches relevant des technologies de l'information et de la communication ni non plus si une interruption de la structure informatique ou du réseau pendant les heures de service mettrait en péril le fonctionnement de l'entreprise.

E. 4

Reste à examiner si, comme elle le soutient, la recourante peut prétendre à un permis de travail de nuit et du dimanche.

E. 4.1

Selon les art. 17 al. 2 et 19 al. 2 LTr, le travail de nuit, respectivement le travail dominical, régulier ou périodique, est autorisé lorsque des raisons techniques ou économiques le rendent indispensable. Le caractère restrictif de l'énoncé montre la grande importance que le législateur accorde au repos nocturne et dominical. De simples considérations d'opportunité ne suffisent ainsi pas à déroger à l'interdiction du travail de nuit ou du dimanche. Les dispositions visant à protéger le travailleur doivent précisément intervenir lorsque les lois du marché parlent en faveur de l'introduction du travail de nuit ou du dimanche. Les dérogations à l'interdiction du travail nocturne et dominical doivent, dans l'intérêt de la protection efficace des travailleurs, demeurer l'exception (cf. ATF 116 Ib 284 consid. 4b et réf. cit. ; arrêt du TF 2C_748/2009 / JdT 2011 I 133 du 15 juillet 2010 consid. 3.2 et réf. cit.).

E. 4.2

L'art. 28 OLT 1, concrétisant dites dispositions légales et intitulé « Indispensabilité du travail de nuit et du dimanche », prévoit qu'il y a indispensabilité technique lorsqu'un procédé de travail ou des travaux ne peuvent être interrompus ou reportés, notamment en raison (al. 1) : a. des inconvénients majeurs et inacceptables que leur interruption ou leur report comporterait pour la production et le produit du travail ou les installations de l'entreprise ; b. des risques qui en résulteraient pour la santé des travailleurs ou pour le voisinage de l'entreprise. Il y a indispensabilité économique lorsque (al. 2) : a. l'interruption et la reprise d'un procédé de travail engendrent des coûts supplémentaires considérables susceptibles de compromettre fortement la compétitivité de l'entreprise par rapport à ses concurrents s'il ne peut être fait appel au travail de nuit ou du dimanche ; b. le procédé de travail utilisé requiert inévitablement un investissement considérable, impossible à amortir

sans travail de nuit ou du dimanche ; ou que c. la compétitivité de l'entreprise est fortement compromise face aux pays à niveau social comparable, où la durée du travail est plus longue et les conditions de travail différentes, et que la délivrance du permis, selon toute vraisemblance, assure le maintien de l'emploi. Sont assimilés à l'indispensabilité économique les besoins particuliers des consommateurs que l'intérêt public exige de satisfaire et auxquels il est impossible de répondre sans faire appel au travail de nuit ou du dimanche. Sont réputés besoins particuliers (al. 3) : a. les biens ou services indispensables quotidiennement et dont une grande partie de la population considérerait le défaut comme une carence majeure, et dont b. la nécessité est permanente ou se manifeste plus particulièrement de nuit ou le dimanche. Il y a présomption d'indispensabilité pour les procédés de production et de travail énumérés à l'annexe (al. 4).

E. 4.2.1

Selon la recourante, d'un point de vue technique, la mobilisation d'un collaborateur de nuit entre minuit et minuit trente, période durant laquelle les nombreuses offres du jour sont lancées, est indispensable. Bien que le texte de l'art. 28 al. 1 OLT 1 soit difficilement transposable à la nouvelle économie - en particulier à celle du commerce électronique ouvert 24 heures sur 24 - il est patent que le report ou la suppression de la courte mission quotidienne assurée par le collaborateur de nuit impliquerait des inconvénients majeurs et inacceptables pour la production et la bonne marche technique de l'entreprise. Cette période doit en effet faire l'objet d'une attention particulière de la part d'au moins un collaborateur, ne serait-ce que pour s'assurer de la correcte mise en ligne des offres et remédier aux problèmes techniques qui peuvent survenir. Il y a indispensabilité technique au sens de l'al. 1 let. a lorsque des processus de production continus ne peuvent être interrompus pendant plusieurs semaines, mois ou années sans qu'il y ait détérioration définitive des installations voire destruction complète de celles-ci. Il peut également être essentiel qu'une fois entamé, le processus ne soit pas interrompu avant son achèvement. Les raisons qui interdisent l'interruption du processus peuvent être diverses : le produit ou les matières premières peuvent se détériorer ; l'installation peut être détruite ou gravement endommagée. La durée du processus de production joue également un rôle : si un cycle de production dure une journée ou que plusieurs cycles peuvent se dérouler en une même journée, le travail peut être interrompu sans problème à la fin d'un cycle de production et il n'y a pas d'indispensabilité du travail de nuit ou du dimanche (cf. Commentaire OLT 1, ad art. 28 al. 1 let. a). Dans le cadre de l'activité de la recourante, l'on ne se trouve manifestement pas en présence d'un processus ne pouvant être interrompu avant son achèvement ou reporté en raison des inconvénients majeurs et inacceptables que cela occasionnerait pour la production et le produit du travail ou les installations de l'entreprise. Comme déjà dit, il suffirait que la recourante décide de publier ses offres la journée ou le soir les jours ouvrables pour qu'elle puisse, sans devoir recourir au travail de nuit et du dimanche, s'assurer de la correcte mise en ligne de celles-ci et remédier aux éventuels problèmes techniques et éviter ainsi tout inconvénient dans son fonctionnement.

E. 4.2.2

D'un point de vue économique, la recourante fait valoir que les ventes sur son site Internet sont dépendantes d'une gestion régulière et réactive du forum et des réseaux sociaux, y compris la nuit et le week-end où les interactions entre elle et les utilisateurs sont particulièrement importantes. Les consommateurs attendent des entreprises de commerce électronique une nouvelle gestion de la relation avec le client et une réactivité en ligne, le

risque étant qu'en l'absence de réactivité, ils passent à la concurrence. L'indispensabilité économique dont il est question à l'al. 2 let. a concerne des procédés de production dont l'interruption entraîne des pertes particulièrement importantes en énergie, en matériel et en temps de production. Celles-ci ne sont à prendre en considération que s'il s'ensuit une perte de compétitivité par rapport à d'autres entreprises qui, elles, n'ont à faire face qu'à des coûts d'interruption moindres voire négligeables ou qui ne sont pas tenues de respecter une interdiction du travail de nuit ou du dimanche (cf. Commentaire OLT 1, ad art. 28 al. 2 let. a). La recourante n'apporte pas davantage la preuve d'une indispensabilité économique au sens de l'art. 28 al. 2 OLT 1. Comme le relève l'autorité inférieure, le danger de perdre des clients sans travail de nuit et du dimanche n'est pas constitutif d'une indispensabilité économique. Admettre le contraire reviendrait à supprimer le principe général de l'interdiction du travail de nuit et du dimanche, dès lors que toute entreprise a intérêt à garder sa clientèle et à vendre ses produits ou services. La recourante indique par ailleurs dans ses écritures que la plupart de ses ventes interviennent durant la journée dès lors que chaque offre dure environ 24 heures. Il ne s'agit par ailleurs pas non plus d'un besoin particulier des consommateurs que l'intérêt public exige de satisfaire et auquel il est impossible de répondre sans faire appel au travail de nuit ou du dimanche au sens de l'al. 3. Comme l'a relevé le Tribunal fédéral, le point de départ de l'examen du caractère indispensable sur le plan économique n'est pas la situation économique de l'entreprise prise individuellement mais le procédé de travail. Lorsque celui-ci ne peut pas être mis en oeuvre sans le travail nocturne ou dominical (pour des raisons techniques ou économiques), le maintien de l'interdiction ne se justifie pas. Une telle solution permet d'avoir une pratique neutre pour la concurrence lorsqu'il s'agit d'accorder les autorisations d'exceptions. Les exceptions à l'interdiction du travail nocturne et dominical doivent, en outre, se conformer au principe de l'égalité de traitement, issu de la liberté économique, et ne doivent pas avoir un effet de distorsion de la concurrence (cf. ATF 116 Ib 284 consid. 4c). Il suit de là que c'est à juste titre que l'autorité inférieure a rejeté la demande de permis de travail de nuit et du dimanche de la recourante.

E. 5

La recourante se prévaut enfin, à titre subsidiaire, de l'art. 28 LTr pour obtenir une dérogation à l'interdiction du travail de nuit et du dimanche. Intitulée « Légères dérogations », dite disposition a la teneur suivante : « Dans les permis concernant la durée du travail, l'autorité peut, à titre exceptionnel, apporter de minimes dérogations aux prescriptions de la loi et de l'ordonnance, lorsque l'application de ces prescriptions entraînerait des difficultés extraordinaires et que la majorité des travailleurs intéressés ou leurs représentants dans l'entreprise consentent à ces dérogations. »

E. 5.1

Dans sa décision, l'autorité inférieure a indiqué que, même en examinant l'affaire sous l'angle d'une légère dérogation, il faudrait toujours que, dans sa demande de permis, la recourante apporte la preuve dûment établie de l'existence d'une indispensabilité. Le cas échéant, et si les conditions supplémentaires de l'art. 28 LTr sont remplies, le permis, fondé sur l'art. 28 OLT 1, pourra en plus prévoir une légère dérogation aux dispositions légales (par ex. ne pas respecter la règle d'un dimanche de libre sur deux dimanches travaillés selon l'art. 20 al. 2 LTr mais prévoir par exemple la répartition de manière irrégulière des 26 dimanches de libre par année). Etant donné que l'indispensabilité du travail de nuit et du dimanche n'a pas été apportée en l'espèce, l'analyse de l'application de l'art. 28 LTr s'avère

inutile. Selon la recourante, l'existence d'une indispensabilité au sens de l'art. 28 OLT 1 n'est pas une condition mise à l'octroi d'une dérogation au sens de l'art. 28 LTr. Le principe de l'autorisation du travail de nuit et du dimanche est ancré aux art. 17 et 19 LTr et précisé à l'art. 28 OLT 1. L'art 28 LTr vise précisément à déroger aux art. 17 et 19 LTr et à leurs dispositions d'exécution, en particulier à la condition de l'indispensabilité. C'est ainsi que, même dans l'éventualité où l'application de l'art. 32a OLT 2 ou la condition de l'indispensabilité technique et/ou économique au sens de l'art. 28 OLT 1 devait lui être niée, une dérogation au sens de l'art. 28 LTr devrait lui être accordée dès lors qu'elle répond aux conditions d'application de dite norme.

E. 5.2

Il convient dès lors d'examiner en premier lieu si, comme elle le prétend, la recourante peut se voir accorder une dérogation à l'interdiction du travail de nuit et du dimanche sur la base de l'art. 28 LTr.

E. 5.2.1

L'art. 28 LTr introduit une possibilité de déroger aux règles légales dans le cadre du régime d'autorisation. Il ne se conçoit dès lors que comme un système d'exception aux prescriptions de la loi et de l'ordonnance dont l'application est contrôlée par l'autorité administrative par le biais du permis mais non comme une règle dérogatoire générale. Outre les entreprises soumises au régime d'autorisation, tel que réglé aux art. 17 ou 19 LTr, l'art. 28 LTr s'applique également aux entreprises visées par l'art. 27 LTr, dans la mesure où celles-ci sollicitent une dérogation qui va au-delà de ce que la LTr ou l'OLT 2 leur permet sans autorisation (cf. ATF 139 II 49 consid. 5.3.3 et réf. cit. ; Olivier Subilia, in : Commentaire de la Loi sur le travail, 2005, ad art. 28 ch. 3 ; Commentaire OLT 2, ad art. 4 ; René Hirsiger, in : Kurzkommentar ArG Arbeitsgesetz, 2018, ad art. 28 ch. 1-2). Ainsi, les entreprises sollicitant une dérogation peuvent, dans ce cadre, se voir appliquer l'art. 28 LTr et bénéficier de légères dérogations si les conditions sont données. Le cas échéant, elles se verront accorder un permis comportant une dérogation au sens de l'art. 28 LTr (cf. ATF 139 II 49 consid. 5.3.3).

E. 5.2.2

Une dérogation reposant sur l'art. 28 LTr suppose la réalisation de trois conditions. Premièrement, le texte de l'art. 28 LTr exige l'accord des travailleurs. Deuxièmement, le respect de la loi ou de l'ordonnance doit entraîner des difficultés extraordinaires qui ne sont pas imputables à une mauvaise organisation de l'entreprise. Cela signifie que la dérogation doit revêtir un caractère indispensable, soit apparaître comme une *ultima ratio*, qui est accordée lorsqu'aucune mesure moins contraignante ne semble concevable. Il faut troisièmement que la dérogation soit minimale ; en tous les cas, elle ne doit pas avoir pour effet de vider de son sens le but de protection visé par la disposition à laquelle il est dérogé (cf. ATF 139 II 49 consid. 6.1 et réf. cit.).

E. 5.3

Aussi, contrairement à ce qu'elle considère, la recourante ne peut pas se prévaloir de l'art. 28 LTr pour obtenir une dérogation au travail de nuit et du dimanche. Comme déjà exposé, celui-ci n'est indispensable ni pour des raisons techniques ni pour des raisons économiques (cf. consid. 4) ; il découle précisément de l'organisation choisie par l'entreprise (cf. consid. 3.4.1 *in fine*). Aussi, un octroi du permis reviendrait à vider de leur sens les art. 17 al. 2 et 19 al. 2 LTr. C'est ainsi à raison que l'autorité inférieure a refusé le permis sollicité.

E. 6

En définitive, il y a lieu d'admettre que la décision attaquée ne viole pas le droit fédéral et ne traduit pas un excès ou un abus du pouvoir d'appréciation. Elle ne relève pas non plus d'une constatation incomplète ou inexacte des faits et n'est pas inopportune (cf. art. 49 PA). Mal fondé, le recours doit dès lors être rejeté.

E. 7

Les frais de procédure, comprenant l'émolument judiciaire et les débours, sont mis à la charge de la partie qui succombe (cf. art. 63 al. 1 PA et art. 1 al. 1 du règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral [FITAF, RS 173.320.2]). L'émolument judiciaire est calculé en fonction de la valeur litigieuse, de l'ampleur et de la difficulté de la cause, de la façon de procéder des parties et de leur situation financière (art. 2 al. 1 et 4 FITAF). En l'espèce, il y a lieu d'arrêter les frais de procédure à 2'000 francs et de les mettre à la charge de la recourante qui succombe. Ceux-ci sont compensés par l'avance de frais du même montant acquittée par la recourante le 31 octobre 2019.

E. 8

Compte tenu de l'issue de la procédure, il n'y a pas lieu d'allouer de dépens à la recourante (cf. art. 64 al. 1 PA et art. 7 al. 1 FITAF a contrario).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.