

Centre d'étude des
relations de travail

Jean-Philippe Dunand, professeur

Pascal Mahon, professeur

Roxane Schaller, collaboratrice scientifique

PROJET DE MODIFICATION DE L'ART. 25 DE L'ORDONNANCE 2 RELATIVE A LA LOI SUR LE TRAVAIL

Avis de droit
établi à la demande du Syndicat Unia

I. Préambule : mandat, objet et plan de l'avis de droit	2
II. La délégation législative	3
A. Généralités	3
1. La conception classique	3
2. Nouvelle conception, l'art. 164 Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999.....	4
B. Le principe de la délégation législative dans la LTr	6
III. La LTr et l'OLT 2	7
A. Projet de modification de l'art. 25 OLT 2	7
B. Examen de la conformité de la modification par rapport à l'art. 27 LTr, en lien avec l'actuel art. 25 OLT 2	8
1. Le principe : l'interdiction de travailler le dimanche.....	8
2. L'exception : l'art. 27 LTr et l'OLT 2.....	9
3. Les art. 27 al. 2 let. c LTr et 25 OLT 2 en particulier	10
4. Le champ d'application des art. 27 al. 2 let. c LTr et 25 OLT 2	11
C. La modification de l'art. 25 OLT 2 : intervention dans la concurrence ?.....	13
IV. Synthèse générale et résumé des conclusions	14

I. Préambule : mandat, objet et plan de l'avis de droit

Par courrier du 17 septembre 2013, le Syndicat Unia a sollicité de la part des soussignés un avis de droit sur la question de la modification de l'art. 25 de l'Ordonnance 2 relative à la loi sur le travail du 10 mai 2000¹.

Les soussignés ont accepté la demande d'avis de droit et il a été convenu que celui-ci serait remis au mois de décembre 2013.

Suite à la motion Abate (12.3791) transmise par les Chambres fédérales au Conseil fédéral en vue d'une modification de l'art. 25 OLT 2, le SECO a mis en circulation, au mois de novembre 2013, un projet de modification de cet article, complété d'un rapport explicatif².

Le projet de modification de l'art. 25 OLT 2 vise à adapter cette disposition aux besoins d'un secteur touristique moderne. Il s'agit de prendre en compte les besoins liés au tourisme d'achat, le shopping faisant partie aujourd'hui des principales raisons d'un voyage en Suisse. Selon le rapport de la Commission de l'économie et des redevances du Conseil national du 25 février 2013, il n'y a actuellement plus de « régions touristiques » au sens de l'art. 25 OLT 2, mais plutôt des espaces économiques fonctionnels qui n'ont plus grand rapport avec des « stations » clairement et nettement définies et délimitées. De même, la notion de « saison » n'est plus adaptée et, en ce qui concerne les demandes des consommateurs en matière de possibilités de shopping, elles restent relativement constantes tout au long de l'année³. Sous certaines conditions, les centres commerciaux répondant aux besoins du tourisme international devraient donc être dispensés de l'obligation de solliciter une autorisation pour le travail le dimanche et ce pour toute l'année.

Actuellement, deux centres commerciaux sont déjà autorisés à ouvrir leurs boutiques le dimanche : le centre Foxtown de Mendrisio au Tessin et le Designer Outlet Landquart aux Grisons. Le projet permettrait d'étendre cette possibilité d'ouverture le dimanche à d'autres centres commerciaux.

Le présent avis a pour objet et pour but de déterminer si le projet de modification peut être introduit dans la législation actuelle par voie d'ordonnance, soit par l'ajout de nouveaux alinéas 3 et 4 à l'art. 25 OLT 2, ou s'il nécessite au contraire une modification de la loi fédérale du 13 mars 1964 sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce⁴.

Après avoir présenté le système de la délégation de compétence tel qu'il est prévu en droit suisse en général (ch. II A) et, plus particulièrement, dans la LTr (ch. II B), l'avis exposera le

1 RS 822.112 (Dispositions spéciales pour certaines catégories d'entreprises ou de travailleurs, OLT 2).

2 SECO, Rapport explicatif – Modification de l'art. 25 de l'ordonnance 2 relative à la loi sur le travail (OLT 2), de novembre 2013.

3 Rapport de la Commission de l'économie et des redevances du Conseil national du 25 février 2013 concernant la Motion 12.3791.

4 RS 822.11 (Loi sur le travail, LTr).

projet de modification de l'art. 25 OLT 2 (ch. III A). Il s'agira ensuite d'examiner la conformité de cette modification envisagée aux art. 27 LTr et 25 OLT 2 (ch. III B) ainsi qu'au principe de la liberté économique (ch. III C). L'avis s'achèvera sur une synthèse générale, résumant les conclusions essentielles (ch. IV).

II. La délégation législative

A. Généralités

1. La conception classique

Selon la conception classique de l'activité législative, issue du principe de la séparation des pouvoirs, le Parlement détient une forme de « monopole » législatif. C'est lui qui possède la compétence « exclusive » d'édicter les règles de droit, du moins les règles primaires, et le Gouvernement ne peut en principe édicter que les règles secondaires, de simple exécution.

Par le biais du principe de la délégation législative, le Parlement a toutefois la possibilité de transférer une partie de sa compétence législative au Gouvernement. Dans la conception classique, la délégation se définit ainsi comme l'acte par lequel le législateur donne à une autorité inférieure – en général le Gouvernement – la compétence, facultative ou obligatoire, d'édicter des règles de droit qu'il pourrait ou devrait normalement édicter lui-même⁵. Ce principe permet au Parlement, à certaines conditions, de déléguer sa compétence d'édicter des règles de droit (primaires). Les conditions de la délégation législative, posées par la jurisprudence à propos des délégations législatives de droit cantonal, mais applicables par analogie au niveau fédéral, sont au nombre de quatre⁶. En premier lieu, la délégation ne doit pas être exclue par la Constitution. Ensuite, la norme de délégation doit se trouver dans une loi formelle. Troisièmement, elle doit se référer à une matière déterminée. Enfin, la délégation doit contenir les lignes fondamentales de la réglementation déléguée. Il ne faut en effet pas que la clause de délégation soit un « blanc-seing », donnant carte blanche au délégataire d'adopter la réglementation qu'il souhaite. La loi formelle doit ainsi contenir des indications sur l'objet, l'étendue et les limites de la délégation et elle doit régler elle-même au moins les grandes lignes de la réglementation à adopter⁷.

5 Voir notamment JEAN-FRANÇOIS AUBERT, in : Jean-François Aubert/Pascal Mahon (éd.), *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse* du 18 avril 1999, Zurich/Bâle/Genève 2003, N 36 ad art. 164 Cst.

6 ANDREAS AUER/GIORGIO MALINVERNI/MICHEL HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse* Volume I L'Etat, 2ème éd., Berne 2006, N 1556 ss ; voir aussi le Rapport de la commission d'experts instituée par les Commissions des institutions politiques des Chambres fédérales, « La répartition des compétences entre l'Assemblée fédérale et le Conseil fédéral », du 15 décembre 1995, FF 1996 II 413, p. 437.

7 AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, précités (note 6), N 1560.

Telle qu'ainsi sommairement décrite, la figure de la délégation législative est connue du droit suisse et admise depuis longtemps, bien que n'ayant jamais été formellement inscrite ou codifiée dans la Constitution de 1874 ; elle était admise au titre de droit constitutionnel non écrit, d'origine jurisprudentielle.

2. Nouvelle conception, l'art. 164 Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999⁸

Dans le cadre de la révision totale de la Constitution fédérale de 1999, la question de la délégation législative a fait l'objet d'un nouvel examen et a été traitée, d'abord, par la Commission d'experts Georg Müller, sur mandat des Chambres fédérales. Dans ce contexte, le principe même du « monopole » législatif du Parlement ainsi qu'en conséquence celui de la délégation législative ont été remis en cause et une nouvelle conception du partage des compétences législatives est apparue : le Parlement doit adopter lui-même dans une loi formelle *toutes* les règles importantes et *seulement* celles-ci ; il doit en parallèle se décharger – ou être déchargé – de la compétence d'édicter les réglementations de moindre importance. Le Gouvernement dispose par conséquent, dans cette conception, d'un pouvoir normatif originaire – sans qu'il ait besoin d'une délégation expresse – pour toutes les règles de moindre importance, qu'il peut donc adopter seul⁹.

Ainsi, toujours dans cette conception, la figure de la délégation législative, au sens défini plus haut, n'est plus nécessaire : soit le Parlement considère qu'un domaine de réglementation est important et il légifère alors – il doit légiférer – lui-même, soit il désigne le Conseil fédéral comme compétent de manière explicite (en déclarant ce domaine peu important) ou implicitement (en ne faisant rien)¹⁰. C'est dans ce sens le critère de l'*importance* de la réglementation – un critère matériel – qui est déterminant¹¹.

Lors de la révision totale de la Constitution fédérale, le constituant, c'est-à-dire en l'occurrence les Chambres fédérales ont choisi d'introduire cette nouvelle conception à l'art. 164 de la nouvelle Constitution de 1999, disposition qui a la teneur suivante :

« Art. 164 Législation

¹Toutes les dispositions importantes qui fixent des règles de droit doivent être édictées sous la forme d'une loi fédérale. Appartiennent en particulier à cette catégorie les dispositions fondamentales relatives :

- a. à l'exercice des droits politiques ;*
- b. à la restriction des droits constitutionnels ;*
- c. aux droits et aux obligations des personnes ;*
- d. à la qualité de contribuable, à l'objet des impôts et au calcul du montant des impôts ;*

8 RS 101 (Cst.).

9 Voir à ce sujet le Rapport de la commission d'experts précité (note 6), FF 1996 II 413, pp. 435-439.

10 *Ibidem*.

11 Rapport de la commission d'experts précité (note 6), FF 1996 II 413, p. 438.

e. aux tâches et aux prestations de la Confédération ;

f. aux obligations des cantons lors de la mise en œuvre et de l'exécution du droit fédéral ;

g. à l'organisation et à la procédure des autorités fédérales.

2 Une loi fédérale peut prévoir une délégation de la compétence d'édicter des règles de droit, à moins que la Constitution ne l'exclue. »

Le critère de l'« importance » a donc bel et bien été repris dans ce nouvel article, mais la rédaction de celui-ci soulève néanmoins certaines difficultés d'interprétation, dans la mesure où le constituant n'a pas été jusqu'au bout de la nouvelle conception, puisqu'il a maintenu, à l'alinéa 2, la figure de la délégation législative. Ainsi, premièrement, l'alinéa 1 se réfère non seulement aux dispositions « importantes », mais également à celles qui sont « fondamentales ». Ces dernières semblent donc constituer une catégorie de dispositions importantes. Ainsi, à première vue, les dispositions fondamentales et celles qui, sans être fondamentales, sont importantes, *doivent* figurer dans une loi au sens formel. Les dispositions qui ne sont pas importantes peuvent quant à elle revêtir la forme de la loi mais il ne s'agit pas d'une obligation¹². Deuxièmement, l'art. 164 Cst. ne définit pas ce qui est important et ce qui ne l'est pas. Selon le professeur Jean-François Aubert¹³, « on peut craindre que l'Assemblée fédérale et le Tribunal fédéral se trouvent, avec l'art. 164, dans une situation assez semblable à celle qui était la leur quand cet article n'existait pas » ; les quatre conditions de la délégation législative mentionnées ci-dessus seraient donc encore applicables.

Enfin, c'est surtout la portée de l'alinéa 2 de cet article qui n'est pas claire. La Constitution ne peut pas d'un côté réserver la forme (obligatoire) de la loi formelle pour toutes les dispositions importantes et d'un autre côté autoriser le législateur à déléguer la compétence d'édicter de telles dispositions¹⁴. Cet alinéa indique qu'aucune délégation ne peut être prévue lorsque la Constitution l'exclut mais ne précise pas si cette exclusion porte sur toutes les dispositions importantes ou uniquement sur celles qui sont fondamentales. Dans la première hypothèse, le législateur aurait édicté toutes les dispositions importantes, de sorte que les autres dispositions seraient de la compétence du Conseil fédéral. Une délégation expresse ne serait alors d'aucune utilité, les « autres dispositions » n'étant justement pas importantes. Dans la seconde hypothèse, le législateur adopte les dispositions fondamentales et délègue au Conseil fédéral la compétence d'édicter les dispositions qui sont importantes sans être fondamentales. Les dispositions fondamentales figurant dans la loi constituent alors le cadre de la délégation¹⁵. Selon Aubert¹⁶, cette seconde hypothèse

12 JEAN-FRANÇOIS AUBERT, Regards sur la nouvelle Constitution fédérale, Plädoyer 5/99, p. 41-47, N 17.

13 *Ibidem*.

14 GEORG MÜLLER, Rechtssetzung und Staatsverträge, in: Daniel Thürer/Jean-François Aubert/Jörg Paul Müller (éd.), Droit constitutionnel suisse, Zurich 2001, § 70 N 36.

15 AUBERT, précité (note 12), N 18.

16 *Ibidem*.

pourrait être la plus correcte mais apporte finalement peu par rapport aux principes dégagés par le Tribunal fédéral en matière de délégation législative de droit cantonal.

Au vu de ce qui précède, force est de constater que l'adoption de l'art. 164 Cst. n'a pas fondamentalement changé la notion de délégation législative. En matière de dispositions importantes mais non fondamentales, la compétence de légiférer reste peu claire et il convient en définitive de se référer aux quatre conditions posées par la jurisprudence à propos des délégations législatives de droit cantonal.

Dans le présent avis, nous examinerons en particulier la quatrième condition exigée pour qu'une délégation de compétence soit valable, soit celle exigeant que la loi formelle contienne des indications sur l'objet, l'étendue et les limites de la délégation et règle elle-même au moins les grandes lignes de la réglementation à adopter.

B. Le principe de la délégation législative dans la LTr

La LTr prévoit de nombreux cas pour lesquels des dispositions complémentaires doivent être édictées par le Conseil fédéral par voie d'ordonnance. Cette loi ayant été adoptée avant l'entrée en vigueur de la Constitution de 1999, la conception classique de la délégation législative a inspiré sa rédaction. Le Conseil fédéral rappelle ainsi dans son message relatif à la LTr¹⁷, que « toutes les règles fondamentales qui s'adressent aux particuliers doivent figurer dans la loi elle-même, la réglementation des détails de moindre importance étant seule abandonnée à l'ordonnance législative ». La protection du travail étant un domaine particulier, il ajoute cependant qu'il faut laisser un champ assez large à l'ordonnance en la matière, celle-ci offrant un moyen simple et rapide d'adapter la réglementation à des besoins à la fois divers et mouvants¹⁸. Il faut donc admettre que la LTr part du principe d'une conception assez large – plus large que dans d'autres domaines – de la délégation législative en faveur du Conseil fédéral. Il ne s'agit toutefois pas – et il ne saurait s'agir – d'un blanc-seing dans la mesure où, pour chaque objet réglé par la loi, il convient de préciser expressément si de plus amples dispositions pourront être prises par voie d'ordonnance et que les prescriptions de la loi doivent autant que possible fixer les principes essentiels auxquels l'ordonnance devra se tenir. Tel était en tout cas la conception exprimée par le Conseil fédéral dans le message relatif à cette loi¹⁹.

17 Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant un projet de loi sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (Loi sur le travail), du 30 septembre 1960, FF 1960 II 885, p. 904.

18 *Ibidem*.

19 Message précité (note 17), FF 1960 II 885, p. 905.

III. La LTr et l'OLT 2

A. *Projet de modification de l'art. 25 OLT 2*

Le projet soumis à l'examen du présent avis de droit vise à modifier l'art. 25 OLT 2 afin de l'adapter aux besoins d'un secteur touristique moderne. Il s'agit de prendre en compte les besoins liés au shopping touristique, le shopping faisant partie à l'heure actuelle des principales raisons susceptibles de motiver un voyage en Suisse. Selon le rapport explicatif du SECO²⁰, « [l]e tourisme international a grandement évolué depuis [l'entrée en vigueur de la LTr] et les nouveaux cercles de clients ont fait apparaître de nouveaux besoins dans le tourisme international, lesquels ne sont plus aussi étroitement liés que par le passé à l'hôtellerie ou au paramètre saisonnier ».

Le projet prévoit ainsi d'ajouter deux alinéas à l'art. 25 OLT 2, en vue de faire bénéficier certains centres commerciaux de dérogations aux dispositions de la LTr. L'art. 25 al. 3 P-OLT 2 désigne tout d'abord quelles dispositions spéciales de l'OLT 2, dérogeant aux règles de la LTr, seront applicables alors que l'art. 25 al. 4 P-OLT 2 définit pour sa part la procédure et les critères auxquels les centres commerciaux en question devront répondre pour bénéficier des dérogations.

L'art. 25 al. 3 P-OLT 2 prévoit que les centres commerciaux qui répondent aux besoins du tourisme international pourront occuper tout au long de l'année des travailleurs le dimanche sans autorisation officielle (application de l'art. 4 al. 2 OLT 2). De plus, les 26 dimanches de congé par année civile dont doivent bénéficier les travailleurs pourront être répartis de manière irrégulière au cours de l'année civile, pour autant qu'un dimanche libre au minimum soit garanti par trimestre civil (application de l'art. 12 al. 1 OLT 2). La réglementation prévue au nouvel alinéa 3 ne s'appliquerait qu'aux centres commerciaux et non aux entreprises individuelles.

L'art. 25 al. 4 P-OLT 2 prévoit qu'il reviendra au Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche de déterminer les centres commerciaux tombant sous le coup de l'alinéa 3 sur demande des cantons. Pour être ainsi dispensé de l'obligation de requérir une autorisation, le centre commercial devra remplir les critères suivants :

- l'offre de marchandise cible le tourisme international et comprend principalement des articles de luxe ;
- le chiffre d'affaires du centre commercial et de la majorité des commerces qui s'y trouvent provient principalement de la clientèle internationale ;

²⁰ SECO, Rapport explicatif – Modification de l'art. 25 de l'ordonnance 2 relative à la loi sur le travail (OLT 2), de novembre 2013, p. 2.

- le centre commercial doit se trouver en région touristique au sens de l'alinéa 2 ou à une distance de 10 km au plus de la frontière suisse.

Selon le SECO²¹, la liste énumérée par l'art. 27 al. 2 LTr n'est pas exhaustive, de sorte que la modification proposée permet au Conseil fédéral de tenir compte de nouveaux besoins dans l'OLT 2. Le SECO est d'avis que cette modification reste ainsi dans le cadre de la norme de délégation de l'art. 27 LTr.

B. Examen de la conformité de la modification par rapport à l'art. 27 LTr, en lien avec l'actuel art. 25 OLT 2

Il s'agit donc d'examiner ici, c'est l'objet même du présent avis de droit, la compatibilité de la modification envisagée avec l'art. 27 LTr, à la lumière des éléments brièvement rappelés de la théorie de la délégation législative en général et, en particulier, des exigences posées à ce type de délégation dans le cadre de la loi sur le travail.

1. Le principe : l'interdiction de travailler le dimanche

La LTr, et plus précisément son art. 18 al. 1, consacre le principe de l'interdiction générale de travailler le dimanche. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, l'interdiction de travailler le dimanche est un élément important de la protection des travailleurs : « Il est vrai que le travail le dimanche n'a pas d'effet direct sur la santé, mais son incidence sur le plan social et culturel est des plus importantes. Non seulement le dimanche est un jour sacré selon la tradition chrétienne et il 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. Il permet le calme intérieur, qui ne serait pas pensable sans calme extérieur. Un temps libre commun rend possible, dans une grande mesure, la communication et les contacts à l'intérieur et à l'extérieur de la famille, ce qui n'est pas réalisable par du temps libre individuel durant la semaine (ATF 116 Ib 284 consid. 4a p. 288). Cela ressort aussi du message du Conseil fédéral concernant un projet de loi sur le travail du 30 septembre 1960 (FF 1960 II 885 p. 956). Le législateur a restreint le travail dominical plus rigoureusement encore que le travail nocturne, d'abord en considération de la sanctification du dimanche, mais aussi par égard pour la vie familiale »²². Cette jurisprudence date d'une vingtaine d'années mais reste d'actualité et n'a pas perdu sa raison d'être puisque le Tribunal fédéral l'a encore rappelée en 2003²³.

21 SECO, Rapport précité (note 20), p. 1-2.

22 ATF 120 Ib 333, c. 3a.

23 TF 2A.166/2003 du 7 août 2003, c. 2.

Bien que l'interdiction de travailler le dimanche soit un principe fondamental de la LTr, il n'est pas absolu. Selon l'art. 19 LTr, des dérogations à l'interdiction de travailler le dimanche sont possibles et soumises à autorisation. Les conditions d'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 travail²⁴.

2. L'exception : l'art. 27 LTr et l'OLT 2

À côté du principe d'interdiction (art. 18 al. 1 LTr) et du régime dérogatoire soumis à autorisation (art. 19 LTr), 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 comme l'interdiction de travailler le dimanche prévue à l'art. 18 LTr, dans la mesure où leur situation particulière le rend nécessaire.

L'art. 40 al. 1 let. a LTr donne la compétence au Conseil fédéral d'édicter des dispositions par ordonnance dans les cas expressément prévus par la loi. Cet article permet au Conseil fédéral d'édicter des ordonnances de substitution, soit des ordonnances qui complètent ou modifient la réglementation légale et qui contiennent des règles de droit²⁵. Il ne s'agit donc pas de simples ordonnances d'exécution, chargées uniquement de concrétiser les règles qui figurent dans la loi et de préciser les modalités pratiques de son application²⁶.

L'art. 27 LTr constitue un des cas permettant au Conseil fédéral d'édicter des dispositions spéciales par voie d'ordonnance. Le Gouvernement a fait usage de la délégation de cette compétence en promulguant l'OLT 2, qui précise les possibilités de dérogations aux prescriptions légales en matière de durée du travail et de repos.

L'OLT 2 prévoit notamment des dérogations à l'interdiction de travailler le dimanche et plus particulièrement à l'obligation de solliciter une autorisation pour le travail du dimanche. En effet et selon l'art. 4 al. 2 OLT 2, l'employeur peut, sans autorisation officielle, occuper des travailleurs pendant la totalité ou une partie du dimanche.

Le SECO est d'avis que l'art. 27 LTr ne permet d'édicter des dispositions dérogatoires que s'il est établi que cela est indispensable vu la situation particulière d'une branche donnée. Il rappelle que l'OLT 2 n'a pas pour but de répondre à des besoins individuels mais à ceux de branches économiques ou de groupes professionnels dans leur ensemble²⁷.

24 RS 822.111 (OLT 1).

25 WALTER HUG, Commentaire de la loi fédérale sur le travail, Berne 1971, N 7, 8 et 14 ad art. 40. Sur la notion d'ordonnances de substitution, voir AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, précités (note 6), N 1554 ss.

26 AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, précités (note 6), N 1550.

27 SECO, Commentaire de la loi sur le travail, Berne 2001, 027-1 (novembre 2006).

Au vu de ce qui précède, les dérogations au principe de l'interdiction de travailler le dimanche doivent donc rester l'exception, ne s'appliquant selon l'art. 27 al. 1 LTr que si la situation particulière de la catégorie d'entreprises ou de travailleurs en question le rend nécessaire. Elles ne devraient donc pas non plus favoriser certains types d'entreprises particulières au détriment d'autres dans la même branche.

3. Les art. 27 al. 2 let. c LTr et 25 OLT 2 en particulier

L'art. 27 al. 2 LTr dresse une liste exemplative des catégories d'entreprises ou de groupes de travailleurs pour lesquels peuvent être édictées des dispositions spéciales dans l'OLT 2. L'art. 27 al. 2 let. c LTr prévoit cette possibilité pour « les entreprises qui satisfont aux besoins du tourisme ou de la population agricole ».

Selon le message du Conseil fédéral²⁸, la catégorie « entreprises qui satisfont aux besoins du tourisme ou de la population agricole » de l'art. 27 al. 2 let. c LTr « comprend en premier lieu les magasins de détail des régions rurales ou touristiques, qui doivent rester ouverts pendant un certain temps le soir ou le dimanche. Doivent être considérées comme régions touristiques les régions ou localités où l'industrie hôtelière constitue une ressource importante pour la population et où le tourisme revêt un caractère typiquement saisonnier [...] ».

Se basant sur l'art. 27 al. 2 let. c LTr, le Conseil fédéral a adopté l'art. 25 OLT 2, intitulé « Entreprises situées en région touristique », qui prévoit que pendant la saison touristique, sont applicables aux entreprises situées en région touristique et répondant aux besoins spécifiques des touristes, ainsi qu'aux travailleurs qu'elles affectent au service à la clientèle, l'art. 4, al. 2, pour tout le dimanche, de même que les art. 8, al. 1, 12, al. 1, et 14, al. 1 (al. 1). Sont réputées entreprises situées en région touristique les entreprises situées dans des stations proposant cures, sports, excursions ou séjours de repos, pour lesquelles le tourisme joue un rôle prépondérant tout en étant sujet à de fortes variations saisonnières (al. 2).

Les entreprises qui remplissent les critères prévus par l'art. 25 OLT 2 bénéficient de la dérogation prévue par l'art. 4 al. 2 OLT 2 et peuvent donc, sans autorisation officielle, occuper des travailleurs pendant la totalité ou une partie du dimanche.

28 Message précité (note 17), FF 1960 II 885, p. 962.

4. Le champ d'application des art. 27 al. 2 let. c LTr et 25 OLT 2

Comme cela ressort du message ainsi que de l'art. 25 OLT 2 lui-même, la dérogation à l'obligation de solliciter une autorisation pour le travail du dimanche s'applique donc uniquement pendant la saison touristique et pour les entreprises se situant en région touristique et répondant aux besoins spécifiques des touristes.

Selon le SECO lui-même²⁹, d'ailleurs, la notion de « région touristique » englobe, matériellement ou géographiquement parlant, toute localité ou région largement tributaire du tourisme et remplissant les critères suivants : fréquentation des lieux par des touristes ; importance du tourisme dans l'économie locale ou régionale (soit attribution d'une large part du revenu brut de la localité ou de la région tout entière à la branche du tourisme) ; saisonnalité marquée de l'afflux des touristes ; spécificité de la motivation des touristes (repos, détente, divertissement, activités sportives, inspiration culturelle ou artistique). Le même SECO exclut expressément le tourisme commercial, considérant qu'il « [...] ne satisfait à aucun des critères requis, puisqu'il vise, dans sa finalité, l'achat de certaines marchandises »³⁰.

La notion de « satisfaction des besoins du tourisme » comprend selon le Tribunal fédéral³¹ « les besoins qui sont inhérents à la nature humaine et que les touristes doivent satisfaire où qu'ils se trouvent, comme les habitants du lieu d'ailleurs (tels que le besoin de nourriture et de boisson), ainsi que les besoins qui sont propres aux touristes, c'est-à-dire ceux dont la satisfaction leur permet de voyager pour leur plaisir, dans un but de divertissement, de culture, etc. A ce dernier titre, on peut citer comme exemple le besoin d'un guide de voyage ou d'un produit du terroir pouvant faire partie des souvenirs de vacances ». Les exigences du tourisme n'ont pas uniquement pour objet l'acquisition de biens de consommation destinés à rendre agréable le séjour ou à en perpétuer le souvenir, mais comprennent également l'acquisition de biens de première nécessité. Font partie des biens de première nécessité les denrées alimentaires, les boissons, les articles de toilette et les médicaments mais non la majorité des produits offerts par les grands magasins, tels que vêtements, vaisselle, produits de nettoyage, tissus, disques, bijoux, posters, livres ou appareils ménagers, qui ne sont pas destinés à satisfaire aux besoins du tourisme³².

Au vu de ce qui précède, on constate que deux ordres de besoins sont liés au tourisme : les besoins inhérents à la nature humaine et les besoins propres aux touristes. Or, les produits

29 SECO, Commentaire de l'ordonnance 2 relative à la loi sur le travail, Berne 2001 (état : août 2013), 225-1.

30 *Ibidem*.

31 ATF 126 II 106, c. 4 ; TF 2A.578/2000 du 24 août 2001, c. 5a.

32 Arrêt du Tribunal administratif vaudois du 17 février 1999, JAR 2000 337, c. 4 et les réf. (cet arrêt a été confirmé par le Tribunal fédéral dans son arrêt 126 II 206). Voir également s'agissant des biens de nécessité, arrêt du Tribunal fédéral du 30 juin 2000, JAR 2001 366, c. 5b.

de luxe ou plus généralement les produits vendus dans des centres commerciaux ne font clairement partie d'aucune de ces deux catégories.

C'est ainsi que dans le cas d'un centre commercial offrant à prix réduit une gamme importante de produits de marques renommées, le Tribunal fédéral a considéré que ce genre d'activité nécessiterait une interprétation extensive de la notion du tourisme et de ses besoins pour justifier une dérogation au principe de l'interdiction du travail dominical et empiéter par conséquent sur la protection des travailleurs. Il a estimé que les produits proposés ne satisfaisaient pas les besoins propres aux touristes et qu'il n'était pas établi qu'il s'agirait de produits du terroir ou de l'artisanat local³³. Le fait de se déplacer pour voir si l'on peut profiter d'une occasion, même si l'on n'a pas absolument besoin des produits offerts à prix réduit, ne saurait selon le Tribunal fédéral répondre à la définition que lui-même donne du terme « tourisme » car il l'étendrait au point de vider le principe de l'interdiction du travail dominical de sa substance dans toutes les régions reconnues comme touristiques³⁴.

De même, selon le Tribunal administratif du canton de Vaud³⁵, le régime dérogatoire ne vise pas tous les commerces de nature à favoriser le tourisme, sans quoi il faudrait l'appliquer à la totalité des magasins qui font l'attrait des rues commerçantes des localités touristiques. Or le législateur n'a admis que très restrictivement des exceptions au principe de l'interdiction du travail dominical. Cela doit conduire également à une interprétation restrictive des dispositions dérogatoires que le Conseil fédéral a été habilité à édicter en application de l'art. 27 LTr.

Dans un arrêt relativement récent, du 3 septembre 2008, l'ATF 134 II 265, le Tribunal fédéral³⁶, se référant à une autre dérogation de l'OLT 2 (art. 26 « Kiosques et entreprises de services aux voyageurs »), rappelle encore une fois qu'une disposition consacrant une dérogation au principe général de l'interdiction du travail dominical doit en toute hypothèse être interprétée restrictivement et non pas extensivement, quand bien même les habitudes des consommateurs auraient, le cas échéant, subi une certaine évolution depuis l'adoption de la règle. Il ajoute que cette conception correspond à la volonté du législateur et à l'objectif de protection des travailleurs que poursuit en premier lieu l'art. 18 LTr, tout en admettant qu'une certaine tendance à l'extension du travail dominical semble se dessiner³⁷.

Toujours selon le Tribunal fédéral, « [...] si un assouplissement des dérogations existantes ou de nouvelles dérogations expriment une évolution récente intervenue dans la société, il revient au législateur de modifier dans la mesure utile la loi fédérale sur le travail et/ou ses

33 ATF 126 II 106, c. 5b.

34 ATF 126 II 106, c. 5b.

35 Arrêt du Tribunal administratif vaudois du 17 février 1999, JAR 2000 337, c. 4 (cet arrêt a été confirmé par le TF dans son arrêt 126 II 206).

36 ATF 134 II 265, c. 5.5 et les réf.

37 *Ibidem*.

ordonnances d'application »³⁸. La Haute Cour donne comme exemple les magasins et entreprises de service situés dans les aéroports et dans les gares à forte fréquentation considérées comme des centres de transports publics, qui ont été soustraits au régime ordinaire – restrictif – de l'art. 26 OLT 2 par l'introduction de l'art. 27 al. 1^{er} LTr, concrétisé à l'art. 26a OLT 2³⁹. Le législateur n'a dans ce cas-là pas simplement introduit une nouvelle disposition dans l'OLT 2, ni ajouté des alinéas à l'art. 26 OLT 2 par exemple, en se basant sur la liste non exhaustive de l'art. 27 al. 2 LTr. Il a bien au contraire introduit une nouvelle disposition dans la loi elle-même.

Se référant plus particulièrement au rapport entre l'art. 27 al. 2 let. c LTr et l'art. 25 al. 1 OLT 2, le Tribunal fédéral indique qu'en l'absence d'un changement de la disposition légale sur la base de laquelle l'ordonnance a été édictée, on ne saurait admettre qu'une modification importante soit apportée par la réglementation d'exécution⁴⁰. A fortiori, on conçoit mal que l'on puisse ajouter une nouvelle notion, à savoir le « tourisme d'achat », par voie d'ordonnance, sans modifier ou ajouter une catégorie à la liste de l'art. 27 al. 2 LTr. De même, ni l'art. 27 al. 2 let. c LTr, ni l'art. 25 OLT 2 ne font référence à une quelconque distance par rapport à la frontière suisse (voir art. 25 al. 4 let. c P-OLT 2). Or, là encore, faire de toute zone située à 10 km au plus de la frontière une zone touristique revient à élargir de manière à la faire totalement éclater la notion de « région touristique » au sens où l'entendait le législateur. Il s'agit donc également d'une conception assez fondamentalement nouvelle qui ne devrait selon nous pas être introduite dans l'OLT 2 mais qui nécessite une modification de la loi elle-même.

C. La modification de l'art. 25 OLT 2 : intervention dans la concurrence ?

Selon la jurisprudence, les exceptions à l'interdiction du travail dominical doivent se conformer au principe de l'égalité de traitement entre concurrents issu de la liberté économique et ne doivent pas avoir un effet de distorsion de la concurrence⁴¹.

Le principe de l'égalité de traitement entre personnes appartenant à la même branche économique découlant des art. 27 et 94 de la Constitution fédérale interdit les mesures qui causent une distorsion de la compétition entre concurrents directs, soit celles qui ne sont pas neutres sur le plan de la concurrence⁴². Sont considérés comme concurrents directs les

38 *Ibidem*.

39 *Ibidem*.

40 TF 2A.578/2000 du 24 août 2001, c. 5a.

41 TF 2A.26/2005 du 14 juin 2005, c. 4.2 et les réf.

42 *Ibidem*.

acteurs économiques qui appartiennent à la même branche, s'adressent avec les mêmes offres au même public et ce pour satisfaire les mêmes besoins⁴³.

En l'occurrence, la modification envisagée de l'art. 25 OLT 2 prévoit que seuls les centres commerciaux proposant en majorité des articles de luxe pourront bénéficier de la dérogation à l'obligation de solliciter une autorisation pour le travail le dimanche. Les magasins qui ne se situeraient pas dans un centre commercial mais qui, à titre d'enseignes individuelles au centre des localités par exemple, rempliraient les autres critères nouvellement prévus dans le projet de nouvel art. 25 OLT 2, ne pourraient donc pas, eux, bénéficier de la dérogation, quand bien même ils s'adresseraient au même public, avec les mêmes offres et pour satisfaire les mêmes besoins que les magasins des centres commerciaux. Une telle restriction de la liberté économique, qui est d'une certaine gravité, devrait au moins se fonder sur une base légale formelle, sous peine de ne pas respecter les conditions de l'art. 36 de la Constitution fédérale. On peut même se demander si elle ne constitue pas – bien plus qu'une simple « restriction » à la liberté économique garantie par l'art. 27 Cst. – une « dérogation » au « principe de la liberté économique » imposé par l'art. 94 Cst., c'est-à-dire une intervention dans le jeu de la libre concurrence, qui doit pouvoir se fonder de surcroît sur une base constitutionnelle⁴⁴.

IV. Synthèse générale et résumé des conclusions

A notre sens, le projet de modification de l'art. 25 OLT 2 a pour conséquence d'élargir de manière très importante la notion de tourisme et, en ce sens, ne correspond pas à la notion de besoins du tourisme telle qu'elle est conçue à l'art. 27 al. 2 let. c LTr. Même si la liste des catégories d'entreprises et de travailleurs de l'art. 27 al. 2 LTr n'est certes pas exhaustive⁴⁵, la notion de tourisme d'achat ne saurait à notre avis, du fait même de l'élargissement important – fondamental, même – qu'elle implique, être introduite simplement par une modification de l'art. 25 OLT 2, mais nécessite une modification de la loi elle-même. Enfin, cette modification aurait des conséquences en matière de politique économique : seuls les centres commerciaux, respectivement les magasins s'y trouvant, bénéficieraient en effet des dérogations prévues à l'art. 25 al. 3 P-OLT 2, cela à la différence et au détriment des magasins hors des centres commerciaux et quand bien même ces magasins s'adresseraient eux aussi principalement ou essentiellement à un public relevant du tourisme d'achat et

43 PASCAL MAHON, in : Jean-François Aubert/Pascal Mahon (éd.), *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse* du 18 avril 1999, Zurich/Bâle/Genève 2003, N 17 ad art. 27 Cst.

44 Sur la distinction entre « restriction de la liberté économique » et « dérogation au principe de la liberté économique », cf. notamment JEAN-FRANÇOIS AUBERT, précité (note 5), N 5 et 14 à 18 ad art. 94 Cst., ainsi que PASCAL MAHON, in : Jean-François Aubert/Pascal Mahon (éd.), *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse* du 18 avril 1999, Zurich/Bâle/Genève 2003, N 10 et 19 ad art. 27 Cst.

45 Message précité (note 17), FF 1960 II 885, p. 961 ; THOMAS GEISER/ADRIAN VON KAENEL/RÉMY WYLER (éd.), *Loi sur le travail*, Berne 2005, N 5 ad art. 27 LTr.

travailleraient dans le secteur des produits de luxe. Une telle modification influencerait donc clairement la concurrence et interviendrait dans le jeu de la libre concurrence, intervention qui nécessite une base spécifique dans la Constitution ou à tout le moins dans la loi.

Neuchâtel, le 23 décembre 2013


Jean-Philippe Dunand


Pascal Mahon

