

603 2009-231

Arrêt du 22 juillet 2011

III^e COUR ADMINISTRATIVE

COMPOSITION

Présidente : Gabrielle Multone
Juges : Marianne Jungo, Josef Hayoz
Greffière-stagiaire : Jillian Fauguel

PARTIES

SYNDICATS UNIA ET SYNA, 1700 Fribourg, **recourants**, représentés par Me Bruno Kaufmann, avocat, rue de Lausanne 18, case postale 84, 1702 Fribourg,

contre

DIRECTION DE L'ÉCONOMIE ET DE L'EMPLOI, rue Joseph-Piller 13, case postale, 1701 Fribourg, **autorité intimée**,

OBJET

Commerces et établissements publics

Recours du 2 septembre 2009 contre la décision du 20 décembre 2006

a t t e n d u

que, par décision du 20 novembre 2006, la Direction de l'économie et de l'emploi (ci-après: la Direction) a rejeté, dans la mesure du recevable, les recours interjetés par les syndicats Unia et Syna contre plusieurs autorisations d'employer du personnel le dimanche, accordées durant les années 2004 et 2005 par le Service public de l'emploi à divers commerces et entreprises du canton;

que, contre cette décision, les syndicats précités ont recouru auprès du Tribunal administratif (le Tribunal cantonal depuis le 1^{er} janvier 2008), le 5 février 2007, en concluant, principalement, à ce qu'il soit constaté que les autorisations d'ouverture dominicale ont été délivrées à tort par la Direction;

qu'ils justifient leur intérêt au recours - bien que les permis pour le travail le dimanche dont la délivrance est contestée aient cessé de produire leur effet - en arguant que de telles autorisations seront certainement accordées à nouveau à l'avenir;

que, sur le fond, les recourants contestent la pratique cantonale - tendant à permettre deux ouvertures dominicales par année aux commerces et entreprises intéressés - laquelle est, selon eux, manifestement contraire à l'art. 19 de la loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (LTr; RS 822.11), qui ne prévoit d'exception à l'interdiction du travail le dimanche qu'en cas de besoin urgent;

que la Direction a déposé ses observations circonstanciées sur le recours, le 16 mars 2007, et qu'elle en a proposé le rejet;

que, par décision du 28 janvier 2009, le Tribunal cantonal a déclaré irrecevable le recours des syndicats motifs pris, en substance, que l'entrée en vigueur, le 1^{er} juillet 2008, de l'art. 19 al. 6 nouveau LTr, autorisant l'occupation du personnel quatre dimanches par an sans devoir en prouver la nécessité rendait caduc l'intérêt des syndicats recourants à faire examiner la légalité de la pratique cantonale antérieure;

que, lors de sa séance du 10 février 2009, le Grand Conseil du canton de Fribourg a refusé de faire application de l'assouplissement prévu par l'art. 19 al. 6 LTr;

que, par arrêt du 2 septembre 2009 (2C_156/2009), le Tribunal fédéral a admis le recours formé par les syndicats contre la décision du 28 janvier 2009 et renvoyé l'affaire au Tribunal cantonal pour qu'il entre en matière;

qu'il a retenu que les recourants conservaient un intérêt à faire contrôler judiciairement la légalité de la pratique cantonale d'octroi des autorisations d'ouverture dominicale des magasins dans la mesure où celle-ci n'avait pas été influencée, dans le canton de Fribourg, par l'introduction de l'al. 6 de l'art. 19 LTr;

que les débats publics demandés par les recourants ont eu lieu le 29 juin 2011;

c o n s i d é r a n t

que, vu l'arrêt du Tribunal fédéral du 2 septembre 2009, il y a lieu d'entrer en matière sur le recours des syndicats;

que la LTr consacre le principe de l'interdiction de travailler le dimanche (art. 18 al. 1, 1^{ère} phrase, LTr; sur les motifs et l'importance de ce principe, cf. ATF 120 Ib 332 consid. 3a; FF 1960 II p. 953 ss), tout en prévoyant des dérogations, soumises à autorisation (art. 18 al. 1, 2^{ème} phrase, et 19 al. 1 LTr);

que le travail dominical temporaire peut être autorisé aux conditions cumulatives qu'il existe un besoin urgent dûment établi, que les travailleurs y consentent et que l'employeur leur verse, en contrepartie, un salaire majoré de 50% (art. 19 al. 3 et 5 LTr);

qu'un besoin urgent est notamment établi lorsque s'imposent des interventions de durée limitée dans le cadre d'événements de société ou de manifestations d'ordre culturel ou sportif procédant des spécificités et coutumes locales ou des besoins particuliers de la clientèle (art. 27 al. 1 let. c de l'ordonnance 1 relative à la loi sur le travail; OLT 1; RS 822.111);

que le Tribunal fédéral a reconnu l'existence d'un besoin urgent de travail dominical lorsque l'ouverture de commerces a lieu à proximité d'un marché de Noël ou s'il repose sur une longue tradition, une exception ne pouvant cependant être faite à l'interdiction du travail du dimanche que pour répondre à un besoin existant et non pour en créer un nouveau; il a également formulé l'exigence d'établir au cas par cas s'il se justifie de faire exception à l'interdiction du travail du dimanche compte tenu des spécificités locales (cf. ATF 2A.542/2001 du 1^{er} octobre 2002);

que, dans son arrêt en cause du 2 septembre 2009, le Tribunal fédéral a rappelé en résumé les conditions restrictives des al. 2 et 3 de l'art. 19 LTr, à savoir que le travail dominical est rendu indispensable pour des raisons techniques ou économiques et qu'il réponde à l'existence d'un besoin urgent;

que cette interprétation restrictive correspond à la volonté du législateur et à l'objectif de protection des travailleurs que poursuit en premier lieu l'art. 18 LTr (cf. ATF 134 II 265 consid. 5.5; 2A.542/2001 du 1^{er} octobre 2002, consid. 4.1);

que, même si une certaine tendance à l'extension du travail dominical semble néanmoins se dessiner dans notre société (cf. THOMAS GEISER/ADRIAN VON KAENEL/REMY WYLER, Loi sur le travail, Berne 2005, n° 2 ad art. 18 LTr), le Tribunal fédéral a rappelé qu'il incombe au législateur de modifier la loi s'il souhaite un assouplissement des dérogations existantes (cf. ATF 134 II 265 consid. 5.5);

qu'une initiative parlementaire dans ce sens a été déposée, le 17 décembre 2003, en vue d'une modification de la LTr afin que le travail dominical temporaire puisse être autorisé jusqu'à quatre ventes dominicales sans qu'il soit nécessaire d'établir l'existence d'un besoin urgent;

que, dans son rapport y relatif du 24 avril 2007, la Commission de l'économie et des redevances du Conseil national a expliqué que les cantons ont "développé *des pratiques*

individuelles qui ne sont pas uniformes et qui, en maints endroits, ne correspondent pas à la jurisprudence du Tribunal fédéral. Les autorités cantonales d'exécution sont confrontées à des demandes de permis de travail du dimanche pour des ventes dans le cadre de manifestations, de jubilé d'entreprise, d'expositions automobiles, d'événements culturels, de fête de village, etc. Dans la plupart des cas, les conditions requises par la LTr pour l'octroi d'un permis de travail du dimanche ne sont pas remplies. Certains cantons accordent néanmoins les permis en question, d'autres respectent les restrictions légales et n'octroient pas de permis. Cette différence de pratique entre les cantons rencontre incompréhension et sentiment d'insécurité juridique, surtout chez les entreprises actives sur l'ensemble du territoire" (cf. FF 2007 p 4053);

que, partant de ces considérations, le législateur fédéral a adopté l'art. 19 al. 6 LTR, entré en vigueur le 1^{er} juillet 2008, qui donne aux cantons la faculté d'autoriser l'ouverture des commerces jusqu'à quatre dimanches par an sans qu'il soit nécessaire d'établir l'existence d'un besoin urgent;

que, sur le plan fribourgeois, une motion a été déposée le 30 septembre 2008 en vue d'introduire sur le plan législatif l'ouverture dominicale, telle que prévue par l'art. 19 al. 6 LTr, et que le Conseil d'Etat s'est déclaré disposé à présenter un projet de loi autorisant l'ouverture généralisée des commerces deux dimanches par année à l'intérieur de périodes définies;

qu'à l'appui de cette motion, il était rappelé, en particulier, que l'autorité cantonale compétente en matière d'heures d'ouverture des commerces était "de plus en plus fréquemment confrontée à des situations desquelles il ressort que, en violation de dispositions légales cantonales en vigueur résultant de fragiles compromis mais disposant d'une assise démocratique, des autorités communales approuvent ou tolèrent sur leur territoire des activités isolées et purement commerciales d'entreprises en aucune façon susceptibles d'entrer dans le cadre d'une exception. (...) Or, dans tout ce contexte, tant les entreprises que les communes prises en faute invoquent régulièrement le principe de la bonne foi et le fait que l'activité en question a reçu l'aval des autorités en charge de l'application de la législation sur le travail. Il en va tout spécialement ainsi pour les expositions saisonnières dans le domaine du mobilier, de l'automobile ou encore du jardinage.(...) Sans vider de sa substance le régime qui prévaut aujourd'hui dans le canton de Fribourg en matière d'heures d'ouverture des commerces, il se justifie par conséquent d'envisager l'introduction d'une disposition nouvelle prévoyant un élargissement des ouvertures dominicales exceptionnelles. (...) Deux ouvertures dominicales par années - une au printemps et une autre durant la période de l'Avent - pourraient répondre à ces besoins saisonniers sans pour autant négliger le caractère tout à fait exceptionnel de ces ouvertures" (BGC 2008 p. 1928);

qu'en sa séance du 10 février 2009, le Grand Conseil fribourgeois a rejeté la motion et, partant, a refusé toute ouverture dominicale, que ce soit à raison de quatre dimanches ou de deux dimanches par an;

qu'il s'en suit que, dans le canton de Fribourg, les ouvertures dominicales demeurent exclusivement subordonnées à la réalisation des conditions restrictives des al. 2 et 3 de l'art. 19 LTr;

que, dès lors, les art. 19 LTr et 27 OLT 1 consacrant une dérogation au principe général de l'interdiction du travail dominical, ils doivent être interprétés restrictivement

(cf. ATF 134 II 265 consid. 5.5; ATF 126 II 106 consid. 5a; arrêt 2A.26/2005 du 14 juin 2005 consid. 3.2.2), quand bien même les habitudes des consommateurs ont subi une certaine évolution (cf. ATF 134 II 265 consid. 5.5; arrêt 2A.704/2005 du 4 avril 2006, consid. 3.1);

qu'en tous les cas, il n'appartient pas au juge d'interpréter de manière large et contraire à l'esprit de la loi les exceptions au travail dominical, car cela reviendrait à vider de sa substance le principe de l'interdiction de travailler le dimanche expressément inscrit à l'art. 18 LTr (cf. ATF 134 II 265 consid. 5.5);

qu'en application de la jurisprudence fédérale précitée, il y a dès lors lieu de vérifier concrètement, de cas en cas, l'existence d'un besoin urgent rendant nécessaire l'ouverture dominicale sollicitée;

qu'en l'occurrence toutefois, force est de constater que la pratique cantonale qui consiste à accorder deux fois par an des autorisations d'ouverture dominicale de façon systématique à certains type de commerces, notamment ceux spécialisés dans la vente de meubles, d'automobiles et d'articles de jardinage, n'est pas conforme à la législation et à la jurisprudence fédérale, ni du reste à volonté clairement manifestée par le législateur fribourgeois lors des débats qui l'ont conduit à refuser d'user de la prérogative donnée aux cantons par l'art. 19 al. 6 LTr;

qu'il paraît indiscutable que cette pratique, dans son principe, tombe sous le champ d'application de l'art. 19 al. 6 LTr, comme le confirment les travaux préparatoires y relatifs (cf. not. les extraits précités) et qu'elle n'est ainsi pas conforme au droit;

qu'au demeurant, on ne saurait retenir que l'ouverture dominicale occasionnelle de commerces spécialisés dans la vente de meubles, d'automobiles ou d'articles de jardinage est indispensable pour des raisons techniques ou économiques (cf. ATF du 2 septembre 2009);

que ni le type de marchandises exposées par ces commerces, ni les manifestations éventuelles qui peuvent entourer la présentation d'une nouvelle collection ne doivent nécessairement avoir lieu un dimanche;

que même une demande saisonnière accrue pour certains biens de consommation ne permet pas encore d'établir l'urgence du besoin du travail dominical, dès lors que la clientèle peut faire ses achats durant les jours ouvrables (cf. ATF 120 Ib 332; 2A.339/2004 du 2 novembre 2004, consid. 2.2) ou visiter une exposition commerciale prévue pour demeurer durant plusieurs semaines;

qu'admettre le contraire reviendrait à autoriser les ouvertures dominicales pour chaque commerce dont l'activité comprend des pics saisonniers, comme c'est le cas par exemple dans le domaine de la vente de skis, de pneus ou de voyages, ce qu'a précisément refusé le législateur fribourgeois;

que par ailleurs, même si l'octroi de ces autorisations repose sur une pratique cantonale qui dure depuis une quinzaine d'années comme l'a indiqué l'autorité intimée, on ne peut pas retenir qu'il existe dans le canton Fribourg une tradition relative à l'ouverture dominicale occasionnelle de garages et de garden-centers, apte à justifier une dérogation à l'interdiction de travailler le dimanche;

que ce sont au contraire les autorisations d'ouverture données régulièrement année après année à ces commerces qui ont permis de développer différentes manifestations commerciales bisannuelles; cependant, une dérogation à l'interdiction du travail dominical n'est justifiée que si elle satisfait à un besoin préexistant, et non pas si elle en crée un nouveau (ATF 2A.542/2001 consid. 4. 2);

qu'au demeurant, s'il existait une tradition dans ce sens dans l'une ou l'autre commune du canton, une dérogation à l'interdiction du travail dominical ne serait envisageable que pour la seule commune concernée, compte tenu des spécificités du cas;

que, dans les dossiers relatifs aux ouvertures dominicales contestées de 2004 et 2005, aucune spécificité ou besoin urgent particulier n'apparaît apte à justifier l'octroi d'une dérogation fondée sur l'art. 19 al. 3 LTr;

qu'en tous les cas, la pratique cantonale ne saurait trouver sa légitimité dans les directives émises par le Secrétariat d'Etat à l'économie (ci-après : Seco; Commentaire de l'ordonnance 1 relative à la loi sur le travail, novembre 2006, p. 127 ss), dans la mesure où, en reconnaissant le bien-fondé de l'ouverture dominicale occasionnelle de certains commerces de manière générale et sans examen concret des spécificités de chaque cas d'espèce, elles se heurtent au texte clair des art. 19 LTr et 27 OLT 1 (cf. PIERRE MOOR, Droit administratif, vol I, Berne 1994, p. 266 et 271);

qu'au vu de l'ensemble des considérants qui précèdent, et examiné a posteriori à l'aune du droit actuellement en vigueur, le recours des syndicats Unia et Syna doit être admis;

que les nouvelles demandes d'autorisation d'ouverture dominicale devront être examinées à l'aune de la jurisprudence relative à l'art. 19 al. 3 LTr, l'urgence du besoin devant être appréciée au regard des spécificités et du caractère particulier du cas d'espèce;

que, vu l'issue du recours, il n'est pas perçu de frais de procédure ni auprès des recourants (art. 131 CPJA) ni auprès de l'autorité intimée (art. 133 CPJA);

qu'une indemnité de partie - fixée ex aequo et bono - est allouée au mandataire des recourants (art. 137 CPJA);

l a C o u r a r r ê t e :

- I. Le recours est admis, dans le sens des considérants.
- II. Il n'est pas perçu de frais de procédure.
- III. Une indemnité de partie de 2'500 francs (TVA en sus) est allouée à Me Bruno Kaufmann. Elle est mise à la charge de l'Etat de Fribourg.

Cette décision peut faire l'objet d'un recours auprès du Tribunal fédéral, à Lausanne, dans les 30 jours dès sa notification.

La fixation du montant de l'indemnité de partie peut, dans un délai de 30 jours, faire l'objet d'une réclamation auprès de l'autorité qui a statué, lorsque seule cette partie de la décision est contestée (art. 148 CPJA).

305.2