

MAUGUÉ & BERTHOLET

AVOCATS AU BARREAU DE GENÈVE

MONICA BERTHOLET

AVOCATE

ERIC MAUGUÉ

AVOCAT M. Sc. (LSE)

PASCALE BOTBOL

AVOCATE-STAGIAIRE

RECOMMANDÉ

Office cantonal de l'inspection des relations de travail

Contrôle du marché du travail

M. Alain De Felice, chef de secteur

Rue des Noirettes 35

Case postale 1255

1211 Genève 26

Genève, le 29 août 2008

EM/

Monsieur le chef de secteur,

Je suis chargé par le Syndicat suisse des services publics (SSP/VPOD), constitué sous forme d'association, région Genève, sise, Rue des Terreaux-du-Temple 6, 1201 Genève, de déposer la présente :

PLAINTE

à l'encontre de l'Aéroport international de Genève (AIG), établissement public, ayant son siège route de l'Aéroport 21, 1218 Grand-Saconnex, pour non respect des dispositions de la Loi sur le travail et de ses ordonnances d'application relatives aux décomptes des dimanches libres.

A l'appui de celle-ci, ma mandante expose ce qui suit :

I. Recevabilité

La présente plainte est déposée conformément à l'article 54 LT^r qui dispose que l'autorité compétente est tenue d'examiner les dénonciations pour inobservation de la loi, d'une ordonnance ou d'une décision.

14 RUE MARIGNAC CP 504 1211 GENÈVE 12 • TÉL: +4122 839 71 10 FAX: +4122 839 71 11
monica.bertholet@marignac.ch • eric.maugue@marignac.ch • pascale.botbol@marignac.ch

Le secrétariat répond à vos appels du lundi au vendredi de 9h à 13h et de 14h à 17h

Selon l'article 41 ch. 1 LTr et sous réserve de l'article 42 LTr, il incombe aux cantons de surveiller le respect de la Loi fédérale sur le travail et de désigner l'autorité compétente à cet effet, à savoir l'OCIRT à Genève (art. 1 et ss LIRT).

Les exceptions prévues par l'article 42 n'étant manifestement pas réalisées, l'autorité de céans est compétente.

Quant à la qualité pour agir, elle ne se pose pas au stade de la plainte. On observera cependant d'ores et déjà que le SSP a la qualité pour interjeter un éventuel recours contre la décision que l'autorité de céans sera conduite à rendre (art. 58 Ltr). A cet égard, dite décision devra lui être notifiée.

Pièce 1 : Statut du SSP/VPOD, édition 2008

Pièce 2 : Règlement de la région Genève du 28 juin 1998

Pièce 3 : Page d'accueil du site Internet du SSP – Groupe Trafic aérien de Genève

Au besoin, ma mandante tient à disposition de l'autorité de céans tout autre document propre à attester qu'elle compte parmi ses membres des collaborateurs de l'AIG directement concernés par la décision à rendre.

II. En fait

1. En date du 1^{er} janvier 2007, le Conseil d'administration de l'AIG a adopté un Règlement sur la gestion du temps de travail pour le personnel de l'AIG (RTT).

Pièce 3 : Règlement sur la gestion du temps de travail pour le personnel de l'AIG, état au 7 décembre 2007

2. Selon ce règlement, les membres du personnel au sol des transports aériens n'exerçant pas de travail continu bénéficient d'au moins 26 dimanches de congé par année civile, **vacances comprises** (art. 44 al. 2 RTT). Pour les membres du personnel exerçant un travail continu, ceux-ci bénéficient de 61 périodes de repos au minimum par année civile (...). Ces périodes de repos doivent inclure au moins 26 dimanches (...), **vacances comprises** (art. 51 al. 1 RTT).

3. Par courrier du 15 février 2007, la direction de l'AIG a interrogé le Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO) notamment sur l'interprétation qu'il convenait de donner à l'article 12 OLT 2 concernant le nombre de dimanches libres.

Selon l'AIG, les 26 dimanches libres garantis par cette disposition ne devraient pas s'ajouter aux dimanches compris dans les vacances. Il conviendrait de recourir à une règle de trois selon laquelle le nombre de dimanches libres durant la période de travail serait égal au nombre de dimanches libres légaux multiplié par le nombre de semaines travaillées puis divisé par 52 semaines.

L'AIG faisait valoir dans ce contexte des motifs d'égalité de traitement entre les salariés qui disposent de 4 semaines de vacances et ceux qui bénéficient d'un régime plus favorable.

Pièce 4 : Courrier de l'AIG du 15 février 2007

4. Par courrier du 13 avril 2007, le SECO a confirmé cette interprétation.

Pièce 5 : Courrier du SECO du 13 avril 2007

5. Pour les motifs exposés ci-après, le SSP/VPOD conteste la position de l'AIG, respectivement du SECO. Il soutient que le nombre minimal de dimanches prévus par la Loi sur le travail et ses ordonnances d'application doit, dans tous les cas, s'additionner aux dimanches intervenant durant les vacances, conformément à l'article 21 al. 4 OLT 1.

Pièce 6 : Courrier du SSP/VPOD du 30 mai 2008

III. En droit

a) La loi s'interprète en premier lieu selon sa lettre. Selon la jurisprudence, il n'y a lieu de déroger au sens littéral d'un texte clair par voie d'interprétation que lorsque des raisons objectives permettent de penser que ce texte ne restitue pas le sens véritable de la disposition en cause. De tels motifs peuvent découler des travaux préparatoires, du but et du sens de la disposition, ainsi que de la systématique de la loi. Si le texte n'est pas absolument clair, si plusieurs interprétations de celui-ci sont possibles, il convient de rechercher quelle est la véritable portée de la norme, en la dégagant de tous les éléments à considérer, soit notamment des travaux préparatoires, du but de la règle, de son esprit, ainsi que des valeurs sur lesquelles elle repose ou encore de sa relation avec d'autres dispositions légales (ATF du 14 juin 2005, 2A.26/2005 ; ATF 131 II 13 consid. 7.1 p. 31; 130 II 49 consid. 3.2.1 p. 53, 65 consid. 4.2 p. 71 et la jurisprudence citée).

b) Il est constant que l'AIG est soumis à la Loi fédérale sur le travail (LTr).

Selon l'article 18 al. 1, 1^{ère} phrase, LTr, du samedi à 23 heures au dimanche à 23 heures, il est interdit d'occuper des travailleurs. De tout temps, il a été considéré que le dimanche doit en effet servir de jour de repos et de méditation ainsi que de jour de détente consacré aux contacts familiaux (GEISER / VON KAENEL / WYLER, « *Loi sur le travail* », 2005, ad art. 18, p. 296). Les dernières révisions de cette loi, récemment entrées en vigueur, n'ont rien changé au principe selon lequel le dimanche doit, en principe, être un jour sans travail.

Dans son commentaire, édition 2007/2008, le SECO relève à cet égard que l'interdiction du travail du dimanche repose sur des raisons relevant aussi bien de la protection de la santé que de principes sociaux, culturels et religieux. En tant que jour de repos hebdomadaire, le dimanche garantit en effet un repos minimal à la suite d'un maximum de 6 jours consécutifs de travail. Il est également revêtu d'une importance considérable sur le plan social, puisqu'il représente le seul jour de la semaine qui permet à une grande majorité de la population active d'entretenir des contacts sociaux avec la famille, les amis et les connaissances. De plus, les qualités de réflexion et de détente que lui confèrent culture et religion font du dimanche un jour de repos profondément ancré dans la conscience collective (Commentaire SECO, ad art. 18 LTr).

On rappellera encore que le 1er décembre 1996, un projet de modification de la loi sur le travail, qui prévoyait notamment l'occupation des travailleurs sans autorisation officielle pendant six dimanches et jours fériés par an (FF 1996 I 1279), a été rejeté en votation populaire.

Il est ressorti d'une analyse que l'assouplissement du travail dominical avait été un des éléments déterminants pour le rejet de ce projet (voir le rapport du 17 novembre 1997 de la Commission de l'économie et des redevances du Conseil national au sujet de l'initiative parlementaire concernant la révision de la loi sur le travail, *in* FF 1998 I p. 1131).

Les articles 19, 20, 24 et 27 LTr prévoient cependant un certain nombre de dérogations qui peuvent être regroupées en trois catégories :

- **Pour le travail non continu**, l'article 19 al. 1 LTr dispose que les dérogations de travailler le dimanche sont soumises à autorisation. L'article 20 LTr indique cependant qu'une fois toutes les deux semaines au moins, le jour de repos hebdomadaire doit coïncider avec un dimanche complet, et suivre ou précéder immédiatement le temps de repos quotidien. L'article 24 est réservé.

Selon le commentaire du SECO, une forte réserve s'impose, plus restrictive encore que pour le travail de nuit, lorsqu'il s'agit d'autoriser le travail du dimanche. Les critères plus stricts auxquels est subordonné le travail du dimanche se retrouvent dans le règlement du supplément de salaire. En effet, le travail du dimanche à caractère temporaire est compensé par un supplément de salaire de 50%, alors que le travail de nuit à caractère temporaire ne donne droit qu'à un supplément le salaire de 25% – en dépit du préjudice plus grave qu'il porte à la santé (Commentaire SECO, ad art. 19 LTr).

- **Pour le travail continu**, l'article 24 al. 1 LTr dispose que celui-ci est soumis à autorisation. L'alinéa 4 de cette disposition accorde au Conseil fédéral la faculté de déterminer par voie d'ordonnance à quelles conditions supplémentaires et dans quelle limite la durée maximale du travail quotidien et hebdomadaire peut être prolongée et le temps de repos réparti différemment.
- **Pour certaines catégories d'entreprises ou de travailleurs**, celles-ci peuvent selon l'article 27 LTr, être soumises par voie d'ordonnance à des dispositions spéciales remplaçant en tout ou en partie les articles (...) 18 à 20, 21, 24 (...). L'article 27 al. 2 let. k LTr vise notamment le personnel au sol des transports aériens, disposition dont la portée est précisée par l'article 47 OLT 2.

c) Au niveau des ordonnances, l'article 21 al. 4 OLT 1 dispose, de manière générale, que : « *ne sont pas portés au compte des dimanches de congé légaux les dimanches coïncidant avec les vacances des travailleurs occupés le dimanche* ». Aucune exception ou réserve n'est prévue à ce principe.

L'article 37 OLT 1 relatif au travail continu ne prévoit pas non plus de dérogation à cette règle.

Il en va de même de l'article 12 OLT 2 qui fixe le nombre de dimanches de congé minimal pour les entreprises visées par l'article 27 LTr.

d) Aussi et à teneur de l'ensemble de ces dispositions, le nombre de dimanche de congés légaux ne comprend pas les dimanches qui tombent durant les vacances du salarié. Leur texte clair ne laisse pas de marge à l'interprétation car elle correspond à la volonté du législateur de prévoir seulement à titre exceptionnel des dérogations à l'interdiction du travail dominical.

A ce propos, on se référera utilement à la récente jurisprudence du Tribunal fédéral selon laquelle une dérogation au principe général de l'interdiction du travail dominical doit être interprétée restrictivement et non extensivement (ATF du 14 juin 2005, 2A.26/2005, consid. 3.2.2 ; ATF 126 II 106, consid. 5a).

Dans son commentaire relatif à l'article 21 al. 4 OLT 1, le SECO ne s'est d'ailleurs pas trompé. A teneur de celui-ci : *« la portée de cette prescription concerne surtout le travail continu et le champ d'application de l'ordonnance 2 relative à la loi sur le travail (OLT 2, Dispositions spéciales pour certaines catégories d'entreprises ou de travailleurs), où le jour de repos hebdomadaire ne tombe que rarement un dimanche. Il est ainsi fait obstacle à une diminution supplémentaire du nombre déjà réduit de jours de repos qui tombent un dimanche »* (Commentaire SECO relatif à l'OLT 1, ad art. 21 al. 4, p. 121-2, 3^e mise à jour 2007/2008, c'est le soussigné qui souligne).

Il est ainsi incontestable que le principe ancré à l'article 21 al. 4 OLT 1 est d'application générale tant pour le travail continu au sens de l'article 24 LTr, respectivement 37 OLT 1, que dans le cas des entreprises visées par l'article 27 LTr et soumises à l'article 12 OLT 2.

e) Certes, dans l'édition de son commentaire de novembre 2006 relatif à l'article 12 OLT 2, le SECO paraît vouloir se distancer de sa position.

Il maintient tout d'abord son interprétation conforme au droit et retenu à propos de l'article 21 alinéa 4 OLT 1 selon laquelle : *« L'article 12 OLT 2 expose les possibilités de déroger à cette réglementation [art. 20 LTr] en fixant, en fonction du nombre de dimanches de congé à accorder impérativement, les temps de repos compensatoires correspondants. A cette situation s'applique également la disposition fixée à l'article 21 alinéa 4 OLT 1, qui précise que les dimanches coïncidant avec un jour de vacances ne sont pas portés au compte des dimanches de congé prescrits par la loi »*.

Mais une incise a été ajoutée, en parfaite contradiction avec ce qui précède, selon laquelle : *« Pour connaître le nombre de dimanches libres après déduction des vacances, il faut appliquer un calcul pro rata (...) »*.

Cet ajout, en dissonance complète avec le reste du commentaire, n'est absolument pas étayé. Pour les motifs déjà évoqués, une telle interprétation est insoutenable au regard du texte clair des dispositions applicables.

f) Quant aux arguments de l'AIG en matière d'égalité de traitement avancés dans son courrier du 15 février 2007 (pièce 4), ils ne sont pas plus recevables.

Dans le cas de l'article 37 OLT 1, certains auteurs s'expriment ainsi : « *En vertu de l'art. 37 OLT 1, les travailleurs ont droit à un minimum de 61 jours de congé par année civile. (...) Parmi ces jours, 26 jours de repos au minimum doivent tomber sur un dimanche (...). Les jours de congé tombant pendant les vacances comptent, puisque la réglementation de droit public du temps de travail est indépendante de la réglementation de droit privé des vacances* » (GEISER / VON KAENEL / WYLER, op. cit., ad art. 24, n° 6, p. 361).

Sur cette base, l'AIG soutient qu'il serait prétendument logique de compter les dimanches tombant pendant les vacances dans les 26 dimanches garantis par la loi et non pas de les ajouter. Selon l'AIG, les ajouter reviendrait à traiter différemment les travailleurs en fonction de leur droit aux vacances, ce qui aurait pour conséquence de défavoriser les personnes bénéficiant du droit minimum aux vacances de 4 semaines.

L'argument est spécieux à plus d'un titre.

Tout d'abord, il convient d'apprécier le sens à donner à la citation de doctrine évoquée. Lorsque les auteurs en question indiquent que « *les jours de congés tombant pendant les vacances comptent* », il ne s'agit pas des 26 dimanches dont il est question dans la phrase précédente mais des 61 jours de congé auxquels l'article 37 OLT 1 fait référence. Ce point de vue est indiscutable dans la mesure où les 61 jours en question comprennent les 52 dimanches additionnés aux 8 jours fériés légaux et au 1er août, soit la totalité des jours de congés sur l'année (voir Commentaire SECO, ad art. 37 OLT 1).

Mais cela ne signifie pas que tous ces jours de congé sont « *complets* » de manière identique.

Selon l'article 20a LTr., le jour de la fête nationale est assimilé au dimanche. Les cantons peuvent assimiler au dimanche huit autres jours fériés par an au plus et les fixer différemment selon les régions. Lorsqu'il s'agit des neuf jours fériés assimilés au dimanche au sens de cette disposition, ceux-ci doivent être compensés par des jours de congé supplémentaires lorsqu'ils tombent durant les vacances. Celles-ci sont donc prolongées du nombre de jours fériés qu'elles comprennent (GEISER / VON KAENEL / WYLER, op. cit., ad art. 20a, n° 22, p. 322).

Ces auteurs justifient cette solution en relevant que dans le cas contraire, l'employeur pourrait réduire le droit aux vacances d'une manière absurde (sic), en accordant celle-ci pendant une période contenant le plus grand nombre possible de jours fériés (ibidem). Aussi ces jours fériés assimilés au dimanche sont comptés mais compensés.

Les dimanches « ordinaires » intervenant durant les vacances ne sont bien entendu pas compensés. Ils sont décomptés sur les 61 jours de congés garantis par l'article 37 OLT 1. Cependant, ce décompte est sans incidence sur la règle des 26 dimanches libres, respectivement 12 ou 4 selon l'article 12 al. 1 à 3 OLT 2.

Après soustraction des dimanches tombant pendant les vacances, le travailleur doit pouvoir encore bénéficier d'au moins 26 jours de congé tombant un dimanche. Le système légal ne peut pas être compris autrement.

Outre les motifs déjà évoqués, on relèvera encore que le calcul pro rata proposé par le SECO est dans la pratique ingérable. Des situations particulièrement choquantes pourraient se présenter lorsque le salarié ne bénéficie que de 4 dimanches libres (art. 12 al. 3 OLT 2). Dans ce cas et si l'on devait appliquer le pro rata préconisé par le SECO, ce droit au congé dominical serait réduit à 3,692307 (décimales périodiques) en dehors des quatre semaines de vacances.

Qu'en serait-il si par le biais de vacances fractionnées, il aurait déjà pu bénéficier de plus de 4 dimanches libres ? L'employeur serait-il fondé à réduire encore, voire lui supprimer tout droit à un congé dominical en dehors des vacances ? Une telle solution ne serait pas compatible avec le cadre légal.

En réalité et comme l'ont relevé les auteurs évoqués auparavant, la réglementation de droit public du temps de travail est indépendante de la réglementation de droit privé des vacances. Le nombre de semaines de vacances accordées par l'employeur ne doit pas avoir d'incidence sur le nombre de dimanches libres auquel le salarié peut prétendre durant sa période d'activité.

L'inégalité de traitement entre les bénéficiaires du régime légal minimal des quatre semaines et les autres salariés mieux lotis relève du droit du travail. Dans ce contexte, ce principe constitutionnel ne s'applique pas de manière horizontale.

A noter encore que si l'on devait suivre l'interprétation de l'AIG, la différence de traitement dont il est fait état dans son courrier du 15 février 2007 subsisterait de toute manière.

En effet et si l'on ne tient pas compte des dimanches tombant durant les vacances comme le veut le législateur, le salarié qui a droit à quatre semaines bénéficie, en principe, de 30 dimanches libres (26 + 4), pour cinq semaines de 31 dimanches (26 + 5) et pour six semaines de 32 (dimanches).

Si l'on applique la règle au pro rata préconisée par l'AIG, respectivement le SECO, cette différence de traitement subsiste. Pour quatre semaines de vacances, le salariés a droit à 28 dimanches libres (24 + 4), pour cinq semaines, à 28,5 dimanches libres (23,5 + 5) et pour six semaines à 29 dimanches libres (23 + 6).

Certes les différences sont légèrement moindres, mais c'est surtout l'employeur qui se trouverait avantagé en pouvant recourir de manière plus intense au travail dominical ce qui est manifestement contraire à la volonté du législateur.

* * *

Il résulte de ce qui précède que la position du SECO, respectivement de l'AIG est contraire au droit. Le Règlement sur la gestion du temps de travail pour le personnel de l'AIG doit être modifié et cet établissement invité à respecter le cadre légal applicable.

Au bénéfice des explications qui précèdent, le SSP/VPOD conclut à ce que l'autorité de céans :

- Ordonne à l'PAIG de modifier son Règlement sur la gestion du temps de travail pour le personnel de l'PAIG de la manière suivante :

« En principe, le membre du personnel bénéficie d'au moins 26 dimanches de congé par année civile, vacances non comprises » (art. 44 al. 2) ;

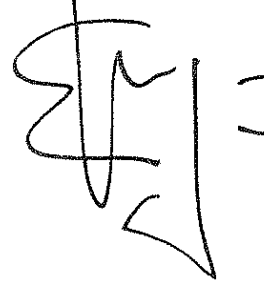
« Ces périodes de repos doivent inclure au moins 26 dimanches de 06h00 à 16h00, vacances non comprises » (art. 51 al. 1) ;

- Invite l'PAIG à respecter ledit règlement dans sa nouvelle teneur.

* * *

Je vous prie d'agréer, Monsieur le chef de secteur, l'expression de mes sentiments distingués.

Eric MAUGUÉ

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'EM', with a vertical line and a horizontal line extending to the right, resembling an equals sign.

Annexes : ment.