

MAUGUÉ & BERTHOLET

AVOCATS AU BARREAU DE GENÈVE

MONICA BERTHOLET

AVOCATE

ERIC MAUGUÉ

AVOCAT M. SC. (LSE)

RECOMMANDÉ

(deux exemplaires)

TRIBUNAL ADMINISTRATIF

Rue du Mont-Blanc 18

Case postale 1956

1211 Genève 1

Genève, le 16 janvier 2009

EM/

Madame, Monsieur le Président,
Mesdames, Messieurs les Juges,

Mon mandant, le Syndicat suisse des services publics (SSP/VPOD), constitué sous forme d'association, sise Birmensdorferstrasse 67, 8007 Zurich, région de Genève, mais faisant élection de domicile en l'Etude, m'a chargé de former le présent :

RECOURS

contre la décisions de l'Office cantonal de l'inspection et des relations du travail (OCIRT) du 16 décembre 2008 rendue en relation avec une plainte déposée à l'encontre de l'Aéroport international de Genève (AIG), reçue en l'Etude le 18 décembre 2008.

Pièce 1 : Décision de l'OCIRT du 16 décembre 2008

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

14 RUE MARIGNAC CP 504 1211 GENÈVE 12 • TÉL: +41 (0)22 839 71 10 FAX +41 (0)22 839 71 11
monica.bertholet@marignac.ch • eric.maugue@marignac.ch

Le syndicat SSP/VPOD regroupe le personnel des administrations, institutions et entreprises communales, cantonales et fédérales ainsi que des entreprises et institutions mixtes et privées d'utilité publique (art. 2 des Statuts). Il a pour but statutaire de « *sauvegarder et de promouvoir les intérêts professionnels, économiques, sociaux, politiques et culturels du personnel travaillant dans les services publics* » (art. 3 des Statuts). Le syndicat SSP/VPOD se compose notamment de régions. Celles-ci peuvent compléter les dispositions statutaires par des règlements de région, qui n'entrent en vigueur que lorsque le Comité national les a approuvés (art. 10 al. 2 des Statuts). La région de Genève est constituée d'une section de Genève et d'une section Internationale (art. II du Règlement de la région de Genève). La section de Genève comprend des groupes (voir notamment art. V let a du Règlement). Un groupe « *Trafic aérien de Genève* » a été constitué qui comprend un groupe AIG réunissant les collaborateurs de cette entreprise publique, membres du syndicat.

Pièce 2 : Statuts du syndicat SSP/VPOD, éd. 2008

Pièce 3 : Règlement de la région de Genève

Pièce 4 : Page d'accueil du site internet du groupe « *Trafic aérien de Genève* »

Pièce 5 : Page d'accueil du site internet du groupe AIG

I. EN FAIT

1. Le 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 6 : 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. Les membres du personnel de l'AIG ont droit à 5 semaines de vacances pour les cadres, les employés, les auxiliaires, les chargés de mission et les stagiaires et de 6 semaines pour les cadres supérieurs, les cadres, les employés dès l'âge de 60 ans et les employés jusqu'à 20 ans révolus.

Pièce 7 : Extrait du Statut du personnel (art. 38), éd. 1^{er} mars 2006

4. Par courrier du 15 février 2007, la direction de l'AIG a interrogé le Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO), entre autres choses, 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.

Pièce 8 : Courrier de l'AIG du 15 février 2007

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

Pièce 9 : Courrier du SECO du 13 avril 2007

6. Par courrier du 30 mai 2008, le syndicat SSP/VPOD a contesté la position de l'AIG, respectivement du SECO. Il soutenait que le nombre minimal de dimanches prévus par la Loi sur le travail et ses ordonnances d'application devait, dans tous les cas, s'additionner aux dimanches intervenant durant les vacances, conformément à l'article 21 al. 4 OLT 1.

Pièce 10 : Courrier du SSP/VPOD du 30 mai 2008

7. Par courrier recommandé du 29 août 2008, le syndicat SSP/VPOD a déposé une plainte auprès de l'OCIRT. Il concluait à ce que cette autorité ordonne à l'AIG de modifier les articles 44 al. 2 et 51 al. 1 de son Règlement sur la gestion du temps de travail pour le personnel en ce sens que ceux-ci indiquent que le membre du personnel bénéficie d'au moins 26 dimanches de congé par année civile, vacances non comprises.

Le plaignant demandait expressément que la décision que l'OCIRT serait appelé à rendre lui soit notifiée de sorte qu'il puisse, cas échéant, exercer son droit de recours conformément à l'article 58 LTr.

Pièce 11 : Plainte du SSP/VPOD du 29 août 2008

8. Par courrier du 7 novembre 2008 adressé à l'AIG, le SECO est revenu sur sa position initiale du 13 avril 2007. Il maintenait néanmoins qu'il convenait de prendre en compte, en partie et selon une nouvelle formule proposée, les dimanches intervenants durant les vacances dans le calcul des 26 dimanches de congé par année civile.

Pièce 12 : Courrier du SECO du 7 novembre 2008

9. Le syndicat SSP/VPOD a maintenu sa plainte. Ses moyens seront repris dans la partie en droit du présent recours.
10. Par décision du 16 décembre 2008, l'OCIRT a partiellement fait droit aux conclusions du syndicat SSP/VPOD.

Il considère que l'article 21 al. 4 OLT 1 ne laisse place à aucune interprétation et que les 26 dimanches de congé sont à décompter sans tenir compte des dimanches intervenant durant les vacances, selon la formule suivante : nombre de dimanches de congé = 26 dimanches + les dimanches de vacances.

L'OCIRT indique cependant et sans aucune motivation que ce calcul serait valable uniquement pour les travailleurs qui bénéficient de quatre semaines de vacances par année civile.

La décision n'a pas été notifiée au plaignant mais simplement communiquée en copie à toutes fins utiles et en faisant mention de l'article 58 LTr (voir pièce 1).

II. EN DROIT

A. Recevabilité

a) L'article 56 de la Loi sur le travail (LTr – RS 822.11) dispose que les décisions de l'autorité désignée par le canton peuvent être attaquées, dans les trente jours dès leur communication, devant l'autorité cantonale de recours. La décision doit être motivée et communiquée par écrit, avec indication de la voie et du délai de recours, au recourant et à l'autorité dont le prononcé a été attaqué. Pour le surplus, la procédure est rédigée par le droit cantonal.

Interjeté dans les trente jours, devant l'autorité judiciaire compétente et selon les formes prescrites le présent recours est formellement recevable (art. 47 LIRT – Rs Gen. J 1.05 ; art. 64 et 65 LPA – Rs Gen. E 5 10).

b) Selon l'article 58 LTr, les associations des employeurs et des travailleurs intéressés ont également qualité pour recourir contre les décisions des autorités cantonales et fédérales.

Dans le cas présent, le recourant a pour but statutaire de sauvegarder et de promouvoir les intérêts professionnels, économiques, sociaux, politiques et culturels du personnel travaillant dans les services publics, comprenant notamment les entreprises de droit public. Il comprend, parmi ses membres, des salariés de l'AIG, entreprise de droit public autonome.

Sa qualité pour agir est acquise même si la décision dont il est recours ne lui a pas été formellement notifiée.

c) La qualité pour recourir suppose un intérêt actuel à obtenir l'annulation de la décision attaquée. Un tel intérêt est manifestement présent dès lors qu'il s'agit de conduire l'AIG à décompter le nombre de dimanches libres dont peuvent bénéficier ses salariés de manière conforme au droit ce qui n'est pas le cas en l'état.

B. Au fond

La loi s'interprète en premier lieu selon sa lettre. 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).

a) A titre liminaire, il convient de procéder à un bref rappel des dispositions légales applicables.

Il est constant que l'AIG est soumis à la 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 indique 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 relèvera 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 à l'interdiction du travail dominical 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.

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.

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.

b) Au regard de ce cadre juridique, est-ce que l'autorité intimée était fondée à restreindre la portée de l'article 21 al. 4 OLT 1 en relation avec l'article 12 OT 2 aux seuls travailleurs qui bénéficient de quatre semaines de vacances par année civile ?

A titre liminaire, on relèvera que la décision de l'OCIRT est sur ce point absolument pas motivée en violation de l'article 29 al. 2 Cst. féd. A cet égard et dans la mesure où le Tribunal de céans devrait considérer que ce défaut pourrait être réparé dans le contexte de la présente procédure, le recourant sollicite d'ores et déjà la faculté de pouvoir compléter par la suite son recours.

Pour le surplus et à ce stade, il observe que la réponse est clairement négative pour au moins quatre motifs :

- **Toute dérogation à l'interdiction du travail dominical doit être interprétée restrictivement**

De jurisprudence constante, une dérogation au principe général de l'interdiction du travail dominical doit en toute hypothèse être interprétée restrictivement et non pas extensivement (voir notamment ATF 126 II 106 consid. 5a ; Arrêt du Tribunal fédéral 2A.26/2005 du 14 juin 2005, consid. 3.2.2, partiellement reproduit in SJ 2006 I p. 13 ; Arrêt du Tribunal fédéral 2C_206/2008 du 13 août 2008 ; Arrêt du Tribunal fédéral 2C_212/2008 du 3 septembre 2008 et références citées).

Les articles 27 LTr et 12 OLT 2 prévoient des dérogations importantes au principe d'interdiction du travail dominical. L'interprétation de ces dispositions doit donc être restrictives.

L'article 21 al. 4 OLT 1 tempère la portée de ces dérogations en prévoyant que les dimanches des vacances ne doivent pas être pris en compte. A contrario, cette disposition doit être interprétée de manière extensive. Une interprétation restrictive aurait pour corollaire l'extension du champ d'application des dérogations évoquées ce qui serait contraire au principe posé par la jurisprudence et qui trouve un ancrage clair et manifeste dans la loi.

- **Les prescriptions de la LTr sont indépendantes de la réglementation de droit privé relative aux vacances**

Le législateur a renoncé à fixer la durée des vacances dans la LTr pour privilégier une réglementation de droit exclusivement privé dans le Code des obligations. Il s'agissait de laisser aux partenaires sociaux la possibilité de négocier des solutions plus favorables que le minimum légal en fonction des branches professionnelles, de l'âge, voire de l'ancienneté (voir notamment GEISER et al. « *Loi sur le travail* », ad Introduction, n° 26 et ss, ad art. 64, n° 6).

De manière générale, la doctrine s'accorde à reconnaître que la réglementation de droit public du temps de travail est indépendante de la réglementation de droit privé relatives aux vacances (op. cit. ad art. 24, n° 7 et références citées).

Dans le détail, on relèvera ce qui suit :

Pour les jours fériés prévus par l'article 20a LTr intervenant durant les vacances, ceux-ci doivent être compensés par des jours de congé supplémentaires.

Les vacances sont donc prolongées du nombre de jours fériés qu'elles comprennent. S'il en était autrement, l'employeur pourrait réduire le droit aux vacances d'une manière absurde (sic), en accordant celles-ci pendant une période contenant le plus grand nombre de jours fériés (op. cit. ad art. 20a, n° 22 et références citées). Ce principe est clairement applicable quelque soit le nombre de semaines de vacances accordées au travailleur.

En ce qui concerne la demi-journée de congé prévue par l'article 21 LTr, ce droit est totalement indépendant du droit de prendre des vacances. Le droit de prendre des vacances subsiste parallèlement au droit à une demi-journée de congé hebdomadaire ; l'octroi de l'un n'a rien à voir avec l'autre (op. cit. ad art. 21, n° 21 *in fine*). Ce principe ne s'applique pas seulement dans le cadre du régime minimum des quatre semaines de vacances.

Autre exemple : **le temps consacré à l'allaitement au sens de l'article 35a LTr ne peut pas être considéré comme temps de vacances (op. cit. ad art. 35 a, n° 13).** Cette règle est tout autant indépendante de la durée du droit aux vacances.

On relèvera qu'il en va de même avec les règles de protection des travailleurs résultant du Code des obligations. Si le travailleur est incapable de prendre des vacances en raison d'une maladie ou d'un accident, l'employeur doit lui accorder un rattrapage. Cette règle s'applique indépendamment de la durée des vacances accordées.

De même, l'interdiction de remplacer les vacances par des prestations en argent (art. 329d al. 2 CO) ne se limite pas aux quatre semaines minimales pour les salariés de plus de 20 ans.

Il doit en aller de même avec l'article 12 OLT 2, à lire en lien avec l'article 21 al. 4 OLT 1, dont les minima sont fixés en sus des dimanches coïncidant avec les vacances indépendamment de la durée de celles-ci.

- **Le congé dominical et les vacances sont deux notions distinctes qui visent des objectifs différents**

Du point de vue historique, l'interdiction du travail dominical s'explique par des motivations d'ordre religieux. Aujourd'hui comme hier, le dimanche doit servir de jour de

repos et de méditation ainsi que de jour de détente consacré aux contacts familiaux. Cela ressort des travaux préparatoires de la LTr comme de la jurisprudence. Mais en dehors de la famille également, le dimanche en tant que jour de repos général revêt une grande importance sociale, car au-delà de l'aspect individuel, un grand nombre d'activités sociales collectives se déroulent en fin de semaine et plus particulièrement le dimanche. Ainsi, le dimanche fonctionne comme un métronome dictant le rythme de la vie commune en société. Celui qui doit travailler le dimanche souffre au contraire de désavantage du point de vue familial, culturel et social (op. cit. ad art. 18 ; voir également le Commentaire du SECO précédemment cité).

Quant aux vacances, elles ont pour but de permettre au travailleur de se remettre physiquement de la fatigue due au travail et de prendre pour un certain temps de la distance à l'égard de ses obligations professionnelles. Le travailleur doit pouvoir, pendant certaines périodes, se consacrer uniquement aux activités de son choix, voire choisir de ne rien faire. Le stress dû à l'accélération du rythme de travail et de vie entraîne un besoin accru de périodes de repos d'un seul tenant et d'une durée suffisamment longue (BRUNNER / BUHLER / WAEBER / BRUCHEZ, « *Commentaire du contrat de travail* », 3^e éd., 2004, ad art. 329 a, n° 1).

Pour ce motif également, l'article 12 OLT 2 ne peut que viser les dimanches hors période de vacances, indépendamment du droit à celle-ci accordé par l'employeur.

- **Limiter le « bénéfice » de l'article 21 al. 4 OLT 1 aux travailleurs bénéficiant de quatre semaines de vacances est impraticable et pourrait conduire à des inégalités de traitement injustifiables**

L'OCIRT n'indique pas quel régime s'appliquerait dans le cas de l'AIG où les collaborateurs disposent de cinq, respectivement six semaines de vacances selon leur statut.

Une telle solution imprécise est non seulement contraire aux dispositions légales applicables mais impraticable sans risque de conduire à des inégalités de traitement. En effet, s'agissant du surplus de vacances excédant le minimum légal, l'employeur serait libre d'inviter le travailleur à prendre ses vacances sur un nombre plus ou moins important de dimanche selon ses besoins. Concrètement, le travailleur bénéficiant de plus de quatre semaines de vacances pourrait en être réduit à bénéficier d'un nombre de dimanches de congé hors vacances moindre que celui qui doit se contenter du minimum légal. De même, des inégalités de traitement entre collègues pourrait se présenter résultant de pratique discrétionnaire de l'employeur dans ce contexte.

- c) Compte tenu de ce qui précède, il convient d'annuler la décision entreprise et de condamner l'AIG à modifier son Règlement du temps de travail de sorte qu'il indique clairement que le minimum de 26 dimanches de congé par année civile ne comprend pas les dimanches intervenant durant les vacances, quelque soit la durée du droit aux vacances.

III. CONCLUSIONS

PAR CES MOTIFS

Le syndicat SSP/VPOD conclut à ce qu'il :

PLAISE AU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

Préalablement :

- Réserver au recourant la faculté de pouvoir compléter son recours après que la partie intimée ait été invitée à motiver sa décision.

Principalement :

- Déclarer le présent recours recevable.
- Annuler la décision de l'OCIRT du 16 décembre 2008.
- Dire et constater que les 26 dimanches visés par l'article 12 OLT 2 ne comprennent pas les dimanches intervenant durant les vacances, indépendamment du droit aux vacances accordé par l'employeur.
- Ordonner à l'AIG de modifier son Règlement sur la gestion du temps de travail pour le personnel de l'AIG de la manière suivante :

« 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) ;

- Inviter l'AIG à respecter ledit règlement dans sa nouvelle teneur
- Allouer à la recourante une indemnité à titre de dépens.

* * *

Je vous prie d'agréer, Madame, Monsieur le Président, Mesdames, Messieurs les Juges,
l'expression de ma haute considération.

Pour le SSP/VPOD

Eric MAUGUÉ

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'Eric MAUGUÉ', written in a cursive style.

Annexe : un chargé de 12 pièces