



Arrêt du 22 décembre 2011

Composition

Claude Morvant (président du collège),
Ronald Flury, Jean-Luc Baechler, juges,
Muriel Tissot, greffière.

Parties

Syndicat X._____,
recourant 1,
Y._____,
recourant 2,
tous les deux représentés par Maître Eric Maugué, avocat,

contre

Aéroport Z._____,
représenté par Maître Valentine Gétaz Kunz, avocate,
intimé,

Secrétariat d'Etat à l'économie SECO,
Protection des travailleurs,
Effingerstrasse 31, 3003 Berne,
autorité inférieure.

Objet

dérogação concernant le travail du dimanche.

Faits :**A.**

Le 28 octobre 2010, l'Aéroport Z._____ (ci-après : l'intimé) a déposé auprès du Secrétariat d'Etat à l'économie SECO (ci-après : l'autorité inférieure) une demande de dérogation à la législation sur le travail visant à réduire, pour une partie du personnel au sol du secteur de la navigation aérienne, le nombre de dimanches de congé dus au minimum par année de 26 à 20.

B.

Le 25 février 2011, l'autorité inférieure a accordé à l'intimé, sur la base de l'art. 28 de la loi sur le travail, la dérogation (...), valable du 1^{er} janvier 2011 au 31 décembre 2013, selon laquelle le personnel au sol du secteur de la navigation aérienne travaillant auprès des services sûreté passagers, AAU, AMS, APS, Piste et SSA bénéficie au moins de 20 dimanches de congé par année civile, pouvant être répartis sur l'année à intervalles irréguliers. En contrepartie, la dérogation prévoit que, dès le 23^e dimanche travaillé dans l'année, chaque travailleur concerné a droit à une compensation de 25% de la durée du travail effectué pendant la période du dimanche. Dite décision a été publiée dans la Feuille fédérale (...).

C.

Par mémoire du 14 avril 2011, mis à la poste le même jour, le Syndicat X._____ (ci-après : le recourant 1) et Y._____ (ci-après : le recourant 2) ont recouru conjointement contre cette décision auprès du Tribunal administratif fédéral en concluant, sous suite de dépens, à son annulation.

A l'appui de leur conclusion, les recourants font valoir en substance que les trois conditions cumulatives mises à l'obtention d'une dérogation au sens de l'art. 28 de la loi sur le travail ne sont en l'espèce pas réalisées. Ils soutiennent en premier lieu que la dérogation entreprise n'est pas minime, en tant qu'elle réduit de 25% le nombre de dimanches libres prévu dans la législation. Ils relèvent ensuite que la procédure de consultation du personnel, ayant conduit à l'acceptation, par la majorité des travailleurs intéressés, du dépôt de la demande de dérogation, ne remplissait pas les exigences d'impartialité et de transparence permettant à celui-ci de se déterminer dans des conditions conformes au droit. Enfin, ils font valoir que la dérogation attaquée ne revêt pas un caractère indispensable, attendu que l'intimé a toujours indiqué qu'un refus de la

dérogation conduirait à une exploitation accrue des possibilités offertes par les horaires et à l'engagement de personnel supplémentaire, ce qui démontre que des alternatives à la dérogation existaient mais que l'intimé n'a pas jugé nécessaire de les explorer.

D.

Invité à se prononcer sur le recours, l'intimé a répondu le 9 juin 2011 en concluant, à titre de mesure provisionnelle, au retrait de l'effet suspensif au recours, puis à son rejet, sous suite de dépens. Il indique que la législation met les autres transports publics, comme les CFF et les entreprises de trolleybus concessionnaires, au bénéfice de dispositions plus souples en matière de dimanches de congé, dès lors qu'ils sont soumis à la législation fédérale sur la durée du travail qui prévoit 12 dimanches de congé dans la règle, de sorte que la situation légale actuelle serait clairement discriminatoire pour le transport aérien. Aussi, il considère que la dérogation querellée est minime par rapport aux 12 dimanches de congé qui sont la règle dans les transports publics. Il relève que l'aéroport de Zurich est par ailleurs au bénéfice d'une dérogation lui permettant de descendre à 15 dimanches de congé par année. Il indique ensuite que la Commission du personnel a donné son accord au dépôt de la demande de dérogation et qu'ensuite sept séances d'information ont été organisées en vue de renseigner le personnel concerné. Enfin, il soutient que la dérogation contestée présente un caractère indispensable, exposant notamment que les flux de voyageurs sont spécialement importants les samedis et dimanches ; que les horaires actuels ont été établis après négociations ; et que certaines activités des secteurs concernés, telles que celles du secteur sûreté passagers, nécessitent des formations particulières, de sorte qu'il est donc impossible d'engager du personnel pour le dimanche uniquement.

E.

Egalement invitée à se déterminer sur le recours, l'autorité inférieure en a proposé le rejet au terme de ses observations responsives du 10 juin 2011. Elle indique tout d'abord que l'expérience a montré que les entreprises actives dans le domaine spécifique des activités au sol de la navigation aérienne n'arrivaient pas dans la plupart des cas à accorder à leur personnel le nombre de dimanches de congé imposé par la loi, de sorte que beaucoup de ces entreprises avaient demandé des dérogations visant à réduire le nombre minimum de dimanches libres par année à 20. Elle expose ensuite que l'intimé a démontré que des difficultés extraordinaires l'empêchaient de respecter la règle des 26 dimanches de congé, vacances non comprises, en présentant des cas concrets de

collaborateurs qui par le passé avaient dû être appelés à travailler plus que les 23 dimanches prévus par la loi. Elle mentionne encore que les règles strictes prévalant en matière de sécurité sur le domaine aéroportuaire engendrent non seulement un volume de travail supplémentaire mais également la nécessité d'une formation accrue, ce qui empêche le recours à du personnel d'appoint uniquement pour le travail du dimanche. Elle relève enfin que, dès lors que ce sont les travailleurs qui doivent donner leur consentement, il était correct d'organiser des réunions d'information et de procéder à un vote secret, de sorte que la procédure choisie paraît appropriée.

F.

Par décision incidente du 11 juillet 2011, le Tribunal administratif fédéral a, après avoir invité les recourants et l'autorité inférieure à se déterminer sur cette question, retiré l'effet suspensif au recours.

G.

Invités à répliquer, les recourants ont répondu le 15 juillet 2011. Exposant que le caractère minime de la dérogation doit s'apprécier tant du point de vue de la période visée que de la période pour laquelle elle est autorisée, ils font valoir que la dérogation attaquée est accordée pour une durée de trois ans mais que, compte tenu des arguments avancés par l'intimé et l'autorité inférieure, elle sera forcément destinée à être reconduite. Ils réaffirment ensuite que la procédure de consultation des travailleurs ne s'est pas déroulée de manière conforme au droit, notamment aux motifs que le processus d'information des travailleurs n'a débuté que deux semaines avant le vote et de manière dénuée d'objectivité ; le cercle des votants n'a pas été défini de manière satisfaisante et paraît comprendre du personnel auxiliaire engagé au mois ou à l'heure ; et enfin la consultation est intervenue "en bloc" et non en fonction de chaque service contrairement aux engagements pris par l'intimé dans ce contexte. Quant au caractère indispensable de la dérogation, ils rappellent que des solutions alternatives existent et précisent, s'agissant du service sûreté passagers, que, dans un premier temps et de l'aveu même du responsable des ressources humaines de l'intimé, le recours à un mandataire externe et l'acquisition d'un nouveau logiciel de planification pouvaient résoudre le problème des dimanches de congé.

H.

Invité à dupliquer, l'intimé a répondu le 22 août 2011, en relevant qu'il a l'obligation de respecter les exigences posées par sa mission, soit d'être fonctionnel 7 jours sur 7, et qu'il n'a donc pas le choix de s'y soustraire, le

travail du dimanche faisant ainsi partie de sa mission. Dans le cadre de l'examen du caractère indispensable de la dérogation, il indique qu'il existe probablement des solutions mais qui nécessitent une refonte totale des horaires, laquelle ne permettrait plus leur visibilité. Il ajoute qu'il n'est en outre pas certain qu'une refonte totale des horaires permettrait dans tous les cas de respecter la règle des 26 dimanches. Aussi, il considère que la dérogation entreprise permet d'éviter de devoir changer les horaires contre la volonté du personnel et, le cas échéant, d'être tout de même contraint de solliciter une dérogation. Il indique encore que la dérogation ne peut être accordée qu'à l'entreprise pour certains secteurs et non directement à un secteur ou à un autre ; il ne peut donc pas y avoir de vote fractionné mais une consultation de l'ensemble du personnel concerné. Enfin, il relève que la problématique des 26 dimanches de congé était connue du personnel et du recourant 1 depuis plusieurs années.

I.

Egalement invitée à dupliquer, l'autorité inférieure a répondu le 22 août 2011, en précisant notamment que la législation sur le travail ne faisait pas de distinction entre un travailleur fixe et un travailleur auxiliaire. Dès lors qu'une dérogation sera aussi appliquée aux travailleurs auxiliaires, ceux-ci doivent donc également avoir la possibilité de s'exprimer.

J.

Par lettre du 3 octobre 2011, le Tribunal administratif fédéral a, se référant à une décision du Conseil fédéral du 29 janvier 1969, invité les parties, en application de leur droit d'être entendues, à se prononcer sur l'applicabilité de l'art. 28 de la loi sur le travail, sur lequel se fonde la décision attaquée, aux employeurs qui ne sont pas soumis à l'obligation de solliciter une autorisation pour occuper des travailleurs pendant tout ou partie de la nuit, du dimanche ou de manière continue.

K.

Les recourants ont répondu le 14 octobre 2011, en exposant que cette disposition ne trouvait pas application dans le cas d'espèce. Ils indiquent en substance qu'il ressort d'une interprétation littérale de l'art. 28 de la loi sur le travail que celui-ci n'est applicable que lorsque l'autorité délivre un permis concernant la durée du travail, ce qui n'est pas le cas en l'occurrence, attendu que, selon l'ordonnance 2 relative à la loi sur le travail, applicable au personnel au sol du secteur de la navigation aérienne, l'employeur est exempté de l'obligation de solliciter une autorisation pour occuper celui-ci pendant la totalité du dimanche.

L.

L'autorité inférieure a répondu le 14 octobre 2011. Elle soutient quant à elle que dite disposition est applicable et qu'une dérogation était donc envisageable dans le cas d'espèce. Elle fait valoir en substance que l'ordonnance 2 relative à la loi sur le travail n'exclut pas les entreprises tombant sous son champ d'application du régime général d'autorisation. Elle relève par ailleurs que si l'on suivait l'idée selon laquelle toutes les entreprises de branches réglées dans ladite ordonnance étaient privées de la possibilité de faire une demande d'autorisation quand elles ont un besoin particulier justifiant une exception, on créerait une inégalité de traitement par rapport aux autres entreprises.

M.

L'intimé a répondu le 10 novembre 2011, dans un délai prolongé. Tout comme l'autorité inférieure, il soutient que l'art. 28 de la loi sur le travail trouve application en l'espèce. Il fait notamment valoir que, depuis l'entrée en vigueur de la nouvelle ordonnance 2 relative à la loi sur le travail, l'autorité inférieure a délivré un nombre important de dérogations fondées sur cette disposition, tant pour des entreprises occupant du personnel au sol dans le secteur de la navigation aérienne que dans d'autres domaines et que l'application de cet article pour ces dérogations n'a jamais été remise en question. Il expose en outre qu'en raison de circonstances exceptionnelles et nécessitant des dérogations appropriées au domaine d'application, l'autorité inférieure a même été amenée à rendre des autorisations globales fondées sur cette disposition, valables pour l'entier du territoire suisse pendant une période déterminée, précisant que dans le domaine des hôpitaux cliniques par exemple, le travail supplémentaire effectué le dimanche était devenu totalement indispensable. Il relève que l'art. 28 de la loi sur le travail a permis, dans le domaine de la navigation aérienne, des dérogations sans lesquelles les aéroports de Z._____ et de Zurich n'auraient plus pu fonctionner. Aussi, sans les dérogations octroyées, qui sont de durée limitée et qui font, au cas par cas, l'objet d'un examen approfondi par l'autorité inférieure, l'avenir économique de ces deux aéroports est en danger.

Les arguments avancés de part et d'autre au cours de la présente procédure seront repris plus loin dans la mesure où cela s'avère nécessaire.

Droit :

1.

Le Tribunal administratif fédéral est compétent pour statuer sur le présent recours (art. 31, 32 et 33 let. d de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral [LTAF, RS 173.32] et art. 5 al. 1 let. a de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative [PA, RS 172.021]).

A teneur de l'art. 48 al. 2 PA, toute personne, organisation ou autorité qu'une autre loi fédérale autorise à recourir a qualité pour recourir. L'art. 58 de la loi fédérale du 13 mars 1964 sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (LTr, RS 822.11) donne cette qualité aux associations des employeurs et des travailleurs intéressés. Sont ainsi visées en première ligne les associations professionnelles qui comptent parmi leurs membres des travailleurs directement touchés par la décision attaquée. Le Tribunal fédéral a également reconnu la qualité pour recourir à chaque association de travailleurs de la branche concernée qui a pour but la défense des intérêts professionnels, économiques, sociaux ou culturels de ses membres sans qu'il soit nécessaire d'examiner si les travailleurs concernés sont ou non membres de l'association. Les associations d'employeurs ou de travailleurs doivent prévoir dans leurs statuts une disposition les habilitant à défendre les intérêts de leurs membres (cf. BENOÎT BOVAY in : Thomas Geiser/Adrian von Kaenel/Rémy Wyler, Commentaire de la loi sur le travail, Berne 2005, p. 620 ad art. 58 ; arrêt du Tribunal administratif fédéral [TAF] B-2257/2010 du 15 octobre 2010 consid. 1.2.1).

En l'espèce, le recourant 1 est une association au sens des art. 60 ss du code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC, RS 210) qui 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. 1 et 2 al. 1 des statuts du Syndicat X._____, édition 2008 [ci-après : les statuts]). Il a pour but de sauvegarder et de promouvoir les intérêts professionnels, économiques, sociaux, politiques et culturels du personnel travaillant dans les services publics (art. 3 al. 1 des statuts). Le recourant 1 a dès lors qualité pour recourir, attendu que la décision attaquée vise une partie du personnel au sol de l'aéroport Z._____.

La qualité pour recourir doit également être reconnue au recourant 2, dès lors qu'il est employé auprès du service sûreté passagers, visé par la décision entreprise (cf. art. 48 al. 1 PA). Les autres conditions de recevabilité sont en outre respectées (cf. art. 11, 50, 52, 63 al. 4 PA).

Le recours est ainsi recevable.

2.

Selon l'art. 18 al. 1 LTr, il est interdit d'occuper des travailleurs le dimanche. En principe, le travail dominical est interdit en raison de ses conséquences néfastes sur la vie familiale et sociale. 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 possibles, 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 (cf. ATF 116 Ib 284 consid. 4a, 120 Ib 332 consid. 3a).

La LTr prévoit toutefois plusieurs exceptions à l'interdiction du travail dominical. Les dérogations à cette interdiction sont en principe soumises à autorisation (art. 19 al. 1 LTr). Les conditions mises à l'obtention de ces dérogations sont précisées aux art. 27 et 28 de l'ordonnance 1 du 10 mai 2000 relative à la loi sur le travail (OLT 1, RS 822.111). A côté de ce régime dérogatoire soumis à autorisation, l'art. 27 al. 1 LTr prévoit que certaines catégories d'entreprises ou de travailleurs peuvent, dans la mesure où leur situation particulière le rend nécessaire, être soumises par voie d'ordonnance à des dispositions spéciales remplaçant en tout ou en partie certaines prescriptions légales. Les dispositions légales auxquelles il peut être dérogé par ordonnance sont énoncées de manière exhaustive. Il s'agit des art. 9 à 17a, 17b al. 1, 18 à 20, 21, 24, 25, 31 et 36 LTr. Des dispositions dérogatoires peuvent être édictées pour les catégories d'entreprises ou de travailleurs énumérées de manière exemplative à l'art. 27 al. 2 LTr, soit notamment pour le personnel au sol des transports aériens (let. k). Le Conseil fédéral a fait usage de la délégation de compétence prévue à l'art. 27 al. 1 LTr en promulguant l'ordonnance 2 du 10 mai 2000 relative à la loi sur le travail (OLT 2, RS 822.112), laquelle a abrogé l'ordonnance II du 14 janvier 1966 concernant l'exécution de la loi fédérale sur le travail dans l'industrie,

l'artisanat et le commerce (aOLT II, RO 1966 119 1587 ch. III) (art. 53 OLT 2). Ce texte précise les possibilités de dérogations aux prescriptions légales en matière de durée du travail et de repos. Ces dispositions de remplacement sont ancrées aux art. 2 à 14 OLT 2. Les catégories d'entreprises et de travailleurs visées par ces normes dérogatoires sont énumérées aux art. 15 à 52 OLT 2, lesquels définissent également, pour chaque catégorie, les dispositions de l'OLT 2 applicables (cf. art. 1 OLT 2). Ainsi, l'art. 47 OLT 2, qui concerne le personnel au sol du secteur de la navigation aérienne, prévoit, à son al. 1, qu'est notamment applicable à celui-ci, l'art. 4 OLT 2 pour tout le dimanche. Sous la note marginale "dérogations à l'obligation de solliciter une autorisation pour le travail de nuit ou du dimanche ainsi que pour le travail continu", l'art. 4 al. 2 OLT 2 prévoit que l'employeur peut, sans autorisation officielle, occuper des travailleurs pendant la totalité ou une partie du dimanche. S'applique également au personnel au sol du secteur de la navigation aérienne, par renvoi de l'art. 47 al. 1 OLT 2, l'art. 12 al. 1 OLT 2 qui prévoit que le travailleur bénéficie d'au moins 26 dimanches de congé par année civile ; ils peuvent être répartis de manière irrégulière au cours de l'année civile, pour autant qu'un dimanche libre au minimum soit garanti par trimestre civil. Sont réputés personnel au sol du secteur de la navigation aérienne les travailleurs qui fournissent des prestations servant à garantir la bonne marche des services de vol (art. 47 al. 3 OLT 2).

3.

Le 13 octobre 2006, l'intimé a adopté le règlement sur la gestion du temps de travail pour le personnel de l'aéroport Z._____ (ci-après : RTT), entré en vigueur le 1^{er} janvier 2007. Selon l'art. 44 al. 2 1^{ère} phrase RTT, dans sa version modifiée au 7 décembre 2007, fondé sur l'art. 12 al. 1 OLT 2 et applicable aux membres du personnel n'exerçant pas un travail continu, ceux-ci bénéficiaient en principe d'au moins 26 dimanches de congé par année civile, "vacances comprises". La même règle valait également pour les membres du personnel exerçant un travail continu (cf. art. 51 al. 1 RTT). Par décision du 25 février 2009, faisant suite à une plainte du recourant 1, l'Office cantonal de l'inspection et des relations du travail du canton de S._____ (ci-après : l'OCIRT) a ordonné à l'intimé de corriger les art. 44 al. 2 et 51 al. 1 RTT, dans le sens où les dimanches coïncidant avec les vacances devaient être ajoutés aux 26 dimanches de congé, conformément à l'art. 21 al. 4 OLT 1. Selon la méthode de calcul ainsi définie par l'OCIRT dans sa décision du 25 février 2009, un travailleur disposant de cinq semaines de vacances devait dès lors bénéficier d'au moins 29 dimanches libres par année, soit

travailler au maximum 23 dimanches. Considérant qu'il se trouvait dans l'impossibilité de respecter ces prescriptions pour certains de ses services, l'intimé a sollicité et obtenu une dérogation à l'art. 12 al. 1 OLT 2 ramenant, pour les services visés, de 26 à 20 le nombre minimum de dimanches libres dus par année, avec effet rétroactif au 1^{er} janvier 2011.

En l'espèce, l'objet du litige consiste à déterminer si c'est à bon droit que l'autorité inférieure a accordé la dérogation contestée.

4.

La dérogation entreprise repose sur l'art. 28 LTr, lequel dispose que, "dans les permis concernant la durée du travail, l'autorité peut, à titre exceptionnel, apporter de minimes dérogations aux prescriptions de la loi et de l'ordonnance, lorsque l'application de ces prescriptions entraînerait des difficultés extraordinaires et que la majorité des travailleurs intéressés ou leurs représentants dans l'entreprise consentent à ces dérogations".

4.1. Dans une décision du 29 janvier 1969, le Conseil fédéral a retenu que l'art. 28 LTr – dont la teneur n'a subi aucune modification depuis l'entrée en vigueur de la LTr le 1^{er} février 1966 (cf. RO 1966 57, spéc. 68) – "n'est évidemment applicable que lorsque la loi ou l'ordonnance prévoit un permis". Il exposait que, dès lors que l'aOLT II établissait, pour certaines catégories d'entreprises ou de travailleurs, des dispositions spéciales sur la durée du travail et du repos – en l'occurrence, l'art. 134 aOLT II, selon lequel l'employeur pouvait, sans autorisation officielle, ordonner le travail du dimanche –, ces dispositions s'appliquaient en lieu et place des prescriptions générales de la loi auxquelles lesdites catégories étaient soustraites – en l'occurrence, l'art. 19 LTr soumettant à autorisation les dérogations à l'interdiction de travailler le dimanche (RO 1966 57, spéc. 65) –, de sorte qu'il était inadmissible d'appliquer, en plus des dispositions spéciales de l'aOLT II, les prescriptions générales de la loi et la procédure d'autorisation qu'elles régissent. Partant, l'autorité devait in casu s'abstenir de délivrer un permis en vertu de la loi même et, par conséquent, d'accorder une dérogation fondée sur l'art. 28 LTr (cf. décision du Conseil fédéral du 29 janvier 1969, publiée in : Droit du Travail et Assurance-chômage, Bulletin de l'Office fédéral de l'industrie, des arts et métiers et du travail, Berne 1969, p.1 ss).

Cette jurisprudence a été reprise par une partie de la doctrine. Par Karl Wegmann tout d'abord qui, sous l'empire de l'aOLT II, relevait que "ne

sont pas autorisées les dérogations dépassant les limites des dispositions de l'OLT II et selon lesquelles l'employeur peut ordonner un certain horaire de travail sans autorisation officielle" (cf. KARL WEGMANN in : Walther Hug, Commentaire de la loi fédérale sur le travail, Berne 1971, p. 238 ad art. 28). Par Olivier Subilia ensuite qui expose que l'art. 28 LTr ne se conçoit que comme un système d'exception aux normes dont l'application est contrôlée par l'autorité administrative par le biais du permis mais non comme une règle dérogatoire générale. Selon cet auteur, bien que le champ d'application de l'art. 28 LTr paraisse très large – "minimes dérogations aux prescriptions de la loi et de l'ordonnance", sans préciser lesquelles –, il ne peut pas fonder des exceptions aux prescriptions légales lorsque celles-ci ne font pas l'objet d'un régime d'autorisation. Ainsi, il indique que l'art. 28 LTr trouve application aux cas suivants : prolongation de la durée maximum de la semaine de travail (art. 9 LTr) ; travail de nuit (art. 17 al. 5 et 17e LTr), travail du dimanche (art. 19 LTr) et travail continu (art. 24 LTr) (cf. OLIVIER SUBILIA in : Geiser/von Kaenel/Wyler, op. cit., N^{os} 3 ss ad art. 28).

L'autorité inférieure et l'intimé soutiennent tous deux que l'art. 28 LTr trouve application dans le cas d'espèce. Ils font valoir que l'argumentation développée dans la décision du Conseil fédéral ne peut plus être suivie aujourd'hui en raison des modifications intervenues avec l'entrée en vigueur de l'OLT 2 le 1^{er} août 2000. Ils relèvent en effet que, contrairement à l'aOLT II, sur laquelle se fonde la décision du Conseil fédéral, qui citait expressément dans l'article correspondant les dispositions de la LTr auxquelles il était soustrait et les dispositions de l'aOLT II auxquelles il était soumis en lieu et place, l'OLT 2 mentionne uniquement les dérogations possibles ; elle ne précise plus les prescriptions légales qui seraient inapplicables. Aussi, l'autorité inférieure indique que le but poursuivi par l'OLT 2 est de préciser les possibilités de dérogations les plus courantes pour libérer les entreprises concernées de la procédure d'autorisation. Il ne s'agit donc pas d'exclure les entreprises concernées du régime ordinaire des dispositions de la LTr et de l'OLT 1. Celles-ci étant d'ailleurs applicables de toute façon et de manière impérative à toutes les questions qui ne sont pas réglées par l'OLT 2. Précisant que l'OLT 2 a entièrement abrogé l'aOLT II, y compris les dispositions déclarant l'art. 19 LTr inapplicable aux catégories d'entreprises spéciales, l'intimé soutient qu'aujourd'hui, l'art. 19 LTr, de même que l'art. 28 LTr, qui sont des dispositions générales de la LTr, sont applicables à toutes les entreprises visées par l'OLT 2. Rien dans la systématique actuelle de la loi ne permet de dire que ces articles sont inapplicables. Il indique encore que la révision de l'OLT 2 visait, selon le

message du Conseil fédéral concernant la modification de la LTr, à tenir compte des besoins de l'économie qui s'étaient modifiés. Aussi, il relève que, prétendre qu'il n'est pas possible d'obtenir des autorisations au cas par cas pour les catégories spéciales d'entreprises visées par l'OLT 2, irait à l'encontre de l'esprit de la révision. L'intimé allègue encore que le cadre fixé par l'OLT 2 constitue un nouveau cadre légal, auquel s'appliquent les règles générales de la LTr. Ainsi, si de légères dérogations sont possibles conformément à l'art. 28 LTr pour toutes les entreprises non soumises à l'OLT 2, il n'y a aucune raison que de légères dérogations, accordées au cas par cas, soient impossibles pour les entreprises dont l'activité, par définition, ne peut être exercée qu'en dérogation de la LTr. On ne voit en effet pas pourquoi les catégories d'entreprises visées par l'OLT 2 ne pourraient pas bénéficier de légères dérogations alors que leurs activités sont reconnues comme étant d'intérêt public. Si tel était le cas, il y aurait une inégalité de traitement par rapport aux entreprises non soumises à l'OLT 2. L'intimé fait enfin valoir que l'expression "dans les permis concernant la durée du travail", reprise de l'ordonnance portant exécution de la loi sur les fabriques, doit être interprétée en tenant compte des diverses modifications législatives intervenues et, en particulier, de la révision totale de l'OLT 2. Ainsi, il considère que, par cette expression, il faut entendre "dans le cadre d'une autorisation". Il note au surplus que l'art. 28 LTr parle précisément de dérogations aux prescriptions de la loi et de l'ordonnance, donc de l'OLT 2.

4.2. Comme le relèvent l'autorité inférieure et l'intimé, la décision susmentionnée du Conseil fédéral a été rendue sous l'empire de l'aOLT II dont la systématique était totalement différente de l'OLT 2 puisqu'elle indiquait pour chaque catégorie d'entreprises quelles étaient les dispositions inapplicables de la loi et édictait des normes spécifiques de remplacement. Or, bien que l'OLT 2 ne mentionne plus expressément les dispositions de la LTr auxquelles chaque catégorie d'entreprises ou de travailleurs est soustraite, se limitant à citer les dispositions de l'OLT 2 applicables, il n'en demeure pas moins que, si une entreprise est, comme en l'espèce, soumise à l'art. 4 al. 2 OLT 2, exemptant l'employeur de l'obligation de solliciter une autorisation pour le travail du dimanche, il va de soi que, par voie de conséquence, celle-ci est implicitement soustraite à l'art. 19 LTr, qui prévoit que les dérogations à l'interdiction de travailler le dimanche sont soumises à autorisation ; l'art. 4 al. 2 OLT 2 constituant, en application de l'art. 27 al. 1 LTr, une norme dérogatoire à l'art. 19 LTr (cf. consid. 2) (cf. Directives du SECO, publiées sur le site Internet : <http://www.seco.admin.ch/dokumentation/publikation/00009/00027/01569>

[/index.html?lang=fr](#), état novembre 2006, ad art. 4 OLT 2). A l'inverse, si une dérogation n'est pas formulée expressément dans l'OLT 2, ce sont les prescriptions relatives à la durée du travail contenues dans la LTr et dans l'OLT 1 qui s'appliquent de manière impérative (cf. Directives du SECO, état novembre 2006, ad art. 27 LTr).

L'autorité inférieure fait néanmoins valoir qu'une exclusion de l'application de la LTr serait d'autant plus difficile à admettre dans les cas où les dispositions spéciales de l'OLT 2 ne remplaceraient qu'en partie certaines dispositions de la LTr. Elle relève à cet effet que, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, la procédure d'autorisation prévue dans la LTr et l'OLT 1 reste aussi applicable aux entreprises déjà au bénéfice de dérogations en vertu de l'OLT 2.

L'autorité inférieure se prévaut ici de la jurisprudence rendue dans des hypothèses où l'exemption de l'obligation de solliciter un permis pour le travail du dimanche, respectivement de nuit, ne porte que sur une partie du dimanche ou de la nuit. Il n'est en effet pas contesté que si les entreprises concernées par cette hypothèse souhaitent occuper des travailleurs au-delà de l'intervalle non soumis à autorisation, elles sont tenues de solliciter le permis correspondant en application de l'art. 19 LTr (art. 17 LTr pour le travail de nuit) (cf. Directives du SECO ad art. 4 OLT 2 ; ATF 136 II 427/JdT 2011 I 133 consid. 3 cité par l'autorité inférieure). Or, ce cas de figure ne trouve pas application en l'espèce dès lors que l'art. 47 al. 1 OLT 2 dispose que l'art. 4 OLT 2 est applicable au personnel au sol du secteur de la navigation aérienne pour "tout le dimanche" (cf. consid. 2).

Il résulte de ce qui précède que le personnel au sol du secteur de la navigation aérienne, tombant sous le coup de la disposition dérogatoire sise à l'art. 4 al. 2 OLT 2 pour tout le dimanche, est soustrait au régime général d'autorisation prévu à l'art. 19 LTr, de sorte qu'il n'y a, à cet égard, pas lieu de s'écarter de la décision du Conseil fédéral, contrairement à ce que considèrent l'intimé et l'autorité inférieure.

4.3. Néanmoins, il reste à examiner si, comme cela ressort de la décision du Conseil fédéral et de la doctrine précitées, et comme le soutiennent également les recourants, l'art. 28 LTr ne trouve application que lorsque la loi prévoit un permis.

La loi s'interprète en premier lieu selon sa lettre – interprétation littérale –. Aussi, considérant le seul texte de la loi, il apparaît que le champ

d'application de l'art. 28 LTr ne s'étend qu'aux permis concernant la durée du travail. Selon la jurisprudence, il n'y a lieu de s'écarter du 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. A l'inverse, il n'y a lieu de se fonder sur la compréhension littérale du texte que s'il en découle, sans ambiguïté aucune, une solution matériellement juste (cf. ATAF 2007/48 consid. 6.1). Il apparaît, à la lecture de sa décision, que le Conseil fédéral s'est fondé sur la seule interprétation littérale de l'art. 28 LTr. Il en va de même des recourants qui considèrent que le texte légal est absolument clair et qu'il ne prête pas à plusieurs interprétations, de sorte que l'interprétation littérale prévaut.

Dans son message, le Conseil fédéral exposait, en relation avec cette disposition (art. 26 du projet de loi), que, "pour ce qui est des permis concernant la durée du travail, l'article 26 habilite l'autorité à déroger très légèrement aux prescriptions de la loi et de l'ordonnance, avec le consentement des travailleurs intéressés, lorsque l'application de ces prescriptions susciterait des difficultés extraordinaires" (cf. message du Conseil fédéral du 30 septembre 1960 concernant un projet de loi sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce [FF 1960 II 885], p. 964). Seule la question du consentement des travailleurs a été discutée au sein des Chambres fédérales (cf. Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale [BO] CN 1962 p. 223 et BO CE 1963 p. 51). Pour le reste, cette disposition a été adoptée par le législateur conformément au projet de loi élaboré par le Conseil fédéral. L'interprétation historique rejoint ainsi le sens révélé par l'interprétation littérale.

Néanmoins, il convient de ne pas perdre de vue que l'art. 27 al. 1 LTr énumère, de manière exhaustive (cf. Directives SECO ad art. 27 LTr), les dispositions de la LTr en matière de durée du travail et de repos auxquelles les catégories d'entreprises et de travailleurs soumises aux dispositions spéciales de l'OLT 2 sont soustraites en tout ou en partie. Or, l'art. 28 LTr, qui selon la systématique de la LTr constitue également une prescription en matière de durée du travail et de repos (cf. chapitre III LTr), ne figure pas au nombre des dispositions légales déclarées inapplicables (cf. consid. 2). L'absence de l'art. 28 LTr de la liste exhaustive contenue à l'art. 27 al. 1 LTr plaide pour une application de cette disposition aux employeurs exemptés de l'obligation de solliciter une

autorisation pour le travail de nuit, du dimanche et le travail continu en vertu de l'art. 4 OLT 2.

Il ressort du message du Conseil fédéral relatif à l'art. 27 LTr (art. 25 du projet de loi) que les prescriptions mentionnées à l'al. 1 sont celles qui ne peuvent être appliquées sans restriction aux entreprises non industrielles et à leur personnel. Aussi, est-il nécessaire d'établir des dispositions spéciales pour certaines catégories d'entreprises ou de travailleurs, notamment au sujet de la durée maximum du travail, du repos quotidien et du repos hebdomadaire, en tant que cela est indispensable en raison des circonstances particulières et malgré toutes les ressources qu'offrent les prescriptions générales (cf. FF 1960 II 885, spéc. 960). Le but de l'OLT 2 est ainsi de créer des dispositions dérogatoires pour des branches économiques ou des groupes de travailleurs pour lesquels le cadre du temps de travail fixé par la loi s'avère trop étroit (cf. Directives SECO ad art. 27 LTr). Or, l'art. 28 LTr ne constitue à l'évidence pas une disposition pour laquelle une dérogation s'avérerait indispensable au vu de la situation particulière des catégories d'entreprises et de travailleurs visées dans l'OLT 2.

Il résulte de ce qui précède que l'interprétation systématique, de même que l'interprétation téléologique de la loi conduiraient à s'écarter du sens révélé par les interprétations littérale et historique, et retenu par le Conseil fédéral et une partie de la doctrine, pour admettre l'application de l'art. 28 LTr en dehors de tout régime d'autorisation. Il s'ensuit que l'art. 28 LTr, à la lettre duquel l'autorité peut, "dans les permis concernant la durée du travail", apporter de minimes dérogations aux prescriptions de la loi et de l'ordonnance, devrait être compris au sens large, soit dans la mesure où le travail (en l'occurrence du dimanche) est autorisé, et ce qu'il le soit sur la base d'un permis, de la loi ou de l'ordonnance. Il sied en effet d'observer qu'en édictant l'art. 4 OLT 2, selon lequel l'employeur peut, sans autorisation officielle, occuper des travailleurs pendant la totalité ou une partie de la nuit, du dimanche ou de manière continue, le Conseil fédéral a autorisé, en dehors de toute procédure, le travail de nuit, du dimanche et le travail continu. En contrepartie, il a fixé les règles dans lesquelles celui-ci devait s'effectuer ; il a défini l'étendue des dérogations pour chaque catégorie d'entreprises ou groupe de travailleurs (cf. consid. 2), de sorte que les employeurs visés par la section 3 de l'OLT 2 sont, en vertu de l'ordonnance, d'ores et déjà au bénéfice d'une autorisation.

La question de l'applicabilité de l'art. 28 LTr peut néanmoins rester indécise en l'espèce, dès lors qu'il s'avère que les conditions cumulatives mises à l'obtention d'une dérogation sur la base de l'art. 28 LTr ne sont dans tous les cas pas toutes réunies.

5.

L'art. 28 LTr fixe trois conditions cumulatives à son application, de sorte que le défaut d'une seule entraîne obligatoirement le rejet de la demande de dérogation. Ainsi, la dérogation doit être minime ; l'application des prescriptions de la loi ou de l'ordonnance doit entraîner des difficultés extraordinaires ; et la majorité des travailleurs intéressés ou leurs représentants dans l'entreprise doivent consentir à la dérogation.

Les notions de "minimes dérogations" et "difficultés extraordinaires" ne sont codifiées ni dans la loi ni dans l'ordonnance. Il s'agit de notions juridiques indéterminées sujettes à interprétation (cf. arrêt du TAF B-771/2009 du 18 septembre 2009 consid. 6.1). En principe, l'autorité de recours examine librement l'interprétation et l'application de telles notions. Cependant, elle observe une retenue dans cet examen lorsque l'application de telles normes fait par exemple appel à des éléments de nature technique ou à des circonstances locales dont l'autorité inférieure aurait une meilleure connaissance que l'autorité de recours. Ce faisant, elle reconnaît à l'autorité inférieure une certaine latitude de jugement ("Beurteilungsspielraum") et n'intervient pas tant que l'interprétation de l'autorité inférieure paraît défendable (cf. arrêt du TAF B-771/2009 précité consid. 4.1 ; ATF 119 Ib 254 consid. 2b ; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, Zurich/St-Gall 2010, 6^e éd., p. 103). En l'espèce, l'autorité inférieure étant l'autorité compétente pour autoriser les dérogations mentionnées à l'art. 28 LTr, elle dispose de ce fait d'une meilleure vue d'ensemble et, par là même, d'une base de comparaison beaucoup plus grande que l'autorité de recours, de sorte que la jurisprudence lui reconnaît une certaine latitude de jugement dans l'interprétation et l'application de ces deux notions (cf. arrêt du TAF B-771/2009 précité consid. 6.1).

5.1. Il est impossible de répondre par une formule abstraite à la question de savoir jusqu'où une dérogation peut être considérée comme minime. C'est à chaque fois à l'autorité compétente qu'il appartient d'en juger. L'art. 28 LTr accorde ainsi aux autorités compétentes un certain pouvoir d'appréciation dont elles doivent user avec toute la retenue nécessaire et toujours en prenant en compte les conséquences sur l'ordre juridique. Outre l'ampleur de la dérogation, l'autre facteur pertinent est la durée

pour laquelle la dérogation doit être octroyée. L'élément décisif pour l'appréciation d'une dérogation est de savoir si elle ne fait pas perdre leur substance aux dispositions de la loi, dont le but est de protéger les travailleurs. Si, par l'imposition de conditions particulières, le souci de protection de la loi est respecté, une dérogation peut être accordée sur la base de l'art. 28 LTr (cf. WEGMANN in : Hug, op. cit., p. 238 ad art. 28 ; SUBILIA in : Geiser/von Kaenel/Wyler, op. cit., p. 391 ad art. 28 ; Directives du SECO, état novembre 2006, ad art. 28 LTr ; arrêt du TAF B-771/2009 précité consid. 6.2).

5.1.1. Au sens littéral, minime ("geringfügig", "lievi") signifie très petit, peu important, infime ou encore insignifiant (cf. Le Petit Robert de la langue française 2012, publié en version numérique sur le site Internet : <http://pr.bvdep.com/>). Dans son message relatif à l'art. 28 LTr, le Conseil fédéral indiquait que cette disposition habilitait l'autorité à déroger "très légèrement" aux prescriptions de la loi et l'ordonnance. Cet aspect de la loi n'a pas été discuté au sein des Chambres fédérales (cf. consid. 4.3).

Dans la pratique, il a notamment été retenu qu'une dérogation fixant à 4h30 le début du travail de jour pour des travailleurs en équipes au lieu de 5h tel que prévu à l'art. 10 al. 2 LTr constituait une dérogation minime, dès lors que les besoins familiaux et sociaux des travailleurs demeuraient suffisamment protégés et qu'aucun motif relatif à la santé ne s'opposait à ce que le début de la journée de travail soit avancé d'une demi-heure. Par ailleurs, aucun motif d'ordre scientifique ne commandait de fixer la limite du début du travail de jour à 5h (cf. arrêt du TAF B-771/2009 précité consid. 6.3 et réf. cit.). En revanche, il a été jugé que le fait de ramener la limite du travail de jour pour les femmes de 6 à 3 heures ne constituait pas une dérogation minime (cf. arrêt du Tribunal fédéral [TF] du 12 août 1994 consid. 2b, publié partiellement in : Jahrbuch des Schweizerischen Arbeitsrechts [JAR] 1995, p. 247 ss).

En l'espèce, la dérogation attaquée réduit, pour une période de trois ans, de 26 à 20 – soit une réduction de 23% – le nombre minimum de dimanches de congé auquel a droit, par année, le personnel au sol du secteur de la navigation aérienne en vertu de l'art. 12 al. 1 OLT 2. En contrepartie, la dérogation prévoit que, dès le 23^e dimanche dans l'année, chaque travailleur concerné a droit à une compensation de 25% de la durée du travail effectué pendant la période du dimanche.

5.1.2. La règle des 26 dimanches libres par année trouve sa source dans l'art. 20 al. 1 LTr, qui part du principe selon lequel le jour de repos

hebdomadaire doit avoir lieu un dimanche au moins une fois par tranche de deux semaines, ce qui porte le nombre de dimanches de congé à un minimum de 26 par année civile (cf. Directives du SECO, état novembre 2006, ad art. 12 OLT 2). Dans son projet relatif à l'art. 20 al. 1 LTr (art. 18 al. 1 du projet de loi), le Conseil fédéral prévoyait que le jour de repos hebdomadaire devait coïncider avec un dimanche au moins une fois toutes les trois semaines (cf. FF 1960 II 885, spéc. 1020). Lors des débats parlementaires, la Commission du Conseil national a néanmoins proposé de revenir à la pratique actuelle, soit telle qu'elle découlait de la loi fédérale du 18 juin 1914 sur le travail dans les fabriques (RO 30 539) – abrogée partiellement par la LTr (art. 72 al. 1 let. b LTr) –, et donc de modifier le projet de loi, en ce sens que le jour de repos hebdomadaire devait coïncider avec un dimanche une fois toutes les deux semaines au moins (cf. BO CN 1962 p. 218). Cette règle, dérogeant au principe de l'interdiction du travail du dimanche, a pour but de protéger le travailleur des conséquences néfastes du travail dominical sur la vie familiale et sociale notamment (cf. art. 110 al. 1 let. a de la constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 [Cst., RS 101]). A noter encore que c'est dans le cadre de la révision totale de l'OLT 2, entrée en vigueur en 2000, que le Conseil fédéral a décidé d'octroyer au personnel au sol du secteur de la navigation aérienne 26 dimanches de congé par année ; l'aOLT II prévoyant, à son art. 61 al. 2, seuls 20 dimanches libres par année pour le personnel au sol des transports aériens (RO 1966 119, spéc. 133).

5.1.3. Au regard du caractère exceptionnel du travail du dimanche, des raisons pour lesquelles il est en principe interdit, de la volonté du législateur de protéger les travailleurs occupés le dimanche et de la volonté récente et actuelle du Conseil fédéral d'augmenter de 20 à 26 le nombre minimum de dimanches de congé par année pour le personnel au sol du secteur de la navigation aérienne, il y a lieu de retenir qu'un abaissement de l'ordre de 23% du nombre de dimanches libres annuels pendant trois ans tend à vider l'art. 12 al. 1 OLT 2 de sa substance. Ainsi, contrairement à ce qu'a retenu l'autorité inférieure, une telle dérogation ne saurait en aucun cas être qualifiée de minime. Le repos compensatoire accordé dès le 23^e dimanche travaillé n'est en outre pas de nature à remédier aux conséquences néfastes du travail dominical. Partant, il y a lieu de retenir que la dérogation attaquée viole l'art. 28 LTr.

5.1.4. Néanmoins, il ressort du dossier que l'autorité inférieure a accordé des dérogations, fondées sur l'art. 28 LTr, ramenant à 20 la limite annuelle des dimanches de congé fixée à l'art. 12 al. 1 OLT 2, à 28

entreprises actives dans le domaine spécifique des activités au sol de la navigation aérienne. L'autorité inférieure considère que la situation de l'intimé est comparable à celles ayant prévalu pour d'autres dérogations déjà accordées, de sorte que le principe de l'égalité de traitement lui imposait en l'espèce de procéder de la même manière.

En tant qu'employeur occupant du personnel au sol du secteur de la navigation aérienne au sens de l'art. 47 al. 3 OLT 2 et, partant, soumis à la prescription de l'art. 12 al. 1 OLT 2 concernant les dimanches de congé, l'intimé se trouve dans une situation identique à celles des 28 entreprises précitées auxquelles l'autorité inférieure a accordé des dérogations réduisant à 20 le nombre minimum de dimanches de congé à octroyer par année. Aussi, il convient d'examiner si l'intimé doit être mis au bénéfice de l'égalité dans l'illégalité.

Sauf exception, le principe de la légalité de l'activité administrative (cf. art. 5 al. 1 Cst.) l'emporte sur celui de l'égalité (cf. ATF 126 V 390 consid. 6a). En conséquence, le justiciable ne peut généralement pas se prétendre victime d'une inégalité devant la loi, lorsque celle-ci est correctement appliquée à son cas, alors qu'elle aurait été faussement, voire pas du tout, appliquée dans d'autres cas (cf. ATF 132 II 485 consid. 8.6). Cela présuppose cependant, de la part de l'autorité dont la décision est attaquée, la volonté d'appliquer correctement à l'avenir les dispositions légales en question ; en effet, le citoyen ne peut prétendre à l'égalité dans l'illégalité que s'il y a lieu de prévoir que l'administration persévéra dans l'inobservation de la loi (cf. ATF 127 I 1 consid. 3a). En principe, si l'autorité ne s'exprime pas sur ses intentions futures, le Tribunal fédéral présume qu'elle se conformera à la loi à l'avenir (cf. ATF 115 Ia 81/JdT 1991 IV 2 consid. 2). Pour retenir l'exception, il est également nécessaire que l'autorité n'ait pas respecté la loi, non pas dans un ou quelques cas isolés, mais selon une pratique constante (cf. ATF 132 II 485 consid. 8.6). Enfin, il faut qu'aucun intérêt public (ou privé) prépondérant au respect de la légalité n'impose de donner la préférence à celle-ci au détriment du principe d'égalité de traitement (cf. ATF 123 II 248 consid. 3c). C'est seulement lorsque toutes ces conditions sont remplies que le citoyen est en droit d'exiger, à titre exceptionnel, le bénéfice de l'égalité dans l'illégalité (cf. arrêt du TF 2C_657/2009 du 5 mai 2010 consid. 3.3).

En l'espèce, l'autorité inférieure n'expose pas dans ses écritures les motifs pour lesquels elle considère la dérogation contestée comme minime. Elle se restreint à indiquer que son expérience a montré que les

entreprises actives dans le domaine spécifique des activités au sol de la navigation aérienne n'arrivaient pas dans la plupart des cas, compte tenu des particularités du domaine aéroportuaire, à accorder le nombre de dimanches de congé imposé par l'art. 47 OLT 2 à leur personnel. L'autorité inférieure se doute-t-elle peut-être du caractère discutable des dérogations qu'elle octroie sur cette base. Ce nonobstant, rien ne laisse penser en l'espèce que celle-ci persistera, après l'entrée en force du présent arrêt, dans cette pratique dont l'illégalité aura été établie par un Tribunal. Elle n'exprime par ailleurs pas ses intentions dans le cas où une telle hypothèse devrait se réaliser.

Sur le vu de ce qui précède, il y a lieu de retenir que l'intimé ne saurait être mis au bénéfice de l'égalité dans l'illégalité. La dérogation attaquée ne satisfaisant ainsi pas à la première des conditions cumulatives mises à son octroi, elle doit être annulée.

Au reste, l'autorité inférieure relève elle-même dans sa réponse au recours que sa pratique tendant à agir par le biais d'autorisations individuelles n'est pas sans poser problème et qu'une éventuelle adaptation de l'art. 47 OLT 2 pourrait s'avérer nécessaire. On peut à cet égard par ailleurs légitimement se demander, au vu des dispositions de l'OLT 2, pourquoi les entreprises de services aux voyageurs, soit les points de vente et entreprises de prestation de services situés dans le périmètre de gares, aéroports, stations de transports publics et dans les localités frontalières, ainsi que les entreprises de services de l'aéroport Z._____ sont, quant à elles, en revanche soumises à l'art. 12 al. 2 OLT 2, lequel prévoit que le travailleur bénéficie d'au moins douze dimanches de congé par année civile (art. 26 al. 2 et 4 OLT 2 et 26a al. 1 OLT 2 en relation avec l'art. 1 al. 2 de l'ordonnance du DFE du 16 juin 2006 concernant la désignation des gares et aéroports visés à l'art. 26a al. 2 OLT 2 [RS 822.112.1]).

5.2. Nonobstant ce qui précède, le Tribunal poursuit toutefois l'examen des deux autres conditions mises à l'application de l'art. 28 LTr. Ainsi, comme exposé plus haut, celui-ci subordonne également l'octroi d'une dérogation à la condition que l'application des prescriptions de la loi ou de l'ordonnance entraîne des difficultés extraordinaires. Celles-ci ne doivent pas être le résultat d'une mauvaise organisation de l'employeur mais découler de circonstances objectives, telles que, par exemple, l'horaire des transports en commun, l'absence de personnel due au service militaire, à des maladies ou à des accidents. En outre, cette solution ne doit intervenir que s'il n'est pas possible d'imposer à l'employeur d'autres

mesures susceptibles de parer à ces difficultés. Il ne faut pas qu'une mesure moins contraignante soit possible en lieu et place de celle proposée (cf. WEGMANN in : Hug, op. cit., p. 238 ss ad art. 28 ; SUBILIA in : Geiser/von Kaenel/Wyler, op. cit., N° 6 ad art. 28).

En l'espèce, l'intimé expose que les flux de voyageurs sont spécialement importants les samedis et les dimanches, de sorte qu'à l'époque de l'établissement du RTT en 2007, il pouvait tout juste respecter la règle des 26 dimanches, "vacances comprises". Seulement, il soutient que, depuis la modification des art. 44 et 51 RTT, qui disposent dorénavant que le travailleur bénéficie d'au moins 26 dimanches libres, "vacances non comprises" (cf. consid. 3), et compte tenu d'une augmentation du trafic aérien de l'ordre de 13,6% entre 2006 et 2010, il est dans l'impossibilité d'accorder les 26 dimanches de congé annuels prévus par l'art. 12 al. 1 OLT 2 au personnel des services visés par la dérogation.

5.2.1. La dérogation attaquée s'applique au personnel des services AAU (plans de vols et informations aux pilotes), AMS (guidage au sol des aéronefs), APS (positionnement des aéronefs au sol), sûreté passagers (contrôle sûreté des passagers), Piste (transport des passagers et conduite des véhicules *follow me* destinés à guider des aéronefs sur la piste), SSA (sections feu, section5/surveillance, transmissions [services d'urgence : sapeurs d'aviation, liaison radio, alarmes, etc.]). L'examen du dossier montre qu'une partie du personnel de ces services a, au cours de l'année 2009, travaillé au-delà des 23 dimanches autorisés par l'art. 12 al. 1 OLT 2. Il ressort en effet d'un tableau produit par l'intimé que, dans le service "sûreté passagers", 137 personnes sur 208 ont travaillé entre 24 et 39 dimanches en 2009 ; dans le service "sapeurs d'aviation", 11 personnes sur 73 ont travaillé entre 24 et 28 dimanches ; dans le service "section5/surveillance" 2 personnes sur 70 ont travaillé 24 dimanches ; dans le service "transmissions", 9 personnes sur 12 ont travaillé entre 24 et 31 dimanches ; dans le service "AAU", 4 personnes sur 12 ont travaillé entre 24 et 26 dimanches ; dans le service "AMS", 11 personnes sur 14 ont travaillé entre 24 et 29 dimanches ; dans le service "Piste-Bus", 42 personnes sur 63 ont travaillé entre 24 et 28 dimanches ; dans le service "APS", 7 personnes sur 9 ont travaillé entre 24 et 29 dimanches. Ce tableau met encore en évidence d'autres services pour lesquels le nombre de dimanches travaillés autorisé est dépassé (par ex : le service "nettoyage"). L'intimé relève cependant ne pas avoir requis de dérogation pour ces services, exposant avoir renoncé, chaque fois qu'il le pouvait, à des prestations le dimanche dont la suppression ne mettait pas en péril l'exploitation de l'aéroport. Dans sa demande de dérogation notamment,

l'intimé indiquait que le service SSA pouvait sembler être touché dans une moindre mesure par le non-respect de la limite des 23 dimanches travaillés. Néanmoins, il estimait qu'en raison de son caractère de service d'urgence, celui-ci devait être mis au bénéfice d'une dérogation du fait qu'il pouvait en tout temps, selon les circonstances, être appelé à venir travailler les dimanches pour des raisons opérationnelles particulières ou pour venir en renfort à une équipe en place, voire remplacer des absents. Il suffit de conditions météorologiques mauvaises, d'un incendie ou d'un accident de piste pour que le nombre de dimanches travaillés augmente. Faire face à ces événements imprévisibles fait partie des missions de cette division. Un "service réduit" n'est pas envisageable au sein du SSA, puisque cela entraînerait une fermeture de l'aéroport. Il ressort du dossier qu'au cours de l'année 2010, encore davantage de collaborateurs occupés auprès desdits services ont travaillé au-delà des 23 dimanches autorisés.

Il résulte de ce qui précède que, compte tenu des horaires actuels, il n'est pas possible, dans les services visés par la dérogation, de respecter la prescription réglementaire en matière de dimanches de congé. Ce faisant, il convient d'examiner si la dérogation attaquée est nécessaire ou s'il existe des mesures moins contraignantes pour parer à ces difficultés.

5.2.2. Il ressort du dossier qu'en cas de refus de la dérogation litigieuse, l'intimé prévoyait de réorganiser les horaires, puis, pour les services sûreté passagers et piste, de recourir à la sous-traitance des dimanches auprès d'entreprises externes, de sorte à pouvoir libérer les 26 dimanches de congé.

Les recourants relèvent à cet égard que l'intimé recourt déjà de manière massive à des auxiliaires dans le service sûreté passagers, indiquant qu'au 31 décembre 2010, l'effectif de personnel fixe de ce service s'élevait à 170 personnes, contre 49 auxiliaires mensuels, 10 auxiliaires "à l'heure" et 39 auxiliaires "charter". Ils ajoutent que nombre d'entre eux, tout comme le personnel fixe, sont occupés à temps partiel et disposent donc d'une formation adéquate. Aussi, ils en concluent que cette ressource est très facilement mobilisable, dès lors que ce personnel à temps partiel souhaiterait dans sa grande majorité accroître son temps de travail. Ils relèvent encore que les auxiliaires "à l'heure" et "charter" disposent au surplus d'une formation allégée pouvant être rapidement dispensée, de sorte que leur nombre peut être facilement augmenté. Par ailleurs, ils indiquent que la proportion d'auxiliaires par rapport au personnel fixe et disposant d'une formation complète s'est sensiblement

accrue depuis le 31 décembre 2005 ; l'intimé s'accommodant de longue date d'une proportion importante de personnel dont la formation ne répond pas aux exigences de l'Office fédéral de l'aviation civile OFAC.

L'intimé rétorque qu'il existe différents types de personnel au sein du service sûreté passagers. Les auxiliaires "charter" et "à l'heure", certes facilement mobilisables, ne remplissent toutefois pas de mission de sûreté ; ils ont pour mission d'assurer le flux des passagers, raison pour laquelle ils ne reçoivent pas de formation spécifique conformément aux exigences de l'OFAC. En revanche, les auxiliaires mensuels remplissent quant à eux une mission de sûreté, au même titre que le personnel de sûreté. Ainsi, la majorité du personnel de ce service représente du personnel formé selon les directives de l'OFAC et ne peut donc pas être opérationnel rapidement. Au surplus, il relève qu'il est peu probable que le personnel à temps partiel soit prêt à voir son taux d'occupation augmenter.

Dans un courrier du 12 janvier 2011 faisant suite au dépôt de la demande de dérogation litigieuse, l'intimé indiquait en outre à l'autorité inférieure que la fonction d'agent de sûreté passagers requérait une formation et des compétences particulières. Ces compétences, imposées par l'OFAC, doivent être pratiquées, suivies et mises à jour régulièrement. Les tests de contrôle doivent être intégrés dans la planification ordinaire. Ils sont soumis à une procédure de certification très stricte, nécessitant une formation de base et des cours de formation continue réguliers. Ces contraintes excluent dès lors que des personnes soient engagées uniquement pour travailler les dimanches, dès lors que ce ne serait compatible ni avec le maintien de leur niveau de connaissance ni avec l'exigence d'une pratique régulière des contrôles requise par l'OFAC. L'intimé exposait également que, pour faire face aux fluctuations du nombre de passagers, la majorité du personnel du service exerçait une activité à temps partiel (50% et 75%). Parallèlement, un certain nombre de contrats de durée déterminée d'une année, renouvelables une fois, étaient conclus. Cette souplesse dans les horaires et les taux d'activité permettait en outre d'éviter de devoir recourir au travail sur appel. Il indiquait enfin que le personnel du service sûreté passagers était depuis 2006 en constante augmentation ; en 2011, onze postes supplémentaires avaient été créés. Aussi, il soutenait que la problématique du respect des 26 dimanches libres ne découlait pas non plus d'un manque de personnel mais bien des particularités liées à la fonction d'agent de sûreté, laquelle dépend des fluctuations du nombre de passagers et des exigences du poste.

S'agissant de la possibilité de réorganiser les horaires, l'intimé expose dans ses écritures que la mise en place des horaires est un processus lent, de sorte qu'un éventuel changement des horaires ne pourrait se faire du jour au lendemain. Il nécessiterait en effet des analyses et des simulations, puis la consultation et l'approbation du personnel. L'intimé indique que les horaires actuellement en place dans tous les services concernés par la dérogation ont fait l'objet de longues négociations avec tous les partenaires concernés sur toute l'année 2007. Les spécificités de l'activité de l'aéroport, les intérêts et la volonté du personnel ont été pris en compte. L'intimé relève en outre que les avantages acquis par le personnel (par ex. compensations horaire et/ou financières) seraient remis en question si une refonte totale était exigée. De même, une refonte des horaires ne permettrait plus leur visibilité, laquelle est un élément extrêmement important, en particulier pour le personnel engagé pour des horaires irréguliers. Il ajoute par ailleurs qu'il n'est pas certain, en raison de l'augmentation du trafic aérien, qu'une refonte totale des horaires permettrait dans tous les cas de respecter la règle des 26 dimanches libres.

Il ressort du dossier que, dans le cadre de l'adoption de son RTT, l'intimé a procédé pour l'ensemble de ses services à une analyse des horaires sous l'angle de leur compatibilité avec la LTr. Compte tenu des impératifs opérationnels et des difficultés de planification propres au service sûreté passagers, l'intimé a mandaté en 2007 la société W._____ afin de réaliser un audit des horaires de ce service. Des solutions répondant tant aux exigences opérationnelles qu'à celles du personnel ont été trouvées. Sur la base du rapport final de la société, les membres du personnel du service sûreté passagers ont voté et choisi l'horaire actuel, soit trois jours travaillés, deux jours de repos. Dans son courrier du 12 janvier 2011 précité, l'intimé indiquait à l'autorité inférieure que les horaires analysés et négociés avec le personnel en 2007 étaient les seuls à répondre pleinement aux contraintes opérationnelles et aux attentes des membres du personnel. Il relevait que l'activité du service sûreté passagers présentait des spécificités justifiant de maintenir les horaires 3/2. Il exposait que, de manière générale, cet horaire présentait l'avantage d'offrir une meilleure visibilité dans la planification, de stimuler l'esprit d'équipe et de garantir des jours de repos régulièrement afin de tenir compte de la pénibilité de l'activité professionnelle. En outre, le service sûreté passagers répondait à des critères et à des paramètres particuliers propres à l'activité exercée, à savoir le flux des passagers, lequel subit des variations importantes dans une même journée, durant les week-

ends et en fonction des périodes de l'année, de sorte qu'un lissage des horaires tel que pratiqué au "SSA" par exemple n'était pas envisageable.

5.2.3. Au regard des considérations qui précèdent, il convient d'admettre que l'intimé a rendu crédible que l'obligation de se conformer à l'art. 12 al. 1 OLT 2 le placerait devant une situation difficile. En tous les cas, indépendamment du point de savoir si une réorganisation des horaires permettrait encore de libérer les 26 dimanches de congé eu égard à l'augmentation croissante du trafic aérien, et s'il pourrait être suppléé au manque de personnel le dimanche dans les services sûreté passagers et piste, force est d'admettre que de telles mesures ne peuvent intervenir dans l'immédiat, de sorte qu'une première dérogation, limitée dans le temps, s'avère en tout cas nécessaire pour le bon fonctionnement des services concernés et la bonne exécution de la mission attribuée à l'intimé. Partant, il ne paraît en l'espèce pas y avoir d'alternative moins contraignante que la dérogation entreprise.

Sur le vu de ce qui précède, il y a lieu d'admettre qu'en retenant que l'intimé rencontrait des difficultés extraordinaires, au sens de l'art. 28 LTr, à respecter la règle des 26 dimanches libres, la décision de l'autorité inférieure n'apparaît à cet égard pas critiquable, de sorte que le Tribunal de céans, compte tenu de la retenue qu'il s'impose en l'espèce (cf. consid. 5), n'entend pas s'en écarter.

5.3. L'art. 28 LTr pose enfin comme dernière condition que la majorité des travailleurs intéressés ou leurs représentants dans l'entreprise consentent à la dérogation.

5.3.1. En l'occurrence, les recourants ne contestent pas le résultat du vote, selon lequel la majorité des votants a accepté le dépôt de la demande de dérogation, mais la manière dont ce consentement a été obtenu. Ils critiquent en premier lieu le déroulement des séances d'information. Ils considèrent en effet que l'information donnée aux travailleurs était partielle et lacunaire. L'intimé se serait ainsi contenté d'une "consultation alibi" ayant pour seul objectif de lui permettre de déposer une demande de dérogation, celui-ci n'ayant jamais eu la volonté qu'une solution autre que la dérogation puisse être discutée et trouvée avec les salariés. L'intimé aurait en effet toujours refusé de discuter concrètement d'éventuels scénarios alternatifs à la dérogation, se contentant d'invoquer qu'en cas de refus de la dérogation, une refonte totale des horaires et la recherche d'autres solutions plus contraignantes s'imposeraient, sans préciser en quoi celles-ci consisteraient, de sorte

que, par ses réponses évasives et un refus marqué de fournir la moindre donnée précise, l'intimé aurait empêché les travailleurs et leurs représentants de formuler la moindre contre-proposition à la dérogation. Ils soutiennent que, de manière générale, le personnel intéressé s'est senti menacé de mesures de rétorsion s'il devait refuser son accord. Ils relèvent que la prétendue nécessité d'obtenir une dérogation a été présentée comme incontournable et son refus comme mettant en péril la bonne marche de l'aéroport Z._____ sans que les alternatives existantes pour chaque service ne soient explorées. En outre, ils indiquent que la présentation ne laissait aucune place à un débat ; aucune concertation n'est intervenue avec le personnel intéressé. Les séances d'information ont été tenues avec un préavis de quelques jours sur moins de deux semaines et le vote a été organisé dans la foulée. De surcroît, il n'apparaîtrait aucunement que la Commission consultative du personnel aurait été formellement consultée, qu'elle aurait pu formuler quelque proposition que ce soit. Par ailleurs, ils relèvent que celle-ci est constituée majoritairement par des membres du personnel qui ne sont pas concernés par la dérogation en cause ce qui constituerait un obstacle dirimant à ce que celle-ci se prononce.

5.3.1.1 L'art. 28 LTr subordonne la dérogation à l'accord des travailleurs. Cet accord n'est cependant pas individuel mais collectif : il suffit que la majorité des travailleurs ou leur représentation dans l'entreprise ait manifesté leur consentement (cf. SUBILIA in : Geiser/von Kaenel/Wyler, op. cit., N° 7 ad art. 28). L'art. 28 LTr n'indique pas la manière dont ce consentement doit être obtenu ou les conditions auxquelles il serait subordonné.

Aux termes de l'art. 48 LTr, les travailleurs ou leurs représentants dans l'entreprise ont le droit d'être informés et consultés sur les affaires concernant (al. 1) : l'organisation du temps de travail et l'aménagement des horaires de travail (let. b). Le droit d'être consulté comprend le droit d'être entendu sur ces affaires et d'en débattre avant que l'employeur ne prenne une décision ainsi que le droit d'obtenir communication des motifs de la décision prise lorsque les objections soulevées par les travailleurs ou leurs représentants dans l'entreprise n'ont pas été prises en considération ou qu'elles ne l'ont été que partiellement (al. 2). Le droit des travailleurs et de leurs représentants d'être informés et consultés porte sur la répartition temporelle de l'affectation au travail dans l'entreprise (art. 70 al. 1 OLT 1). Le droit de participation des travailleurs ou de leurs représentants dans l'entreprise ne s'applique ainsi pas aux questions d'ordre technique liées à la délivrance des permis, à savoir les preuves

que l'employeur est tenu de fournir aux autorités. Ainsi, l'employeur qui sollicite un permis pour le travail du dimanche par exemple n'est pas tenu de consulter les représentants des travailleurs sur la pertinence du besoin ou de l'indispensabilité selon la loi. En revanche, leur droit de participation porte sur l'aménagement des plans et horaires qui en découle (cf. Directives du SECO, état novembre 2006, ad art. 48 LTr).

Bien que l'art. 28 LTr n'ait subi aucune modification depuis la création de la LTr (cf. consid. 4.1) et qu'il n'ait donc pu tenir compte de la loi fédérale du 17 décembre 1993 sur l'information et la consultation des travailleurs dans les entreprises (loi sur la participation, RS 822.14), la doctrine préconise de lire aujourd'hui l'art. 28 LTr en relation avec cette loi, dont l'art. 10 let. a confère à la représentation des travailleurs l'ensemble des droits découlant de l'art. 48 LTr (cf. SUBILIA in : Geiser/von Kaenel/Wyler, op. cit., N° 8 ad art. 28). L'art. 4 de la loi sur la participation prévoit cependant que dans les entreprises ou secteurs d'entreprise sans représentation des travailleurs, ces derniers exercent directement le droit à l'information et le droit à la participation prévus aux art. 9 et 10. Les travailleurs disposent donc d'un droit de participation selon l'art. 48 al. 1 LTr, pour autant qu'il n'existe pas de représentation des travailleurs dans l'entreprise (cf. FRANK VISCHER in : Geiser/von Kaenel/Wyler, op. cit., N° 15 ad art. 48).

En l'occurrence, il ressort de l'art. 72 al. 1 du statut du personnel de l'aéroport Z._____ du (...) versé au dossier qu'il est institué une Commission consultative du personnel (ci-après : la Commission) qui défend, envers l'aéroport Z._____, les intérêts du personnel de l'aéroport Z._____. L'art. 72 al. 3 let. c du statut prévoit, en application des art. 10 de la loi sur la participation et 48 al. 1 let. b LTr, que les problèmes relatifs à la protection des travailleurs sont étudiés par l'aéroport Z._____ en concertation avec la Commission et, le cas échéant, sur demande du personnel, avec les organisations représentatives du personnel.

5.3.1.2 En l'espèce, c'est donc à la Commission, en tant que représentante des travailleurs, que revenait le droit conféré par l'art. 48 LTr d'être consultée sur la problématique des 26 dimanches de congé, respectivement sur la demande de dérogation. Il ressort du dossier que la question du dépôt d'une demande de dérogation visant à ramener la limite des 26 dimanches de congé par année à 20 a été abordée par la Direction de l'aéroport Z._____ lors d'une séance de la Commission du 4 novembre 2008. Lors d'une séance du 22 mars 2010, elle rappelait que,

malgré le nombre conséquent d'engagements au sein du service sûreté passagers, il n'était pas possible de garantir le nombre de dimanches de congé légal, raison pour laquelle une dérogation serait demandée pour ramener ce nombre à 20. Une séance a ensuite eu lieu le 13 septembre 2010 entre la Direction de l'aéroport Z._____ et la Commission au cours de laquelle celle-ci a notamment présenté pour chacun des services concernés par la dérogation les conséquences possibles en cas d'acceptation et en cas de refus du personnel. Un éventuel désaccord entraînerait des mesures contraignantes pouvant impliquer une refonte complète des horaires, ainsi qu'une recherche d'autres solutions. Suite à dite séance, la Commission a fait parvenir à la Direction sa prise de position par courrier du 17 septembre 2010 concernant les modalités d'application de la dérogation. La Direction a présenté sa réponse aux propositions faites par la Commission lors d'une séance du 20 septembre 2010 ; elle en a accepté certaines. Au terme de cette séance, la Commission a confirmé son préavis favorable concernant les modalités d'application de la demande de dérogation.

Le personnel des services concernés par la dérogation a ensuite été informé dans le cadre de sept séances qui se sont tenues entre le 21 septembre et le 1^{er} octobre 2010. Ces séances étaient accompagnées d'une présentation PowerPoint. Il lui a été exposé que la règle des 26 dimanches libres était impossible à respecter au sein des services visés compte tenu des horaires actuels et des impératifs opérationnels. Il a dès lors été proposé de déposer une demande de dérogation, pour les services concernés, afin d'abaisser la limite à 20 dimanches de congé par année, vacances non comprises, de sorte qu'en tenant compte de cinq semaines de vacances, 23 dimanches de congé seraient accordés par année civile. Il a ensuite été exposé, pour chaque service séparément, les conséquences respectivement d'une acceptation et d'un refus de la dérogation. En substance, une acceptation de la dérogation conduirait à un maximum de 29 dimanches travaillés par année, au maintien des horaires actuels et au versement d'indemnités (chiffrées) pour tous les dimanches travaillés et pour tous les dimanches travaillés au-dessus de 23 dimanches. Un refus entraînerait en revanche un maximum de 23 dimanches travaillés, une réorganisation des horaires et une perte d'indemnités (chiffrées) sur les dimanches et, pour les services sûreté passagers et piste, le recours à la sous-traitance des dimanches à des entreprises externes. Le personnel des services concernés a ensuite été invité à se prononcer en faveur ou en défaveur de la dérogation, au moyen d'un vote à bulletin secret qui s'est déroulé du 11 au 14 octobre 2010.

Il résulte de ce qui précède que la représentation des travailleurs a été consultée quant à l'organisation du temps de travail et aux mesures qui en découlent, conformément aux art. 10 let. a de la loi sur la participation, 48 al. 1 LTr et 70 OLT 1. Le personnel des services concernés par la dérogation a de même été informé sur ces questions, conformément aux art. 48 al. 1 LTr et 70 OLT 1.

Au surplus, il convient de relever que les reproches formulés en l'espèce par les recourants étaient connus de l'autorité inférieure, qui avait été informée, dans un courrier du 28 septembre 2010, des interrogations et des craintes des délégués du personnel du service SSA en relation avec la procédure de votation de la dérogation, puis suite à la plainte déposée par le recourant 1 le 5 octobre 2010 devant l'OCIRT, accompagnée d'une demande de mesures provisionnelles urgentes tendant notamment à faire interrompre ledit processus de consultation des travailleurs. L'autorité inférieure expose dans sa réponse avoir dès lors procédé à un examen circonstancié de ces aspects, dans le cadre de l'examen de la demande de dérogation, et être arrivée à la conclusion qu'il n'y avait aucun motif de remettre en cause le consentement de la majorité des travailleurs concernés. Ceci étant et, compte tenu de ce qui a été exposé plus haut, le Tribunal de céans retient que le personnel concerné n'a pas été informé de manière inexacte, lacunaire ou encore impartiale, de sorte qu'il n'y a pas lieu de remettre en cause la manière dont le consentement des travailleurs a été obtenu.

5.3.2. Les recourants soutiennent également que les travailleurs auxiliaires, mensuels ou à l'heure, ne devaient pas se prononcer sur la demande de dérogation, dès lors qu'ils ne sauraient être considérés comme des travailleurs intéressés au sens de l'art. 28 LTr ; les dimanches de congé étant calculés sur une base annuelle, seul le personnel fixe peut être pris en considération.

Est considéré comme auxiliaire, au sens de l'art. 3 al. 5 du statut du personnel de l'aéroport Z._____ précité (cf. consid. 5.3.1.1), le membre du personnel engagé en cette qualité pour accomplir une activité d'appoint ou pour exercer une activité temporaire. Les auxiliaires sont engagés pour une durée déterminée de douze mois maximum renouvelable une fois pour ceux exerçant une activité temporaire ou pour une durée indéterminée de quatre années au maximum et de vingt heures par semaine en moyenne dans le mois (au maximum) pour ceux exerçant une activité d'appoint (art. 54 al. 2 du statut). Aussi, bien qu'ils n'exercent pas une activité permanente dans les services visés par la

dérogação, on ne saurait soutenir, à l'instar des recourants, que les auxiliaires ne sont pas concernés par la dérogation ; eux aussi pouvant être amenés, compte tenu de la durée de leurs rapports contractuels, à travailler plus de 23 dimanches au cours d'une année. En outre, il convient de préciser que le champ d'application matériel de l'art. 28 LTr s'étend au travail du dimanche régulier ou périodique au sens de l'art. 19 LTr (cf. SUBILIA in : Geiser/von Kaenel/Wyler, op. cit., N° 4 ad art. 28). Partant, c'est à juste titre que leur avis a été pris en compte dans le calcul de la majorité des travailleurs intéressés par la dérogation.

5.3.3. Enfin, les recourants font valoir que le vote a été vicié dans la mesure où les voix du personnel des six services concernés ont été mélangées et prises en compte de manière globale, alors que les conséquences de la dérogation – et donc sa prétendue absolue nécessité – varient fortement d'un secteur à l'autre, tout comme les solutions envisageables en cas de refus. Chaque secteur aurait dû être amené à se prononcer séparément, les enjeux étant différents. Aussi, vu la très faible majorité à laquelle la demande de dérogation a été acceptée, ils relèvent qu'il est probable que, le cas échéant, le résultat n'aurait pas été identique pour chaque secteur concerné et que certains auraient refusé la demande de dérogation.

L'intimé a déposé une demande de dérogation à l'art. 12 al. 1 OLT 2 pour le personnel au sol occupé auprès des services pour lesquels il estimait ne pas pouvoir respecter cette règle, afin de ramener, pour l'ensemble de celui-ci, la limite à 20 dimanches par année. L'art. 28 LTr requiert le consentement de la majorité des travailleurs intéressés – visés – par la dérogation. Aussi, en invitant le personnel au sol travaillant au sein desdits services à se prononcer sur la dérogation, et en tenant compte des voix de celui-ci de manière globale, l'intimé a correctement appliqué l'art. 28 LTr. Contrairement à ce que laisse penser l'argumentation des recourants, l'intimé n'a pas déposé de demandes de dérogation séparées pour le personnel de chaque service concerné par la difficulté de respecter la règle des 26 dimanches libres. Rien ne justifiait donc d'inviter chaque service à se prononcer séparément sur le dépôt d'une seule demande de dérogation. Par ailleurs, ce ne sont pas aux travailleurs de déterminer les services pour lesquels une dérogation doit être demandée. Ceux-ci sont uniquement invités à dire s'ils acceptent ou non qu'une demande de dérogation soit déposée.

5.3.4. Il ressort du dossier que, sur les 477 personnes concernées par la dérogation, 414 bulletins de vote ont été déposés ; 7 des bulletins

déposés étaient blancs et 4 non-valables. Sur les bulletins restants, 206 collaborateurs se sont prononcés en faveur de la demande de dérogation et 197 s'y sont opposés. La majorité des travailleurs concernés s'est donc prononcée en faveur de la dérogation, de sorte que la dernière condition sise à l'art. 28 LTr est satisfaite.

6.

Au regard de ce qui a été exposé ci-dessus (cf. consid. 5.2), il apparaît que l'intimé n'est pas en mesure de respecter, pour une partie du personnel au sol du secteur de la navigation aérienne, la prescription contenue à l'art. 12 al. 1 OLT 2. Il n'appartient toutefois pas au juge d'interpréter de manière large et contraire à l'esprit de la loi les exceptions prévues dans la LTr (cf. ATF 134 II 265 consid. 5.5, 136 II 427/JdT 2011 I 133 consid. 3.6 ; arrêt du TAF B-771/2009 précité consid. 6.4). Ainsi, il convient de retenir que, même à supposer que l'art. 28 LTr permette de fonder des exceptions à des prescriptions ne faisant pas l'objet d'un régime d'autorisation, la dérogation attaquée ne répond pas à la première condition cumulative mise à son application (cf. consid. 5.1). Le recours doit dès lors être admis et la décision attaquée annulée.

7.

Les frais de procédure, comprenant l'émolument judiciaire et les débours, sont mis à la charge de la partie qui succombe (art. 63 al. 1 1^{ère} phrase PA et art. 1 al. 1 du règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral [FITAF, RS 173.320.2]). Aucun frais de procédure n'est toutefois mis à la charge des autorités inférieures ni des autorités fédérales recourantes et déboutées (art. 63 al. 2 PA). Il n'y a donc en l'occurrence pas lieu de percevoir des frais de procédure de l'autorité inférieure qui succombe à l'issue de la présente décision. L'émolument judiciaire est calculé en fonction de la valeur litigieuse, de l'ampleur et de la difficulté de la cause, de la façon de procéder des parties et de leur situation financière (art. 2 al. 1 et 4 FITAF).

En l'espèce, les frais de procédure relatifs à la décision incidente du 11 juillet 2011 statuant sur la requête de retrait de l'effet suspensif au recours doivent être fixés à Fr. 500.- et mis, à parts égales, soit pour Fr. 250.-, à la charge de chacun des recourants qui ont succombé. Ils sont imputés sur l'avance de frais de Fr. 2'000.- versée par les recourants 1 et 2, à raison de Fr. 1'000.- chacun. Le solde de Fr. 1'500.- leur sera restitué, à concurrence de Fr. 750.- chacun, dès l'entrée en force du présent arrêt.

Les frais de procédure relatifs au présent arrêt doivent quant à eux être fixés à Fr. 2'000.- et mis à la charge de l'intimé qui succombe.

8.

L'autorité de recours peut allouer, d'office ou sur requête, à la partie ayant entièrement gain de cause une indemnité pour les frais indispensables et relativement élevés qui lui ont été occasionnés (art. 64 al. 1 PA en relation avec l'art. 7 al. 1 FITAF). Les dépens comprennent les frais de représentation et les éventuels autres frais nécessaires de la partie (art. 8 FITAF). Les frais de représentation comprennent notamment les honoraires d'avocat (art. 9 al. 1 let. a FITAF) lesquels sont calculés en fonction du temps nécessaire à la défense de la partie représentée (art. 10 al. 1 FITAF) ; le tarif horaire des avocats est de Fr. 200.- au moins et de Fr. 400.- au plus (art. 10 al. 2 FITAF). Les parties qui ont droit aux dépens doivent faire parvenir au Tribunal, avant le prononcé de la décision, un décompte de leurs prestations ; à défaut, le Tribunal fixe l'indemnité sur la base du dossier (art. 14 FITAF).

En l'espèce, les recourants 1 et 2, qui obtiennent gain de cause à l'issue de la présente décision et qui sont représentés par un avocat, dûment mandaté par procuration, ont droit à des dépens. Celui-ci n'ayant pas produit de note de frais et honoraires, il se justifie dès lors, en tenant compte du barème précité, de fixer équitablement ceux-ci à Fr. 12'000.- (TVA comprise). Il convient néanmoins de défalquer de ce montant les dépens dus par les recourants 1 et 2 à l'intimé qui a obtenu gain de cause dans le cadre de la décision incidente du 11 juillet 2011 et qui est représenté par une avocate. Compte tenu du barème susmentionné, ceux-ci doivent être fixés à Fr. 3'000.- (TVA comprise). Aussi, après compensation des dépens, il convient d'allouer aux recourants 1 et 2 une indemnité totale de Fr. 9'000.- à titre de dépens, dont Fr. 3'000.- sont mis à la charge de l'intimé et Fr. 6'000.- à la charge de l'autorité inférieure.

Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :**1.**

Le recours est admis et la décision attaquée est annulée.

2.

Les frais de procédure relatifs à la décision incidente du 11 juillet 2011, d'un montant de Fr. 500.-, sont mis, à parts égales, soit pour Fr. 250.-, à la charge de chacun des recourants. Ce montant est imputé sur l'avance de frais déjà versée de Fr. 2'000.-. Le solde de Fr. 1'500.- leur sera restitué, à raison de Fr. 750.- chacun, dès l'entrée en force du présent arrêt.

3.

Les frais de procédure relatifs au présent arrêt, d'un montant de Fr. 2'000.-, sont mis à la charge de l'intimé. Ce montant devra être versé sur le compte du Tribunal dans les 30 jours dès l'entrée en force du présent arrêt. Le bulletin de versement sera envoyé par courrier séparé.

4.

Un montant de Fr. 9'000.- (TVA comprise) est alloué à titre de dépens aux recourants 1 et 2 et mis à la charge de l'intimé, à raison de Fr. 3'000.-, et à la charge de l'autorité inférieure, à raison de Fr. 6'000.-.

5.

Le présent arrêt est adressé :

- aux recourants 1 et 2 (acte judiciaire ; annexes : deux formulaires "adresse de paiement")
- à l'intimé (acte judiciaire)
- à l'autorité inférieure (acte judiciaire)
- au Département fédéral de l'économie (acte judiciaire)

L'indication des voies de droit se trouve à la page suivante.

Le Président du collège :

La Greffière :

Claude Morvant

Muriel Tissot

Indication des voies de droit :

La présente décision peut être attaquée devant le Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, par la voie du recours en matière de droit public, dans les trente jours qui suivent la notification (art. 82 ss, 90 ss et 100 de la loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral [LTF, RS 173.110]). Le mémoire doit être rédigé dans une langue officielle, indiquer les conclusions, les motifs et les moyens de preuve, et être signé. La décision attaquée et les moyens de preuve doivent être joints au mémoire, pour autant qu'ils soient en mains du recourant (art. 42 LTF).

Expédition : 9 janvier 2012