

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

2C 535/2020

Arrêt du 24 mars 2021

Ile Cour de droit public

Composition
MM. et Mme les Juges fédéraux
Seiler, Président, Zünd, Aubry Girardin,
Donzallaz et Beusch.
Greffière : Mme Kleber.

Participants à la procédure
A. _____ SA,
représentée par Me Maxime Chollet, avocat,
recourante,

contre

Secrétariat d'Etat à l'économie SECO Protection des travailleurs,
Holzikofenweg 36, 3003 Berne.

Objet
Travail de nuit et du dimanche,

recours contre l'arrêt du Tribunal administratif fédéral, Cour II, du 19 mai 2020 (B-5520/2019).

Faits :

A.
A. _____ SA (ci-après: la société) a été créée en 2005. Son activité consiste à proposer chaque jour, à partir de minuit, et le dimanche, à midi, des offres de produits ou de services à prix cassés sur son site internet.

Chaque jour, du lundi au vendredi, de minuit à minuit trente, un collaborateur est mobilisé pour répondre, depuis chez lui, aux commentaires et questions postés sur le forum et les réseaux sociaux, ainsi que pour s'assurer de la correcte mise en ligne des offres du jour et, en cas de problème technique, analyser celui-ci, identifier son origine et tenter d'y remédier au plus vite. En outre, chaque week-end, un collaborateur est mobilisé, dans les mêmes buts, durant trois heures le samedi et trois heures le dimanche.

B.
Le 2 mai 2019, la société a déposé auprès du Secrétariat d'Etat à l'économie (ci-après: SECO) une demande en constatation de non-assujettissement à l'obligation d'obtenir un permis pour le travail de nuit et du dimanche, subsidiairement une demande d'autorisation pour le travail de nuit et le dimanche.

Par décision du 20 septembre 2019, le SECO a rejeté la demande. Il a considéré que la société était assujettie à l'obligation d'obtenir une autorisation pour le travail de nuit et du dimanche et a refusé l'octroi de ladite autorisation, car les conditions y relatives n'étaient pas remplies.

Contre cette décision, la société a formé un recours auprès du Tribunal administratif fédéral, qui l'a rejeté par arrêt du 19 mai 2020.

C.
Agissant par le voie du recours en matière de droit public, A. _____ SA demande au Tribunal fédéral, sous suite de frais et dépens, d'annuler l'arrêt du 19 mai 2020 du Tribunal administratif fédéral et, principalement, de constater son non-assujettissement au régime de l'autorisation du travail de nuit et dominical ou, subsidiairement, de lui accorder une autorisation de travail de nuit et dominical sur la base d'une dérogation au sens de l'art. 28 de la loi fédérale du 13 mars 1964 sur le

travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (Loi sur le travail, LTr; RS 822.11). Plus subsidiairement, la société conclut au renvoi de la cause à l'autorité précédente, voire au SECO, pour nouvelle décision dans le sens des considérants.

Le Tribunal administratif fédéral renonce à prendre position. Le SECO conclut à la confirmation de l'arrêt attaqué et au rejet du recours.

Considérant en droit :

1.

Dirigé contre une décision finale (art. 90 LTF) émanant du Tribunal administratif fédéral (art. 86 al. 1 let. a LTF) dans une cause relevant du droit public du travail, le présent recours est en principe recevable comme recours en matière de droit public au sens des art. 82 ss LTF, aucune des exceptions prévues à l'art. 83 LTF n'étant réalisée (arrêt 2C 149/2012 du 26 octobre 2012 consid. 1, non publié in ATF 139 II 49).

La recourante, destinataire de l'arrêt attaqué, par lequel les précédents juges ont confirmé le rejet de sa demande de constat de non-assujettissement à l'obligation d'obtenir une autorisation pour le travail nocturne et dominical, respectivement le refus de lui accorder une telle autorisation, a un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification et a donc la qualité pour recourir (art. 89 al. 1 LTF). Pour le surplus, le recours a été déposé en temps utile (art. 100 al. 1 LTF) et dans les formes prescrites (art. 42 LTF). Il convient donc d'entrer en matière.

2.

2.1. Le Tribunal fédéral examine librement la violation du droit fédéral (art. 95 let. a LTF) et applique le droit d'office (art. 106 al. 1 LTF). Il n'est en principe pas lié par les motifs de l'autorité précédente ni par les moyens des parties; il peut donc admettre le recours pour d'autres motifs que ceux invoqués par le recourant, comme il peut le rejeter en opérant une substitution de motifs (ATF 142 III 782 consid. 3).

2.2. Le Tribunal fédéral conduit son raisonnement juridique sur la base des faits constatés par l'autorité précédente (art. 105 al. 1 LTF), sous réserve des cas prévus à l'art. 105 al. 2 LTF (ATF 145 V 188 consid. 2).

3.

Le litige porte sur l'éventuel droit de la recourante d'occuper des membres de son personnel la nuit, la semaine (entre minuit et minuit 30), et le dimanche pendant trois heures sans autorisation ou, subsidiairement, au bénéfice d'une telle autorisation. Avant d'examiner les griefs soulevés, il convient de présenter les dispositions applicables.

3.1. En vertu de la loi sur le travail, le travail de nuit, soit le travail en dehors des limites du travail de jour et du soir (6 heures - 20 heures et 20 heures - 23 heures ou entre 5 heures et 24 heures mais au maximum 17 heures, cf. art. 10 LTr), et le travail le dimanche, soit du samedi à 23 heures au dimanche à 23 heures, sont interdits (art. 16 LTr et 18 LTr; cf. ATF 145 II 360 consid. 3.1; 139 II 49 consid. 4.1).

3.2. Des dérogations à ces interdictions sont possibles, mais sont subordonnées à l'octroi d'une autorisation (art. 17 al. 1 et 19 al. 1 LTr; ATF 139 II 49 consid. 4.1), qui, s'agissant du travail de nuit ou dominical régulier ou périodique, relève de la compétence du SECO (art. 17 al. 5 et 19 al. 4 LTr). Les conditions à l'octroi d'une autorisation sont fixées aux art. 17 al. 2 et 19 al. 2 LTr et précisées à l'art. 28 de l'ordonnance 1 relative à la loi sur le travail du 10 mai 2000 (OLT 1; RS 822.111; cf. aussi infra consid. 6).

3.3. A côté de ce régime dérogatoire général 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, notamment le régime d'interdiction de principe du travail nocturne et dominical et de dérogation soumise à autorisation (cf. ATF 140 II 46 consid. 2.1; 139 II 49 consid. 4.2; 134 II 265 consid. 4.1).

Le Conseil fédéral a fait usage de sa compétence en édictant l'ordonnance 2 du 10 mai 2000 relative à la loi sur le travail (dispositions spéciales pour certaines catégories d'entreprises ou de travailleurs, OLT 2; RS 822.112; cf. ATF 140 II 46 consid. 2.1). En vertu de l'art. 4 al. 1 et 2 OLT 2, l'employeur peut, sans autorisation officielle, occuper des travailleurs pendant la totalité ou une partie de la nuit

et du dimanche. Cette disposition est applicable, en tout ou partie, aux catégories d'entreprises et de travailleurs énoncées aux art. 15 à 52 OLT 2 (cf. art. 3 OLT 2; cf. 139 II 49 consid. 4.2; 134 II 265 consid. 4.1).

L'OLT 2 a été modifiée le 13 février 2019. Selon le nouvel article 32a OLT 2, entré en vigueur le 1er avril 2019 (RO 2019 941), l'art. 4 OLT 2 est notamment applicable toute la nuit et tout le dimanche au "personnel assumant des tâches relevant des technologies de l'information et de la communication", dans certaines situations et à certaines conditions (cf. infra consid. 5).

3.4. Enfin, d'après l'art. 28 LTr, intitulé "légères dérogations", dans les permis concernant la durée du travail, l'autorité peut, à titre exceptionnel et à certaines conditions, apporter de minimes dérogations aux prescriptions de la loi et de l'ordonnance (cf. ATF 139 II 49 consid. 6).

4.

4.1. En l'espèce, la recourante a déposé le 2 mai 2019 une demande en constatation de non-assujettissement à l'obligation d'obtenir une autorisation pour le travail de nuit/le dimanche de ses employés en se prévalant du nouvel art. 32a OLT 2, applicable depuis le 1er avril 2019.

Subsidiairement, elle a requis une autorisation en vertu des art. 17 et 19 LTr, en faisant valoir que le travail nocturne et dominical était intrinsèquement lié et partant strictement indispensable à son modèle d'affaires. Plus subsidiairement, elle a soutenu que l'autorité pouvait autoriser le travail de nuit et le dimanche sur la base de l'art. 28 LTr.

4.2. Dans son arrêt, le Tribunal administratif fédéral a en substance retenu que le nouvel art. 32a OLT 2 ne permettait sans autorisation que le travail de nuit et le dimanche qui était imprévisible et inévitable, également s'agissant des causes à son origine, et que la recourante ne pouvait en l'occurrence pas bénéficier de cette exemption. Les précédents juges ont ensuite considéré que les conditions à l'octroi d'une autorisation pour le travail nocturne et dominical n'étaient pas réunies, car ce travail n'était pas indispensable d'un point de vue technique ou économique au sens des art. 17 al. 2 et 19 al. 2 LTr, ainsi que de l'art. 28 OLT 1. Pour le même motif, ils ont retenu que la recourante ne pouvait pas obtenir une dérogation sur la base de l'art. 28 LTr.

5.

La recourante s'en prend principalement à la manière dont le Tribunal administratif fédéral a interprété et appliqué l'art. 32a OLT 2.

5.1. Intitulé "personnel assumant des tâches relevant des technologies de l'information et de la communication", l'art. 32a OLT 2 a la teneur suivante:

"Est applicable au personnel assumant des tâches relevant des technologies de l'information et de la communication l'art. 4 [dérogation au système d'autorisation] pour toute la nuit et tout le dimanche, pour autant que le travail de nuit et du dimanche soit indispensable aux opérations suivantes sur une structure informatique ou sur une structure du réseau dont l'interruption pendant les heures de service mettrait en péril le fonctionnement de l'entreprise:

- a. remédier aux perturbations de la structure informatique ou de la structure du réseau, ou
- b. procéder à la maintenance de la structure informatique ou de la structure du réseau lorsqu'aucune planification ou mesure organisationnelle ne permet de l'effectuer de jour, pendant les jours ouvrables".

5.2. La recourante se prévaut de la lettre a pour occuper sans autorisation un membre de son personnel de minuit à minuit 30 tous les jours de la semaine et trois heures tous les dimanches. Elle fait valoir que, d'après son texte clair, l'art. 32a let. a OLT 2 ne fixe pas de condition liée au caractère prévisible ou non du travail nocturne et dominical. En outre, selon elle, il n'y aurait aucune limitation quant aux causes rendant le travail de nuit/le dimanche indispensable, de sorte que le caractère indispensable pourrait découler notamment du modèle d'affaires choisi. Elle ajoute que l'impossibilité d'effectuer le travail de jour, respectivement pendant les jours ouvrables, n'est une condition à l'admission du travail nocturne et dominical sans autorisation que pour les travaux de maintenance visés à la lettre b de l'art. 32a OLT 2. Pour la lettre a, relative aux perturbations, il n'y aurait pas lieu de démontrer que le travail de nuit ou dominical est inévitable. La recourante estime réunir les conditions de l'art. 32a let. a OLT 2 compris ainsi et donc ne pas avoir à solliciter d'autorisation pour le travail nocturne et dominical de ses employés.

5.3. La loi s'interprète en premier lieu selon sa lettre (interprétation littérale). 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 dégageant de tous les éléments à considérer, soit notamment des travaux préparatoires (interprétation historique), du but de la règle, de son esprit, ainsi que des valeurs sur lesquelles elle repose, singulièrement de l'intérêt protégé (interprétation téléologique) ou encore de sa relation avec d'autres dispositions légales (interprétation systématique). Le Tribunal fédéral ne privilégie aucune méthode d'interprétation, mais s'inspire d'un pluralisme pragmatique pour rechercher le sens véritable de la norme. Il ne se fonde sur la compréhension littérale du texte que s'il en découle sans ambiguïté une solution matériellement juste (ATF 145 IV 17 consid. 1.2; 144 V 313 consid. 6.1; 139 II 49 consid. 5.3.1).

5.4. La loi sur le travail tend à la protection des travailleurs (cf. art. 110 al. 1 let. a Cst.; ATF 140 II 46 consid. 5.1). Les interdictions du travail de nuit et dominical, qui tiennent compte des effets négatifs de ces formes de travail sur la santé, ainsi que sur la vie familiale et sociale (ATF 116 Ib 284 consid. 4a), poursuivent cet objectif de protection. Partant, les normes dérogatoires à ces interdictions doivent être interprétées et appliquées de manière restrictive (cf. ATF 145 II 360 consid. 3.4; 140 II 46 consid. 2.4 et 5.1 [aussi à propos des jours fériés, assimilés aux dimanches]; 136 II 427 consid. 3.2; 134 II 265 consid. 5.5; 116 Ib 284 consid. 4a et consid. 4d). Le nouvel art. 32a OLT 2 étant une norme dérogatoire au principe de l'interdiction du travail nocturne et dominical, il doit être interprété et appliqué de manière restrictive.

5.5. A teneur de son texte, l'art. 32a OLT 2 permet le travail nocturne ou dominical sans autorisation d'une certaine catégorie de travailleurs, à savoir le personnel assumant des tâches relevant des technologies de l'information et de la communication. Sont visées les personnes employées par une entreprise des technologies de l'information et de la communication, mais aussi celles qui travaillent dans le service informatique d'une entreprise et dont la tâche consiste à assurer le bon fonctionnement de la structure du réseau ou informatique (SECO, commentaire article par article de l'ordonnance 2 relative à la loi sur le travail, ad art. 32a OLT 2 [ci-après: commentaire OLT 2], disponible sur: <https://www.seco.admin.ch>). Les structures informatiques ou de réseau comprennent "toutes les applications logicielles, y compris les composants physiques des serveurs et tous les composants du réseau" (SECO, commentaire OLT 2, ad art. 32a OLT 2).

Le travail nocturne ou dominical de ce personnel doit être indispensable pour réaliser les opérations listées aux lettres a et b de l'art. 32a OLT 2. N'importe quelle tâche n'est donc pas admise. L'opération visée à la lettre a de l'art. 32a OLT 2 consiste à "remédier aux perturbations" ("Behebung von Störungen"; "eliminare perturbazioni") de la structure informatique ou du réseau. Une "perturbation" se définit comme "une anomalie, un dérangement, une irrégularité dans le fonctionnement d'un système, [notamment] d'une machine" (Le Grand Robert de la langue française, version numérique 4.1, mise à jour en novembre 2017). Par définition, la perturbation n'est ainsi pas un événement courant ou récurrent. Si, sur le principe, il faut compter avec le fait que des perturbations peuvent survenir et surviennent sur une structure informatique ou de réseau, une perturbation donnée a en revanche nécessairement un caractère imprévisible. Le travail nocturne/dominical fondé sur l'exemption de l'art. 32a let. a OLT 2 n'est ainsi admis que pour remédier à des problèmes techniques imprévus. C'est donc à tort que la recourante soutient que le texte de l'art. 32a let. a OLT 2 ne contient pas de condition liée au caractère prévisible ou non du travail nocturne ou dominical, puisque le terme "perturbation", en tant qu'événement ponctuel et inattendu, comprend nécessairement cette notion d'imprévisibilité.

A cela s'ajoute que les opérations visées aux lettres a et b de l'art. 32a OLT 2 sont effectuées sur une structure informatique ou du réseau dont l'interruption pendant les heures de service mettrait en péril le fonctionnement de l'entreprise. Il résulte de cette précision que le travail de nuit/le dimanche est admis sans autorisation pour éviter une interruption pendant les heures de service qui mettrait en péril le fonctionnement de l'entreprise et uniquement dans cette mesure. Il revêt donc un caractère exceptionnel et subsidiaire par rapport au travail le jour/les jours ouvrables, ce qui découle du reste également du fait que l'art. 32a OLT 2 constitue une norme dérogatoire au principe de l'interdiction du travail nocturne et dominical.

C'est partant également à tort que la recourante prétend qu'il n'y a pas lieu d'examiner, dans le cadre de l'art. 32a let. a OLT 2, si le travail de nuit/le dimanche est inévitable, dans le sens qu'il ne peut être effectué à un autre moment. La recourante relève à l'appui de son argument que les mesures de planification pour un travail de jour/les jours ouvrables ne sont mentionnées que pour les travaux de maintenance, visés à la lettre b de l'art. 32a OLT 2. Celle-ci perd toutefois de vue que la condition du caractère inévitable d'une intervention la nuit ou le dimanche pour remédier aux perturbations ne fait qu'exprimer différemment l'exigence que la perturbation doit être de nature à interrompre le système

informatique en mettant en péril le fonctionnement de l'entreprise durant les heures de service s'il n'y est pas remédié. Or, les heures de service sont les heures ordinaires autorisées par la loi ou par un système dérogatoire (cf. consid. 5.6.2). Le travail de nuit/le dimanche pour remédier à une perturbation ne saurait ainsi justifier à lui seul l'existence d'heures de service la nuit ou le dimanche.

5.6. Il faut en revanche admettre avec la recourante que l'art. 32a let. a OLT 2 ne dit rien des causes à l'origine des perturbations auxquelles il est permis de remédier.

Toutefois, comme on le verra ci-après, l'historique de la disposition, ainsi que l'analyse systématique et téléologique montrent que l'examen de la cause de la perturbation n'est pas indifférent dans le contrôle de l'admissibilité du travail de nuit/le dimanche sans autorisation du personnel visé à l'art. 32a OLT 2. On ne saurait en outre considérer, comme le soutient la recourante, que l'art. 32a OLT 2 a pour but de "déroger aux dispositions de la LTr pour certaines catégories d'entreprises".

5.6.1. Selon le rapport explicatif concernant l'art. 32a OLT 2, publié par le SECO en juillet 2018, et le rapport sur les résultats de la procédure de consultation de décembre 2018 (tous deux disponibles sur <https://www.admin.ch/ch/f/gg/pc/ind2018.html#DEFER>), le SECO et les inspections cantonales du travail délivraient plusieurs centaines d'autorisations de travailler la nuit et le dimanche pour certaines activités des technologies de l'information et de la communication. Ces activités concernaient soit des services de piquet nécessaires pour remédier à des perturbations de systèmes en réseau ou informatiques, soit des travaux de maintenance. L'art. 32a OLT 2 a été conçu dans le but de libérer les entreprises de l'obligation de requérir une autorisation pour ces activités considérées comme indispensables (rapport explicatif, point 1, situation initiale, et rapport sur les résultats, point 1, point de départ).

Le rapport explicatif indique, sous "explication du nouvel art. 32a OLT 2", qu'il "suffit que les travaux [...] soient nécessaires", pour que le travail de nuit/le dimanche soit admis sans autorisation pour le personnel visé par la disposition (rapport explicatif, point 2). Toutefois, le rapport contient ensuite des explications plus détaillées sur le "dépannage" et la maintenance. Sous la rubrique "dépannage", il est relevé que le travail de nuit/le dimanche est considéré comme nécessaire lorsque l'activité d'une entreprise est réduite ou du moins mise en péril par la perturbation. En pareil cas, précise le rapport, il faut permettre au personnel responsable de tâches relevant de technologies de l'information et de la communication d'effectuer les travaux en vue de remédier à cette perturbation "même pendant la nuit ou le dimanche". Le rapport ajoute qu'il "faut que l'exécution des travaux durant la journée ou un report le lundi ne puisse pas être raisonnablement exigé. C'est en particulier le cas lorsque le système en réseau ou informatique concerné assure le fonctionnement pendant la nuit ou lorsque, sans un dépannage immédiat, les collaborateurs seraient dans l'impossibilité de commencer convenablement leur travail" (p. 3 du

rapport; cf. aussi le commentaire actuel des dispositions de l'OLT 2).

Il résulte de ces explications que l'art. 32a let. a OLT 2 a été envisagé pour permettre aux entreprises de remédier la nuit/le dimanche à des incidents imprévisibles survenant sur la structure informatique ou du réseau et mettant en péril leur fonctionnement durant les heures de service, de sorte qu'ils doivent être résolus immédiatement. C'est du reste ce que le texte de la disposition exprime (cf. supra consid. 5.5). Il n'a en revanche pas été conçu pour généraliser le travail de nuit/le dimanche du personnel assumant des tâches relevant des technologies de l'information et de la communication et élargir par ce biais le champ d'application des entreprises admises à recourir au travail de nuit/le dimanche. Le rapport relatif aux résultats de la consultation ne contient rien non plus en ce sens.

5.6.2. D'un point de vue systématique, l'art. 32a OLT 2 permet le travail de nuit/le dimanche sans autorisation d'une certaine catégorie de personnel (personnel assumant des tâches relevant des technologies de l'information et de la communication) dans certaines situations.

L'art. 32a OLT 2 ne contient pas de limitations quant aux entreprises pouvant recourir à ce personnel qualifié. Il peut donc s'agir, sur le principe, d'une entreprise qui est admise à recourir au travail de nuit/le dimanche sans autorisation, d'une entreprise à laquelle une telle autorisation a été accordée ou d'une entreprise qui n'a pas le droit d'employer du personnel la nuit/le dimanche. Il faut toutefois lire la disposition en tenant compte des règles applicables au travail de nuit/le dimanche propres à chacun de ces types d'entreprise. Partant, l'art. 32a OLT 2 ne permet pas d'employer du personnel la nuit/le dimanche sans autorisation pour remédier à des perturbations qui seraient générées par un travail de nuit/le dimanche qui n'est en soi pas admis, mais qu'une entreprise a néanmoins mis en place sans autorisation ou par une activité qui pourrait être réalisée pendant les heures de service.

5.6.3. D'un point de vue téléologique, l'art. 32a OLT 2 ne saurait davantage permettre à une entreprise de contourner le régime général d'autorisation auquel elle est en principe soumise. Le

recours au travail de nuit/le dimanche est en outre nécessairement subsidiaire par rapport au travail le jour/les jours ouvrables, puisqu'il s'agit d'une dérogation à la règle. Partant, il est exclu de considérer que cette disposition permet le travail de nuit/le dimanche pour remédier à des perturbations générées par un travail de nuit/le dimanche lui-même non autorisé ou par une activité qui implique l'intervention de personnel et qui n'est pas nécessaire la nuit/le dimanche.

5.7. Si l'on résume, le travail de nuit/le dimanche admis sans autorisation en vertu de l'art. 32a OLT 2 concerne une certaine catégorie de personnel seulement. Il doit être indispensable pour réaliser un certain type d'opérations. En vertu de la lettre a, il est permis de remédier à des perturbations de la structure informatique ou du réseau, soit à des problèmes auxquels l'entreprise peut s'attendre, mais dont la survenance reste imprévisible et qui mettraient en péril le fonctionnement de l'entreprise durant les heures de service s'ils n'étaient pas résolus immédiatement lorsqu'ils se produisent la nuit ou le dimanche. Enfin, l'art. 32a OLT 2 n'autorise pas le travail de nuit/le dimanche pour remédier à des perturbations causées par une activité qui n'est elle-même pas autorisée de nuit/le dimanche.

5.8. Il convient de vérifier si la recourante réunit les conditions susmentionnées.

Selon l'arrêt entrepris, la recourante fait travailler un collaborateur du lundi au vendredi de minuit à minuit trente et tous les dimanches pendant trois heures. Celui-ci a pour mission d'assurer la correcte mise en ligne des offres de la recourante, toujours lancées à minuit la semaine et à midi le dimanche; de répondre aux questions des utilisateurs et aux commentaires et, en cas de problème technique, d'analyser et identifier l'origine dudit problème et d'y remédier.

5.8.1. Il ressort de cette description, que la recourante ne remet pas en cause, que le collaborateur qui travaille de nuit ou le dimanche a essentiellement pour mission de procéder à des tâches récurrentes consistant à assurer la bonne mise en ligne des offres et à répondre aux questions des utilisateurs. Ces tâches ne relèvent pas de l'élimination de perturbations de la structure informatique ou du réseau, mais sont inhérentes à l'activité de la société, puisque le collaborateur doit contrôler la correcte mise en ligne des offres de la recourante. Elles ne peuvent donc tomber sous le coup de l'exemption de l'art. 32a let. a OLT 2. Or, comme la recourante n'est pas une entreprise exemptée de l'obligation d'autorisation en vertu de l'art. 27 LTr et de l'OLT 2 et comme elle n'a pas d'autorisation pour le travail de nuit/le dimanche (et qu'elle ne remplit pas les conditions pour en obtenir une, cf. infra consid. 6 et 7), le travail de nuit/le dimanche pour assumer ces tâches est sur le principe interdit.

5.8.2. Certes, le collaborateur est, parallèlement aux tâches précitées, chargé de remédier aux perturbations éventuelles. C'est au reste en lien avec cette partie de l'activité du collaborateur que la recourante fait valoir l'exemption de l'art. 32a let. a OLT 2.

Toutefois, on relèvera que le fait qu'un collaborateur de la recourante intervienne toutes les nuits, exactement au même horaire compris entre minuit et minuit 30, et tous les dimanches pendant trois heures sans être de "piquet", prêt à intervenir en cas de problème hors ces plages horaires déterminées, est surprenant si sa mission consiste effectivement à remédier à des perturbations. Il est en effet peu probable qu'une perturbation, en tant qu'incident imprévisible et ponctuel, se produise tous les jours et à la même heure.

Quoi qu'il en soit, il résulte de l'arrêt attaqué que les incidents techniques auxquels doit remédier le collaborateur de la recourante sont ceux provoqués par la mise en ligne des offres, dont il s'assure qu'elle a bien fonctionné, tout en répondant aux questions des utilisateurs et effectuant ainsi un service à la clientèle. Les éventuelles perturbations sont ainsi causées par le choix commercial de la recourante de publier les offres à minuit la semaine et à midi le dimanche. Le travail de nuit/le dimanche des collaborateurs de la recourante étant causé par une activité qui n'est elle-même pas admise de nuit/le dimanche, il ne saurait tomber sous le coup de l'exemption de l'art. 32a let. a OLT 2.

5.9. La recourante argue que des perturbations surviendraient de toute façon la nuit/le dimanche, indépendamment du lancement des offres.

En l'occurrence, le Tribunal fédéral doit uniquement se prononcer sur l'admissibilité au regard de l'art. 32a let. a OLT 2 du travail du personnel de la recourante entre minuit et minuit 30 la semaine et entre 12 heures et 15 heures le dimanche et consistant à s'assurer de la correcte mise en ligne des offres du jour, à répondre aux commentaires et questions et à analyser et résoudre les éventuels problèmes techniques survenant durant ce laps de temps en lien avec cette mise en ligne.

Le point de savoir si la recourante rencontre de toute façon des perturbations sur sa structure informatique ou de réseau la nuit/le dimanche justifiant le recours à du personnel relevant de l'art. 32a

OLT 2 pour y remédier sans devoir requérir une autorisation ne ressortit ainsi pas au litige. Au demeurant, les plages horaires des dérogations requises, dépendant directement du lancement des offres, ne sont pas compatibles avec l'explication fournie par la recourante.

5.10. La recourante fait par ailleurs valoir la spécificité de son activité et de son modèle d'affaires. Comme les offres qu'elle propose ne durent que 24 heures, elle ne pourrait pas se permettre de rencontrer des perturbations liées au lancement des offres la journée. Une interruption de son activité plusieurs heures en pleine journée mettrait en péril le fonctionnement de son entreprise. En ce sens, le travail de nuit/le dimanche serait inévitable.

Les perturbations pouvant survenir sur la structure informatique ou du réseau pendant les heures de service sont une contingence à laquelle toute entreprise est désormais soumise et notamment toute entreprise active dans la vente en ligne. L'art. 32a OLT 2 ne vise toutefois pas à permettre à une certaine catégorie d'entreprises de recourir systématiquement au travail de nuit/le dimanche, alors qu'elle n'y a en principe pas droit. Pour la recourante, la publication des offres à minuit la semaine ou à midi le dimanche, qui génère le travail de son personnel, procède d'un choix commercial et n'est ainsi pas une activité dont il est reconnu qu'elle doit avoir lieu la nuit/le dimanche. Le travail de nuit/le dimanche pour remédier aux perturbations générées par la publication des offres à ces moments-là est donc évitable.

5.11. En définitive, la recourante ne peut pas bénéficier de l'exemption de l'art. 32a let. a OLT 2, parce que les travaux nocturnes et dominicaux qu'elle exige de ses collaborateurs ne relèvent pas de ceux qui sont autorisés par le texte de la disposition. C'est partant à bon droit que le Tribunal administratif fédéral a confirmé la décision du SECO refusant le constat de non-assujettissement au système d'autorisation pour le travail de nuit et du dimanche.

6.

Devant les autorités précédentes, la recourante a sollicité à titre subsidiaire une autorisation pour le travail de nuit et le dimanche de son personnel sur la base des art. 17 al. 2 et 19 al. 2 LTr.

6.1. Selon ces dispositions, l'autorisation est accordée lorsque des raisons techniques ou économiques rendent le travail de nuit et dominical indispensable (art. 17 al. 2 et 19 al. 2 LTr). L'art. 28 OLT 1 (cf. supra consid. 3.2) précise la notion d'indispensabilité technique et économique. D'après cet article, il y a indispensabilité technique (al. 1) lorsqu'un procédé de travail ou des travaux ne peuvent être interrompus ou reportés, notamment en raison: a. des inconvénients majeurs et inacceptables que leur interruption ou leur report comporterait pour la production et le produit du travail ou les installations de l'entreprise; b. des risques qui en résulteraient pour la santé des travailleurs ou pour le voisinage de l'entreprise. Il y a indispensabilité économique (al. 2) lorsque: a. l'interruption et la reprise d'un procédé de travail engendrent des coûts supplémentaires considérables susceptibles de compromettre fortement la compétitivité de l'entreprise par rapport à ses concurrents s'il ne peut être fait appel au travail de nuit ou du dimanche; b. le procédé de travail utilisé requiert inévitablement un investissement considérable, impossible à amortir sans travail de nuit ou du dimanche, ou que c. la compétitivité de l'entreprise est fortement compromise face aux pays à niveau social comparable, où la durée du travail est plus longue et les conditions de travail différentes, et que la délivrance du permis, selon toute vraisemblance, assure le maintien de l'emploi. Par ailleurs, sont assimilés à l'indispensabilité économique (al. 3) les besoins particuliers des consommateurs que l'intérêt public exige de satisfaire et auxquels il est impossible de répondre sans faire appel au travail de nuit ou du dimanche. Sont réputés besoins particuliers: a. les biens ou services indispensables quotidiennement et dont une grande partie de la population considérerait le défaut comme une carence majeure, et dont b. la nécessité est permanente ou se manifeste plus particulièrement de nuit ou le dimanche.

6.2. En l'occurrence, le Tribunal administratif fédéral a relevé qu'on ne se trouvait pas en présence d'une indispensabilité technique, dès lors qu'il suffirait à la recourante de choisir de publier ses offres la journée ou le soir les jours ouvrables pour qu'elle puisse, sans devoir recourir au travail de nuit et du dimanche, s'assurer de la correcte mise en ligne de ces offres, remédier aux éventuels problèmes techniques et éviter tout inconvénient dans son fonctionnement. Les précédents juges ont par ailleurs estimé que le danger de perdre des clients, souligné par la recourante, n'était pas constitutif d'une indispensabilité économique. Le fait que les clients de la recourante attendaient une gestion régulière et réactive du site ne justifiait partant pas l'octroi d'une autorisation pour le travail de nuit/le dimanche. Enfin, le Tribunal administratif fédéral a retenu qu'on ne se trouvait pas en présence d'un besoin particulier des consommateurs que l'intérêt public exigeait de satisfaire et auquel il serait impossible de répondre sans faire appel au travail nocturne ou dominical. Il a partant conclu que

c'était à bon droit que l'autorité inférieure avait refusé l'autorisation sollicitée.

6.3. Une telle approche ne prête pas le flanc à la critique. Du reste, la recourante ne la conteste pas devant le Tribunal fédéral. Les activités effectuées la nuit et le dimanche par les collaborateurs de la recourante, qu'il s'agisse d'assurer la correcte mise en ligne des offres, de répondre aux commentaires des utilisateurs ou de remédier aux éventuels problèmes techniques, découlent toutes uniquement du choix commercial de la recourante de publier ses offres à minuit et à midi le dimanche, sans que ce choix ne soit dicté par un besoin des consommateurs qu'un intérêt public justifierait de satisfaire. Il n'y a ainsi ni indispensabilité technique ou économique, ni intérêt public susceptible de justifier le recours au travail nocturne et dominical.

7.

La recourante se prévaut à titre subsidiaire de l'art. 28 LTr. Elle fait valoir que le Tribunal administratif fédéral a violé cette disposition en considérant qu'elle ne pouvait pas s'en prévaloir, car le travail de nuit et le dimanche n'était pas indispensable pour des raisons techniques ou économiques. Selon la recourante, l'application de l'art. 28 LTr ne serait pas subordonnée à une telle condition d'indispensabilité, qui vaudrait uniquement dans le cadre de l'examen de l'octroi d'une autorisation fondée sur les art. 17 al. 2 et 19 al. 2 LTr.

7.1. A teneur de l'art. 28 LTr, 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.

L'art. 28 LTr s'applique aussi bien aux entreprises soumises au régime dérogatoire général, comme c'est le cas de la recourante, qu'aux entreprises visées par les dispositions spéciales prévues à l'art. 27 LTr et dans l'OLT 2 (ATF 139 II 49 consid. 5). Il confère à l'autorité compétente un certain pouvoir d'appréciation dans l'octroi d'autorisations. Son application est toutefois strictement encadrée. Elle suppose la réalisation de trois conditions (ATF 139 II 49 consid. 6.1; RENÉ HIRSIGER, in ArG Kurzkommentar, Blesi/Pietruszak/ Wildhaber [éd.], 2018, no 4 à 7 ad art. 28 ArG; MÜLLER/MADUZ, ArG Kommentar, 8e éd. 2017, no 1 ad art. 28 ArG; OLIVIER SUBILIA, in Commentaire de la loi sur le travail, Geiser/Von Kaenel/Wyler [éd.], 2005, no 5-7). Premièrement, le texte de l'art. 28 LTr exige l'accord des travailleurs (majorité des travailleurs intéressés ou de leurs représentants dans l'entreprise), dans le respect du droit en vigueur (cf. art. 48 al. 1 let. b LTr et loi fédérale du 17 décembre 1993 sur l'information et la consultation des travailleurs dans les entreprises [loi sur la participation; RS 822.14]; sur cette condition, cf. arrêt 4A 93/2012 du 21 mai 2012 consid. 4.4). Deuxièmement, le respect de la loi ou de l'ordonnance

doit entraîner des difficultés extraordinaires, qui ne sont pas imputables à une mauvaise organisation de l'entreprise. Cela signifie que la dérogation doit revêtir un caractère indispensable, soit apparaître comme une ultima ratio, qui est accordée lorsqu'aucune mesure moins contraignante ne semble concevable. Troisièmement, il faut que la dérogation soit minime (cf. ATF 139 II 49 consid. 6.1; 136 II 427 consid. 3.6). Cette notion ne peut faire l'objet d'une formule abstraite, le caractère minime dépendant de son importance pratique pour le travailleur - importance en chiffres absolus ou en pourcentage de la prolongation de la durée du travail ou de la réduction de la durée de repos - et de la durée pour laquelle la dérogation est autorisée (ATF 139 II 49 consid. 6.1 et les auteurs cités). La dérogation doit demeurer du domaine de l'exception et ne pas porter atteinte au but de protection de la loi (ATF 139 II 49 consid. 6.1). L'art. 28 LTr n'autorise pas la mise en place d'une dérogation générale, mais une exception fondée sur un cas concret et suppose donc un examen de l'ensemble des circonstances du cas d'espèce (ATF 139 II 49 consid. 6.1).

7.2. Il ne résulte pas de l'exposé des conditions susmentionnées que l'octroi d'une dérogation au sens de l'art. 28 LTr est subordonné à la démonstration que le travail de nuit ou le dimanche est indispensable "pour des raisons techniques ou économiques" au sens des art. 17 al. 2 et 19 al. 2 cum art. 28 OLT 1. Au demeurant, si l'on retenait une condition d'indispensabilité exactement identique à celle figurant aux art. 17 al. 2 et 19 al. 2 LTr pour l'octroi d'une légère dérogation au sens de l'art. 28 LTr, on ne verrait plus quelle portée cette dernière disposition aurait en lien avec le travail nocturne et dominical. En effet, si les conditions des art. 17 al. 2 et 19 al. 2 LTr sont réunies, l'autorisation est octroyée sur le fondement de ces dispositions. Pour sa part, l'art. 28 LTr permet à l'autorité compétente d'accorder une autorisation malgré le fait que les conditions légales pour l'octroi d'une telle autorisation ne sont pas tout à fait réalisées, pour autant que la dérogation demandée soit minime et que les autres conditions soient réunies (cf. HIRSIGER, op. cit., no 1 et 8 ad art. 28 LTr). Par conséquent, refuser, comme l'a fait le Tribunal administratif fédéral, l'application de l'art. 28 LTr à la recourante au motif

qu'elle n'a pas démontré, dans le cadre de l'examen de l'octroi d'une autorisation fondée sur les art. 17 al. 2 et 19 al. 2 LTr, que le travail de nuit et du dimanche était "indispensable pour des raisons techniques ou économiques" n'est pas satisfaisant.

Pour autant, le critère d'indispensabilité n'est pas étranger à l'application de l'art. 28 LTr. En effet, ainsi qu'il a été relevé, pour que le travail de nuit et le dimanche soit autorisé sur le fondement de l'art. 28 LTr, il faut notamment qu'aucune autre mesure moins contraignante n'apparaisse concevable. La dérogation doit ainsi revêtir un caractère indispensable, dans le sens qu'elle doit constituer une ultima ratio. La dérogation doit être en outre minime et il faut l'accord des travailleurs.

7.3. En l'occurrence, la recourante demande à être mise au bénéfice d'une dérogation permanente de minuit à minuit 30 tous les jours et pendant trois heures tous les dimanches pour qu'un collaborateur s'assure de la correcte mise en ligne des offres qu'elle lance à minuit la semaine et à midi le dimanche, réponde aux commentaires et questions des utilisateurs et trouve des solutions aux éventuels problèmes techniques. Elle prétend avoir l'accord de ses employés, mais ne le démontre pas. Par ailleurs, eu égard à la fréquence et au caractère permanent de la dérogation sollicitée, celle-ci ne peut être qualifiée de minime. En outre, elle n'apparaît pas comme une ultima ratio. En effet, pour éviter de devoir recourir au travail de nuit et le dimanche, il suffirait à la recourante de décaler le lancement de ses offres à d'autres horaires, puisque l'ensemble du travail nocturne et dominical est provoqué par ce lancement, ce que la recourante ne conteste pas. La contrainte est légère, car le travail de jour et du soir est compris entre 6 heures et 23 heures et peut même commencer à 5 heures ou finir à 24 heures et l'interdiction du travail le dimanche ne s'étend que sur 24 heures (cf. art. 10 LTr; cf. supra consid. 3.1). La recourante

ne saurait partant raisonnablement prétendre que l'application de la loi impliquerait des difficultés extraordinaires. Le fait que ses clients soient désormais habitués au lancement des offres à minuit ou à midi le dimanche ne constitue pas une circonstance particulière justifiant une dérogation, étant relevé que la législation sur le travail et le principe de l'interdiction du travail nocturne et dominical poursuivent un but de protection des travailleurs, qui ne saurait s'effacer devant les habitudes des consommateurs, quand bien même celles-ci auraient subi une certaine évolution depuis l'adoption des règles (cf. ATF 139 II 49 consid. 6.1; 134 II 265 consid. 5.5). On remarquera qu'accorder la dérogation sollicitée par la recourante reviendrait, compte tenu de son caractère permanent et régulier (toutes les nuits, tous les dimanches), à remettre en cause les choix du législateur quant aux horaires compris dans le travail de jour et du soir et les jours ouvrables, ce qu'il n'appartient pas aux autorités administratives ou aux juges de faire. Si un changement des horaires de travail de nuit et dominical ou un assouplissement des dérogations ou encore de nouvelles dérogations devaient être considérées comme nécessaires, il reviendrait au législateur de modifier dans la mesure utile la loi fédérale sur le travail et ses ordonnances d'application (cf. ATF 134 II 265 consid. 5.5).

7.4. En définitive, la conclusion du Tribunal administratif fédéral selon laquelle le SECO a refusé à bon droit la dérogation sollicitée en application de l'art. 28 LTr doit être confirmée.

8.

L'application du droit suisse actuellement en vigueur conduit ainsi au rejet du recours.

Succombant, la recourante doit supporter les frais judiciaires (art. 66 al. 1 LTF). Il n'est pas alloué de dépens (art. 68 al. 1 et 3 LTF).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce :

1.

Le recours est rejeté.

2.

Les frais judiciaires, arrêtés à 2'000 fr., sont mis à la charge de la recourante.

3.

Le présent arrêt est communiqué au mandataire de la recourante, au Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO) et au Tribunal administratif fédéral, Cour II.

Lausanne, le 24 mars 2021

Au nom de la IIe Cour de droit public
du Tribunal fédéral suisse

Le Président : Seiler

La Greffière : Kleber