

Article 28

## Indispensabilité du travail de nuit et du dimanche

(art. 17, 19 et 24 LTr)

- <sup>1</sup> Il y a indispensabilité technique lorsqu'un procédé de travail ou des travaux ne peuvent être interrompus ou reportés, notamment en raison :
- 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 ;
  - des risques qui en résulteraient pour la santé des travailleurs ou pour le voisinage de l'entreprise.
- <sup>2</sup> Il y a indispensabilité économique lorsque :
- 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 ;
  - le procédé de travail utilisé requiert inévitablement un investissement considérable, impossible à amortir sans travail de nuit ou du dimanche ; ou que
  - 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.
- <sup>3</sup> Sont assimilés à l'indispensabilité économique 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 :
- les biens ou services indispensables quotidiennement et dont une grande partie de la population considérerait le défaut comme une carence majeure, et dont
  - la nécessité est permanente ou se manifeste plus particulièrement de nuit ou le dimanche.
- <sup>4</sup> Il y a présomption d'indispensabilité pour les procédés de production et de travail énumérés à l'annexe.

### Généralités

Conformément au principe général, le travail de nuit et le travail du dimanche sont interdits (art. 16 et 18 LTr). Des dérogations peuvent être autorisées lorsqu'une entreprise peut faire la preuve d'un besoin urgent ou d'une indispensabilité technique ou économique.

A la différence du besoin urgent requis pour les travaux temporaires ou à court terme, la preuve de l'indispensabilité est exigée lorsqu'il s'agit de travail de nuit ou du dimanche périodique ou régulier. Dans ce cas, les exigences requises pour l'obtention d'une autorisation sont plus élevées et la situation doit être examinée avec plus de rigueur

que pour une autorisation portant sur des travaux temporaires justifiés simplement par un besoin urgent.

### Alinéa 1

Il y a indispensabilité technique lorsque le processus de travail ou de production ne peut être interrompu sans qu'il en résulte un dommage aux installations de production, au résultat du travail, à la sécurité, à la santé ou à la vie des travailleurs ou encore à l'intégrité de l'environnement de l'entreprise.

**Lettre a :**

Il y a indispensabilité technique au sens de la lettre a lorsque des processus de production continus ne peuvent être interrompus pendant plusieurs semaines, mois ou années sans qu'il y ait détérioration définitive des installations voire destruction complète de celles-ci. On rencontre par exemple cette situation s'agissant de fours à verre et installations de production d'aluminium par électrolyse. Si l'on arrêta ces installations pendant le week-end, il ne serait pas possible de les remettre en marche la semaine suivante.

On peut avoir des conditions analogues lors de la production d'un produit par charge (on parle aussi de fabrication par batch) : on fabrique un produit à partir de matières premières dans une installation ; le processus de production prend un temps déterminé ; une fois ce processus terminé, on en entame un nouveau avec une nouvelle charge. Il est essentiel qu'une fois entamé, le processus ne soit pas interrompu avant son achèvement. Les raisons qui interdisent l'interruption du processus peuvent être diverses : le produit ou les matières premières peuvent se détériorer ; l'installation peut être détruite ou gravement endommagée. La durée du processus de production joue également un rôle : si celui-ci dure plus longtemps que l'intervalle de temps dans lequel se situe le travail du jour et du soir, le travail de nuit devient nécessaire et l'indispensabilité technique est donnée. Si, en revanche, un cycle de production dure une journée ou que plusieurs cycles peuvent se dérouler en une même journée, le travail peut être interrompu sans problème à la fin d'un cycle de production et il n'y a pas d'indispensabilité du travail de nuit ou du dimanche.

**Lettre b :**

L'indispensabilité technique telle que l'entend la lettre b se distingue des situations décrites ci-dessus par le fait suivant : en cas d'interruption du processus de production, il y a un risque que se produise une situation mettant en danger la santé des travailleurs ou l'environnement de l'entreprise.

**Alinéa 2 :**

Si le premier alinéa prend en compte exclusivement les impératifs techniques et la sécurité des personnes, des installations et de l'environnement comme éléments établissant l'indispensabilité, le présent alinéa s'attache aux critères économiques.

**Lettre a :**

Il s'agit ici de procédés de production dont l'interruption ne représente pas de risque au sens de l'alinéa 1 mais entraîne des pertes particulièrement importantes en énergie, en matériel et en temps de production. Lorsqu'on éteint ou qu'on fait tourner à vide une installation, il peut en résulter un rebut de matériel et au coût lié à la consommation d'énergie s'ajoute le temps de production utilisé pour les travaux de nettoyage, sans qu'il y ait élaboration d'un produit utilisable. Lorsqu'on remet en marche l'installation, il peut également y avoir des pertes de matériel si la qualité voulue n'est pas obtenue du premier coup, une consommation supplémentaire d'énergie et un rallongement du temps de production sans contrepartie positive.

Ces pertes supplémentaires ne sont cependant à prendre en considération que s'il s'ensuit une perte de compétitivité par rapport à d'autres entreprises, qui, elles, n'ont à faire face qu'à des coûts d'interruption moindres voire négligeables ou qui ne sont pas tenues de respecter une interdiction du travail de nuit ou du dimanche. La justification de l'indispensabilité fondée sur la lettre a de l'alinéa 2 est donc souvent liée à une justification fondée sur la let. c du même alinéa.

Les procédés de travail évoqués à l'alinéa 1 peuvent également fonder l'indispensabilité économique au sens de l'alinéa 2, lettre 1 lorsque, dans le cadre de la production par charges, il subsiste dans la journée de travail des plages de temps importantes mais insuffisantes pour effectuer un nouveau cycle de production.

**Lettre b :**

Il y a aussi indispensabilité économique quand des investissements élevés par place de travail, liés au

procédé de production employé, ne pourraient être amortis sans un recours au travail de nuit ou du dimanche car l'entreprise ne serait alors plus compétitive. Si, en revanche, pour un faible investissement par place de travail, la capacité de production doit être accrue à long terme, il est alors envisageable d'aménager de nouvelles places de travail au lieu de recourir durablement au travail de nuit et du dimanche.

L'investissement minimal par place de travail qui justifie l'autorisation du travail de nuit fluctue, d'une branche économique à l'autre, entre 300 000 et 500 000 francs par place de travail de nuit. Pour le travail du dimanche, il doit être un peu plus élevé pour constituer un élément d'indispensabilité.

Le travail du dimanche reconnu indispensable pour des raisons économiques ne peut être autorisé que si toutes les autres possibilités ont été épuisées. Ainsi le travail du dimanche ne peut-il être autorisé s'il n'est pas fait usage de la possibilité de travailler le samedi et s'il n'y a pas recours au travail de nuit.

### **Lettre c :**

L'indispensabilité peut également résulter de la concurrence d'entreprises établies à l'étranger si celles-ci peuvent proposer leurs produits meilleur marché en raison de charges sociales et de salaires plus bas, de coûts d'investissement et de frais de transport moins élevés ou encore d'une plus grande proximité du marché. Pour rester compétitive, l'entreprise est alors contrainte de recourir au travail de nuit et du dimanche. Elle doit toutefois apporter la preuve de l'avantage concurrentiel des entreprises concurrentes étrangères, à moins que celui-ci ne soit généralement établi.

On prendra garde au fait que la comparaison ne peut être établie qu'avec des pays à niveau social comparable. Il n'est pas acceptable de prendre comme référence le niveau social de pays en voie de développement dans le seul souci de rester compétitif dans certaines branches. La prudence est recommandée avant de citer des pays membres de l'UE comme « pays concurrents ». Ces pays sont

en effet soumis à la directive européenne 2000/34, qui prescrit des conditions de travail similaires à celles qui sont prescrites en Suisse, sinon plus favorables aux travailleurs. Ladite directive fixe notamment une durée hebdomadaire maximale de travail de 48 heures.

### **Alinéa 3**

Les besoins particuliers des consommateurs sont assimilés à l'indispensabilité économique. Il s'agit en l'occurrence de la satisfaction de besoins d'intérêt public auxquels il est impossible de répondre autrement que par le travail de nuit ou du dimanche. Un tel besoin particulier des consommateurs ne peut être prouvé que si les conditions requises aux lettres a et b sont remplies en même temps. Là où l'appréciation devient difficile, c'est lorsqu'un besoin particulier est en train de naître. Le besoin en question ne finit souvent par être reconnu comme tel qu'au terme d'une période pendant laquelle l'offre correspondante aura été proposée dans l'illégalité. L'élément décisif est alors l'acceptation de ce besoin par la majorité de la population. Il peut fort bien exister des variations régionales en la matière.

### **Lettre a :**

Un besoin particulier des consommateurs est patent lorsque la fourniture d'un bien ou d'un service est ressentie comme nécessaire quotidiennement par la majorité de la population, c'est-à-dire que celle-ci considérerait son absence comme un manque important.

Dans le cadre des dispositions spéciales pour certaines catégories d'entreprises, l'OLT 2 mentionne nombre de ces besoins particuliers des consommateurs. Il s'agit p. ex. des entreprises situées en région touristique, des boulangeries, des entreprises de radiodiffusion et de télévision, des théâtres, des installations et équipement de sport, des entreprises d'approvisionnement en énergie et en eau. S'agissant d'entreprises qui proposent des prestations ou des marchandises comparables mais non

mentionnées dans l'OLT 2, les dérogations applicables à des entreprises de l'OLT 2 dont l'offre est plus ou moins similaire peuvent être appliquées par analogie.

Il doit s'agir de biens ou services dont la population a vraiment besoin tous les jours. Si de nombreuses personnes peuvent renoncer à cette offre le dimanche ou la nuit sans ressentir un manque, il ne s'agit alors pas d'un besoin particulier des consommateurs au sens des présentes instructions. Le fait que de petites minorités se prononcent pour la reconnaissance de la nécessité de cette offre n'y change rien. Ce principe s'applique en particulier si cette offre risque d'être ressentie comme perturbatrice par la majorité.

**Lettre b :**

Un besoin des consommateurs est considéré comme particulier soit lorsqu'il existe en permanence toute la journée et toute la semaine, soit lorsqu'il est plus important la nuit ou le dimanche en raison des activités sportives et de loisirs de la population à ces moments-là.

**Alinéa 4**

La pratique a montré que pour certains procédés de production donnés, l'indispensabilité a toujours pu être démontrée par le passé. Pour réduire l'ampleur des investigations nécessaires, on a constitué sur la base du présent alinéa une annexe à l'OLT 1, dans laquelle sont énumérés un grand nombre de procédés de travail pour lesquels l'indispensabilité du travail de nuit ou du dimanche permanent ou périodique de l'ampleur indiquée est présumée.

Cette présomption signifie que, pour les procédés de travail qui figurent dans cette annexe, la preuve de l'indispensabilité du travail de nuit ou du dimanche, de l'ampleur indiquée, n'a pas à être apportée. S'il reste néanmoins un doute quant à cette indispensabilité ou si des associations ou des personnes (au sens de l'article 58 LTr) déposent un recours contre l'octroi d'une autorisation, il faudra alors vérifier si l'indispensabilité peut vraiment être établie.