Tribunale federale
Tribunal federal

{T 1/2}
2A.542/2001/dxc

Arrêt du 1er octobre 2002
IIe Cour de droit public

Les juges fédéraux Wurzburger, président,
Hungerbühler, Müller, Yersin et Merkli,
greffière Dupraz.

Syndicat UNIA, 3000 Berne 23,
Syndicat SIB, section bernoise UNIA, 3001 Berne,
Syndicat FTMH, section bernoise UNIA, 3000 Berne 15,
recourants, tous les trois représentés par Me François Contini, avocat, rue Karl-Neuhaus 21, case postale 508, 2501 Bienne,

contre

Office cantonal de l'industrie, des arts et métiers et du travail du canton de Berne, Laupenstrasse 22, 3011 Berne,
Direction de l'économie publique du canton de Berne, Münsterplatz 3a, 3011 Berne,
Tribunal administratif du canton de Berne, Cour des affaires de langue française, Speichergasse 12, 3011 Berne.

autorisation d'employer du personnel deux dimanches de l'Avent par année

(recours de droit administratif contre le jugement du Tribunal administratif du canton de Berne, Cour des affaires de langue française, des 5/7 novembre 2001)

Faits:
A.
Le 1er juin 1997, l'Office cantonal de l'industrie, des arts et métiers et du travail du canton de Berne (ci-après: l'Office cantonal) a publié dans l'Information systématique des communes bernoises une « Autorisation globale temporaire du travail du dimanche ». Cette autorisation, valable du 1er mai 1997 jusqu'à nouvel avis, permettait aux magasins de vente du canton de Berne d'employer deux dimanches par an (jours de grande fête exclus) de 10 heures à 16 heures des femmes, des hommes et des jeunes gens ainsi que des apprenti(e)s occupés à la vente. L'Office cantonal énumérait en outre toutes les conditions que devaient respecter ceux qui feraient usage de cette autorisation.
B.
Les 30 novembre et 1er décembre 1999, le Syndicat du secteur tertiaire UNIA (ci-après: UNIA) a demandé des renseignements à l'Office cantonal sur l'emploi du personnel dans les magasins du canton de Berne, en particulier de la ville de Moutier, durant les dimanches précédant Noël.

L'Office cantonal a répondu par lettres des 15 et 21 décembre 1999. Il s'est notamment référé à l'autorisation globale du 1er juin 1997.
C.
Le 10 janvier 2000, UNIA, le Syndicat SIB-section bernoise UNIA (ci-après: SIB) et le Syndicat FTMH-section bernoise UNIA (ci-après: FTMH) ont recouru à la Direction de l'économie publique du canton de Berne (ci-après: la Direction cantonale) en concluant à l'annulation des décisions de l'Office cantonal des 15 et 21 décembre 1999 ainsi qu'à celle des autorisations d'employer du personnel le dimanche octroyées par l'Office cantonal dans le canton de Berne, plus spécialement dans les villes de Berne, Bienne, Thoune, Burg-

dorf, Langenthal et Moutier, et portant sur les dimanches 5, 12 et 19 décembre 1999; ils demandaient en outre à la Direction cantonale de constater que la pratique consistant à octroyer une autorisation générale, comme celle que l'Office cantonal avait accordée le 1er juin 1997, était contraire au droit fédéral et d'annuler avec effet immédiat la décision de l'Office cantonal du 1er juin 1997. Ils reprochaient à l'Office cantonal de ne pas avoir procédé à une pesée concrète des intérêts en présence, plus particulièrement de n'avoir pas examiné l'urgence du besoin, qu'ils contestaient au demeurant.

Par décision du 1er septembre 2000, la Direction cantonale a rejeté le recours, dans la mesure où il était recevable. Elle a estimé que seule l'autorisation globale du 1er juin 1997 pouvait faire l'objet d'un recours. Elle considérait que, pour le canton de Berne, il existait un besoin urgent au sens de l'art. 19 al. 3 - en vigueur depuis le 1er août 2000 - de la loi fédérale du 13 mars 1964 sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (ci-après: loi sur le travail ou LTr; RS 822.11) justifiant l'ouverture des magasins deux dimanches par an spécialement durant l'Avent.
Le 25 octobre 2000, l'Office cantonal a édicté une autorisation globale temporaire de travail dominical valable du 1er décembre 2000 au 31 décembre 2003 qui reprend les termes de celle du 1er juin 1997 sauf en ce qui concerne l'horaire: les magasins peuvent être ouverts de 10 heures à 18 heures.
D.
Les syndicats UNIA, SIB et FTMH ont recouru contre la décision de la Direction cantonale du 1er septembre 2000 auprès du Tribunal administratif du canton de Berne, Cour des affaires de langue française, (ci-après: le Tribunal administratif). Par jugement des 5/7 novembre 2001, le Tribunal administratif a partiellement admis le recours, dans la mesure où il était recevable: il a limité l'autorisation globale temporaire de travail dominical à deux des quatre dimanches de l'Avent (jours de grande fête exclus). Il a rejeté le recours pour le surplus.
E.
Agissant par la voie du recours de droit administratif, les syndicats UNIA, SIB et FTMH demandent au Tribunal fédéral, sous suite de frais et dépens pour les procédures cantonale et fédérale, d'annuler le jugement du Tribunal administratif des 5/7 novembre 2001 ainsi que les décisions de l'Office cantonal du 1er juin 1997 et de la Direction cantonale du 1er septembre 2000. Ils se plaignent essentiellement de violation du droit fédéral, notamment des art. 18 et 19 LTr. Ils contestent en particulier l'existence d'un besoin urgent en l'espèce.

Le Tribunal administratif se réfère au jugement attaqué. La Direction cantonale conclut au rejet du recours sous suite de frais. L'Office cantonal a expressément renoncé à prendre position.

Le Département fédéral de l'économie a déposé des observations.

Le Tribunal fédéral considère en droit:
1.
Le Tribunal fédéral examine d'office et librement la recevabilité des recours qui lui sont soumis (ATF 128 II 46 consid. 2a p. 47).
1.1 Déposé en temps utile et dans les formes prescrites par la loi contre un jugement rendu en dernière instance cantonale et fondé sur le droit public fédéral, le présent recours, qui ne tombe sous aucune des exceptions des art. 99 à 102 OJ, est en principe recevable en vertu des art. 97 ss OJ ainsi que de la règle particulière de l'art. 57 LTr, dans la mesure où il s'en prend au jugement du Tribunal administratif des 5/7 novembre 2001; c'est à juste titre que le Tribunal administratif a considéré que la voie du recours de droit administratif était ouverte à l'encontre de son jugement des 5/7 novembre 2001, après avoir rappelé que l'autorisation globale du 1er juin 1997 était une décision - ce qui ne va pas de soi, vu que ladite autorisation est de durée illimitée et ne dit pas concrètement quels dimanches les magasins peuvent rester ouverts - (cf. arrêt 2A.413/1994 du 5 septembre 1995, consid. 1b non publié in: RDAT 1996 I 63 188). En revanche, le présent recours est irrecevable en tant qu'il attaque la décision de l'Office cantonal du 1er juin 1997 et la décision de la Direction cantonale du 1er septembre 2000, car il ne s'agit pas de décisions prises par des autorités cantonales statuant en dernière instance au sens de l'art.
98 lettre g OJ.
1.2 Selon les art. 58 al. 1 LTr et 103 lettres a et c OJ, ont qualité pour recourir les employeurs et travailleurs intéressés et leurs associations ainsi que toute personne qui justifie d'un intérêt direct.

D'après leurs statuts respectifs, les recourants défendent tous les trois les intérêts matériels, professionnels, sociaux et culturels de leurs membres. De plus, ils sont ouverts à toute personne active dans le secteur tertiaire privé, en particulier dans la vente ou le commerce. Il y a donc lieu d'admettre qu'ils ont la qualité pour agir (cf. arrêt 2A.413/1994 du 5 septembre 1995, consid. 1e non publié, in: RDAT 1996 I 63 188).
1.3 En principe, la qualité pour recourir suppose un intérêt actuel à obtenir l'annulation de la décision attaquée. Le Tribunal fédéral fait toutefois abstraction de cette exigence lorsque la contestation peut se reproduire en tout temps dans des circonstances identiques ou analogues, que sa nature ne permet pas de la trancher avant qu'elle ne perde son actualité et que, en raison de sa portée de principe, il existe un intérêt public suffisamment important à la solution de la question litigieuse (ATF 125 II 497 consid. 1a/bb p. 499/500; 118 Ib 1 consid. 2b p. 8). En l'espèce, l'intérêt actuel a disparu, puisque l'autorisation globale du 1er juin 1997 qui est à l'origine du présent litige a été remplacée par l'autorisation globale du 25 octobre 2000. Toutefois, cette nouvelle autorisation globale reprend pour l'essentiel les termes de celle du 1er juin 1997 et la procédure ouverte à son encontre, qui est actuellement suspendue, ne pourra pas forcément être terminée avant qu'elle-même ne soit échue. Ainsi, une situation analogue pourrait se reproduire régulièrement sans qu'une procédure de recours ne puisse aboutir en temps utile. Dès lors, les conditions prévues par la jurisprudence rappelée ci-dessus sont remplies et il y a lieu
d'entrer en matière sur le fond.
2.
D'après l'art. 104 OJ, le recours de droit administratif peut être formé pour violation du droit fédéral, y compris l'excès et l'abus du pouvoir d'appréciation (lettre a) ainsi que pour constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents, sous réserve de l'art. 105 al. 2 OJ (lettre b). Le Tribunal fédéral vérifie d'office l'application du droit fédéral, qui englobe notamment les droits constitutionnels des citoyens (ATF 124 II 517 consid. 1 p. 519; 123 II 385 consid. 3 p. 388), sans être lié par les motifs invoqués par les parties (art. 114 al. 1 in fine OJ). Il n'en laisse pas moins une certaine liberté d'appréciation aux autorités inférieures dans l'application de concepts légaux indéterminés, en particulier lorsque des circonstances locales doivent être prises en considération. En raison de cette liberté d'appréciation, il examine avec retenue les questions que les autorités inférieures ont pu trancher sur la base d'une meilleure connaissance des circonstances particulières locales, techniques ou personnelles (ATF 119 Ib 254 consid. 2b p. 265). Par ailleurs, lorsque le recours est dirigé, comme en l'espèce, contre la décision d'une autorité judiciaire, le Tribunal fédéral est lié par les faits constatés dans cette
décision, sauf s'ils sont manifestement inexacts ou incomplets ou s'ils ont été établis au mépris de règles essentielles de procédure (art. 105 al. 2 OJ). En outre, le Tribunal fédéral ne peut pas revoir l'opportunité du jugement entrepris, le droit fédéral ne prévoyant pas un tel examen en la matière (art. 104 lettre c ch. 3 OJ).

La Direction cantonale a produit devant l'autorité de céans un certain nombre de pièces. Ces pièces ne peuvent pas être prises en considération en tant qu'elles concernent une période postérieure à la validité de l'autorisation globale du 1er juin 1997. Par ailleurs, dans la mesure où elles auraient déjà pu être déposées auprès du Tribunal administratif - le cas échéant, grâce à une enquête effectuée en temps utile auprès des commerçants intéressés -, il y a également lieu de les retrancher du dossier.
3.
3.1 La loi sur le travail a été modifiée par une novelle du 20 mars 1998, qui est entrée en vigueur le 1er août 2000. Le présent litige concerne l'autorisation d'employer du personnel deux dimanches de l'Avent en 1999. Le droit applicable en l'espèce est donc la loi sur le travail dans sa teneur d'avant le 1er août 2000. Au demeurant, le nouveau droit n'apporte pas de changements significatifs dans le domaine en cause ici. En principe, l'ancien droit peut donc être interprété à la lumière de la modification du 20 mars 1998, qui codifie la pratique et la jurisprudence.

La loi sur le travail consacre le principe de l'interdiction de travailler le dimanche à son art. 18 al. 1, 1ère phrase (cf., au sujet de la justification de ce principe, l'ATF 120 Ib 332 consid. 3a p. 333/334). Ce principe souffre cependant des exceptions. C'est ainsi que l'art. 19 al. 1 LTr (dans sa version d'avant le 1er août 2000) prévoit que l'autorité cantonale peut autoriser temporairement le travail du dimanche à trois conditions: il faut (a) qu'il existe un besoin urgent dûment établi, (b) que les travailleurs affectés à ce travail y consentent et (c) que l'employeur leur verse, en contrepartie, un supplément de salaire d'au moins cinquante pour cent. Dans sa

version actuelle, l'art. 19 LTr contient d'ailleurs les mêmes conditions.
3.2 Sous l'empire de l'ancien droit, le Tribunal fédéral a défini notamment la notion de besoin urgent.

Le 27 juin 1994, dans une affaire jurassienne (ATF 120 Ib 332 consid. 4b p. 334/335), il a relevé que la demande en biens de consommation augmentait pendant la période précédant Noël et que le besoin accru des consommateurs devait être satisfait durant une période très limitée dans le temps. Il a toutefois retenu que ces considérations ne permettaient pas encore d'établir l'urgence à satisfaire ces besoins par une ouverture des commerces le dimanche. Les consommateurs pouvaient acquérir des biens de consommation pendant les jours ouvrables. En outre, la commune de Porrentruy avait déjà autorisé deux ouvertures nocturnes des commerces durant la période précédant Noël. Une ouverture dominicale des commerces - demandée pour le dimanche 19 décembre 1993 de 14 heures à 18 heures 30 - ne correspondait donc pas à un besoin urgent de ces derniers, quand bien même, accompagnée d'animations diverses, elle aurait eu un effet publicitaire bienvenu.

Un peu plus d'un an après l'arrêt précité, le Tribunal fédéral s'est prononcé sur une affaire tessinoise dans un arrêt du 5 septembre 1995 (RDAT 1996 I 63 188, consid. 5c et 5d, p. 191/192). Il a souligné qu'au Tessin, des ouvertures dominicales des commerces durant la période précédant Noël étaient autorisées depuis 1934 et qu'elles étaient régulièrement accordées depuis une vingtaine d'années - soit depuis 1975 environ - pour un ou deux dimanche(s) après-midi par an. Il s'agissait d'un usage qui pouvait apparaître comme l'indice d'un besoin, que les clients satisferaient à l'étranger le cas échéant, compte tenu des conditions favorables existant en Italie (heures d'ouverture des magasins, taux de change). En outre, pendant la période précédant Noël, où la demande de biens de consommation est particulièrement forte, il y avait lieu de contrecarrer la tendance de la clientèle à aller s'approvisionner à l'étranger. Il est donc apparu que la conjonction d'une longue habitude d'ouverture dominicale des magasins durant la période précédant Noël et d'une situation économique difficile où il convenait de retenir les consommateurs au Tessin créait un besoin urgent justifiant une dérogation au principe de l'interdiction du travail
dominical. La dérogation accordée - qui concernait les magasins, les salons de coiffure, les pharmacies, les boucheries et les charcuteries - portait sur deux dimanches après-midi; elle reprenait en outre les conditions de l'art. 19 al. 1 LTr relatives au consentement des travailleurs et au supplément de salaire.

Plus récemment, le Tribunal fédéral a admis, dans une affaire vaudoise, l'existence d'un besoin urgent justifiant l'ouverture des magasins les dimanches 13 et 20 décembre 1998, de 14 heures à 18 heures (arrêt 2A.578/1999 du 5 mai 2000, spéc. consid. 4b). Il a souligné l'imbrication de l'animation qui résultait du marché de Noël de Montreux - dont les stands avaient été installés pour la plupart le long de la Grand-Rue et sous le marché couvert de Montreux - et de celle qui était due à l'ensemble de l'activité commerciale de la place. Il a relevé que cette interdépendance était une caractéristique de cette cause et que les critères dégagés dans l'affaire tessinoise précitée étaient réalisés dans le cas vaudois (tradition consistant à ouvrir les commerces montreusiens certains dimanches pendant la période précédant Noël; âpreté de la concurrence étrangère). Au demeurant, les commerçants en cause s'étaient expressément engagés à verser aux travailleurs concernés un supplément de salaire d'au moins cinquante pour cent.

A l'heure actuelle, l'art. 27 de l'ordonnance 1 du 10 mai 2000 relative à la loi sur le travail (OLT 1; RS 822.111) détermine ce qu'il faut entendre par besoin urgent; l'art. 27 al. 1 lettre c OLT 1 dispose:
« Le besoin urgent est établi lorsque s'imposent:
a. (...)
b. (...)
c. des interventions de durée limitée, de nuit ou le dimanche, dans le cadre d'événements de société ou de manifestations d'ordre culturel ou sportif procédant des spécificités et coutumes locales ou des besoins particuliers de la clientèle. »
4.
Les recourants reprochent au Tribunal administratif d'avoir violé les art. 18 et 19 LTr en confirmant une pratique consistant à accorder des autorisations globales de travail du dimanche sans examiner s'il existe un besoin urgent. Ils estiment d'ailleurs que l'octroi de toute autorisation générale dans ce domaine est incompatible avec la pesée des intérêts en présence nécessaire pour évaluer l'existence d'un besoin urgent. Ils nient en outre que

l'autorisation globale litigieuse puisse se fonder sur la loi bernoise du 4 novembre 1992 sur le commerce et l'industrie (ci-après: LCI), en particulier sur l'art. 11a LCI, en tant que cette réglementation irait à l'encontre de la force dérogatoire du droit fédéral. Les recourants soutiennent aussi que l'autorité intimée aurait violé le principe de la séparation des pouvoirs dans la mesure où le jugement attaqué créerait en fait une règle de niveau législatif. Enfin, ils nient l'existence d'un besoin urgent en l'espèce.
4.1 L'art. 18 LTr, qui interdit le travail dominical, fait partie des dispositions légales visant à protéger les travailleurs (cf. le message du 30 septembre 1960 du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant un projet de loi sur le tra vail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce, in FF 1960 II 885 ss, spéc. p. 909, 953 et 955-957). Le 1er décembre 1996, un projet de modification de la loi sur le travail, qui prévoyait notamment l'occupation des travailleurs sans autorisation officielle pendant six dimanches et jours fériés par an (cf. FF 1996 I 1275 ss, spéc. p. 1279), a été rejeté en votation populaire. Il est ressorti d'une analyse que l'assouplissement du travail dominical avait été un des éléments déterminants pour le rejet de ce projet (cf. le rapport du 17 novembre 1997 de la Commission de l'économie et des redevances du Conseil national au sujet de l'initiative parlementaire concernant la révision de la loi sur le travail, in FF 1998 p. 1128 ss, spéc. p. 1131). Le 1er décembre 1996, les citoyens bernois ont par ailleurs adopté l'art. 11a LCI, selon lequel deux jours fériés officiels par année, excepté les jours de grande fête, d'autres magasins que les laiteries, les boulangeries, les pâtisseries, les
confiseries, les magasins d'alimentation dont la surface ne dépasse pas 120 m2 et les magasins de fleurs, pouvaient également ouvrir de 10 heures à 16 heures (durée portée à 18 heures, le 6 avril 2000). Cette nouvelle disposition bernoise, qui n'est pas en soi incompatible avec le droit fédéral en vigueur, ne saurait cependant servir à le contourner (cf. ATF 125 I 431 consid. 3b/aa p. 434). De plus, il ne serait pas admissible d'introduire par une voie détournée une réglementation que le peuple a refusée en votation populaire et à laquelle le Parlement a renoncé même sous la forme atténuée de deux dimanches travaillés par an en adoptant la novelle du 20 mars 1998. A cet égard, la lettre du 10 mars 1997 de l'Office fédéral de l'industrie des arts et métiers et du travail (ci-après: l'Office fédéral), adressée aux autorités cantonales d'exécution de la loi sur le travail, puis sa circulaire d'octobre 1997, relative à la loi sur le travail concernant le travail du dimanche dans les magasins, sont critiquables. En effet, dans ces deux textes, l'Office fédéral a affirmé qu'il était possible d'accorder deux autorisations globales par année, sans analyser s'il existait véritablement un besoin. Ainsi, l'autorisation globale du 1er juin
1997 ne saurait se fonder valablement ni sur l'art. 11a LCI ni sur la lettre de l'Office fédéral du 10 mars 1997 pour établir une réglementation contraire à la loi sur le travail.

Au demeurant, le fait que l'autorisation du 1er juin 1997 ait un certain caractère global n'est pas en soi critiquable, bien que la définition de la décision contenue dans l'art. 5 PA n'indique pas à quelles conditions cela serait possible (cf. toutefois l'art. 30a PA; au sujet des décisions globales, Alfred Kölz/Isabelle Häner, Verwaltungverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2e éd., Zurich 1998, n. 493-495, p. 178/179). Or, il est indéniable que des raisons pratiques justifient parfois de régler un certain nombre de cas concrets dans une seule décision. En revanche, une telle simplification n'est admissible que dans le respect des exigences légales, ici notamment de la clause du besoin urgent dûment établi (cf. RDAT 1996 I 63 188, consid. 6, p. 193/194).
4.2 Reste à examiner si c'est à bon droit que l'autorité intimée a admis l'existence d'un besoin urgent dûment établi justifiant l'ouverture des commerces sur tout le territoire du canton de Berne durant deux dimanches de l'Avent, de 10 heures à 16 heures, voire 18 heures.

Dans le cas tessinois précité (RDAT 1996 I 63 188, consid. 5c et 5d, p. 191/192), le Tribunal fédéral a considéré qu'il existait un besoin résultant d'une longue tradition d'ouverture des commerces durant les dimanches précédant Noël - remontant à 1934. Il a également tenu compte d'une tradition, mais plus récente, dans l'affaire vaudoise susmentionnée (arrêt 2A.578/1999 du 5 mai 2000, consid. 4b). En l'espèce, l'examen du dossier ne fait pas apparaître une tradition de ce genre dans tout le canton de Berne. Il ressort du jugement attaqué que ce sont au contraire les ouvertures des commerces le dimanche qui ont provoqué différentes manifestations dans les principales localités bernoises. Or, une dérogation à l'interdiction du travail dominical n'est justifiée que si elle satisfait un besoin préexistant, et non pas si elle en crée un nouveau. Dans le cas particulier, on ne saurait par conséquent admettre qu'il existe un besoin urgent fondé sur une tradition pour l'ensemble du canton de Berne. Au surplus, s'il existait une tradition dans l'une ou l'autre commune bernoise, une dérogation à l'interdiction du travail dominical serait envisageable pour ladite commune, en raison des particularités de sa

situation. Ainsi, la dérogation
admise par l'autorité de céans dans l'affaire vaudoise évoquée ci-dessus (arrêt 2A.578/1999 du 5 mai 2000, consid. 4b), limitait ses effets aux commerçants requérants d'une seule localité. Enfin les communes qui satisfont aux besoins du tourisme (cf. art. 27 al. 2 lettre c LTr) peuvent être soumises à des dispositions dérogatoires.

Dans le cas tessinois précité (RDAT 1996 I 63 188, consid. 5d, p. 192), le Tribunal fédéral a aussi pris en considération l'existence d'un besoin résultant de la concurrence italienne spécialement vive, alors que la situation économique était déjà très tendue. Dans l'affaire vaudoise susmentionnée (arrêt 2A.578/1999 du 5 mai 2000, consid. 4b), il a également évoqué, mais dans une moindre mesure, l'élément de la concurrence étrangère. Dans le cas présent, ce facteur n'entre pas en ligne de compte. Le canton de Berne qui, au centre de la Suisse, ne subit pas une forte pression de la concurrence étrangère n'a pas une situation comparable à celle d'un canton frontalier. En particulier, on ne saurait suivre l'autorité intimée lorsqu'elle assimile les principales villes bernoises à des localités frontalières - sans les qualifier ainsi - en raison de la mobilité de la clientèle. En effet, une conception aussi large permettrait d'instaurer un régime frontalier pour l'ensemble du territoire suisse, du seul fait que les voies de communication routières et ferroviaires y sont performantes. De toute façon, des dérogations à l'interdiction du travail dominical ne sont accordées que restrictivement même aux commerces frontaliers, comme cela
ressort de l'arrêt concernant Porrentruy (ATF 120 Ib 332 consid. 5b et 5c p. 335-337).

Au demeurant, si une dérogation a été admise dans les affaires tessinoise et vaudoise précitées (cf. RDAT 1996 I 63 188, consid. 5d, p. 192/193 et arrêt 2A.578/1999 du 5 mai 2000, consid. 4b), c'est en raison de circonstances bien particulières qu'on ne retrouve pas dans la présente espèce. D'ailleurs, l'autorité intimée a elle-même admis qu'au regard de la jurisprudence relative à l'affaire jurassienne susmentionnée (ATF 120 Ib 332), on voyait mal selon quels critères un besoin urgent pourrait être reconnu dans le cas particulier (jugement attaqué, consid. 3.4.2 p. 24), d'autant que l'autorisation critiquée concerne tous les commerces de tout le territoire du canton de Berne.

Il apparaît dès lors que le Tribunal administratif a violé le droit fédéral en considérant qu'il existait un besoin urgent justifiant l'ouverture de tous les commerces du canton de Berne durant deux dimanches de l'Avent de 10 heures à 16 heures. Il n'est pas nécessaire d'examiner si cette violation de la loi sur le travail constitue, au surplus, une entorse au principe de la séparation des pouvoirs.

Comme l'une des conditions cumulatives auxquelles est soumis le travail dominical temporaire n'est pas remplie en l'espèce, il y a lieu d'annuler le jugement entrepris, sans examiner si les autres exigences sont satisfaites.
5.
Vu ce qui précède, le recours doit être admis, dans la mesure où il est recevable, et le jugement attaqué annulé.

Bien qu'il succombe, le canton de Berne n'a pas à supporter les frais judiciaires (art. 156 al. 2 OJ).

Les recourants ont droit à des dépens pour la procédure fédérale (art. 159 al. 1 OJ).

Il convient de renvoyer la cause à l'autorité intimée pour qu'elle statue sur les frais et dépens de la procédure cantonale

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce:

1.
Le recours est admis, dans la mesure où il est recevable, et le jugement du Tribunal administratif du canton de Berne, Cour des affaires de langue française, des 5/7 novembre 2001 est annulé.
2.
Il n'est pas perçu d'émolument judiciaire.
3.
Le canton de Berne versera aux recourants, créanciers solidaires, une indemnité de 2'000 fr. à titre de dépens

pour la procédure fédérale.
4.
La cause est renvoyée au Tribunal administratif du canton de Berne, Cour des affaires de langue française, pour qu'il statue sur les frais et dépens de la procédure cantonale.
5.
Le présent arrêt est communiqué en copie au mandataire des recourants, à l'Office cantonal de l'industrie, des arts et métiers et du travail, à la Direction de l'économie publique et au Tribunal administratif, Cour des affaires de langue française, du canton de Berne ainsi qu'au Département fédéral de l'économie.
Lausanne, le 1er octobre 2002
Au nom de la IIe Cour de droit public
du Tribunal fédéral suisse

Le président: La greffière: