

**Zeitschrift:** Revue syndicale suisse : organe de l'Union syndicale suisse  
**Herausgeber:** Union syndicale suisse  
**Band:** 73 (1981)  
**Heft:** 11-12

**Artikel:** Les modalités juridiques de la protection des travailleurs en Suisse  
**Autor:** Berenstein, Alexandre  
**DOI:** <https://doi.org/10.5169/seals-386082>

#### **Nutzungsbedingungen**

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

#### **Conditions d'utilisation**

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

#### **Terms of use**

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

**Download PDF:** 24.02.2026

**ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>**

# Les modalités juridiques de la protection des travailleurs en Suisse

par Alexandre Berenstein, Genève

*Cet article a paru à Munich en 1980, dans l'ouvrage collectif consacré à la mémoire de Sir Otto Kahn-Freund (Collection internationale d'études, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung). Nous remercions l'éditeur d'avoir autorisé la Revue syndicale à le reproduire.*

Réd.

1. C'est en tant que droit de protection des travailleurs que le droit du travail a pris naissance. Sa fonction a été à l'origine, et elle demeure encore dans l'essentiel, en Suisse comme dans la plupart des autres pays, de procurer un appui au travailleur en tant que sujet de droit éprouvant un besoin particulier de protection. La législation dite de protection ouvrière, qui a pris naissance au XIXe siècle et dont le développement s'est poursuivi au cours de ce siècle, a consisté dans l'adoption de règles juridiques destinées à réaliser l'intervention autoritaire de l'Etat dans les relations entre employeurs et travailleurs, afin de protéger ceux-ci de l'exploitation dont ils étaient victimes. L'employeur devait être tenu de se conformer à certains impératifs, notamment à des règles juridiques protégeant les enfants et les femmes, fixant la durée maximum du travail, lui interdisant de faire travailler son personnel ou des catégories déterminées de celui-ci pendant certaines périodes de la journée, de la semaine ou de l'année, lui imposant l'observation de mesures de sécurité et d'hygiène.

2. En Suisse, des lois de protection ouvrière ont, après la révolution industrielle, été édictées d'abord dans différents cantons, avant même la création en 1848 de l'Etat fédéral. L'ordonnance de Glaris sur le travail dans les filatures, du 14 janvier 1846, confirmée en 1848 par la *landsgemeinde*, n'est-elle pas le premier acte législatif qui ait institué dans les fabriques la limitation de la durée du travail pour l'ensemble des travailleurs – non seulement pour les femmes et les enfants, mais aussi pour les hommes adultes? En 1874, la constitution fédérale revisée a autorisé la Confédération à légiférer sur le travail des enfants et la durée du travail des adultes dans les fabriques ainsi que sur la protection des ouvriers contre l'exercice des industries insalubres et dangereuses (article 34 alinéa 1). Cette disposition constitutionnelle a été à l'origine de la loi sur le travail dans les fabriques de 1877 qui, soumise au référendum popu-

laire, a été adopté par 181 000 voix contre 170 000. La durée maximum du travail était encore fixée par cette loi à 11 heures par jour; elle a été abaissée à 48 heures par semaine par celle de 1919. Par la suite, la loi sur le travail de 1964 a pris le relais de la loi sur le travail dans les fabriques, la durée maximum hebdomadaire ayant été fixée à 46, puis à 45 heures pour les travailleurs des entreprises industrielles et les employés, le maximum applicable aux autres travailleurs demeurant fixé en principe à 50 heures. Quant à l'âge minimum d'admission au travail, il a passé de 14 ans (loi de 1877) à 15 ans (loi de 1938, confirmée par celle de 1964).

Si, par son article 34, la constitution fédérale de 1874 a conféré à la Confédération la compétence de légiférer dans le domaine de la protection ouvrière, une autre disposition de la charte fondamentale, l'article 64, a fait entrer dans la compétence fédérale le droit des obligations. De là l'origine du premier code fédéral des obligations, celui de 1881, qui réglementait notamment les contrats et parmi eux le contrat de louage de services (titre XI), devenu dans le code de 1911, actuellement en vigueur, le contrat de travail (titre X).

Actuellement comme en 1881, la législation fédérale comporte, dans le domaine du droit du travail, deux catégories de textes, contenant l'une les règles de droit public gouvernant la matière, l'autre celles du droit privé. Il n'y a donc pas eu, dans ce domaine, de codification d'ensemble. Ou, plus exactement, si la plupart des règles de la législation protectrice des travailleurs ont été codifiées dans la loi sur le travail<sup>1</sup>, celles du droit privé ont été réunies dans le code des obligations, le contrat de travail étant toujours considéré par le législateur, de même que par une grande partie de la doctrine, comme un contrat à l'égal des autres contrats du droit civil.

La séparation très nette entre le droit public d'une part et le droit privé de l'autre est d'ailleurs issue des règles constitutionnelles dont l'origine vient d'être rappelée. Le droit public est régi par l'article 34 de la constitution, qui ne fait qu'autoriser le législateur fédéral à réglementer un secteur déterminé, ainsi que par l'article 34 *ter*, dont la version actuelle (adoptée en 1947) l'autorise à édicter des lois sur la protection des travailleurs en général. Quant au droit privé, il demeure régi par l'article 64 de la constitution, en vertu duquel le droit des obligations «est du ressort de la Confédération», c'est-à-dire que le pouvoir fédéral est, dans ce domaine, seul compétent. Cette distinction a été explicitée par l'article 6 du code civil, qui proclame que les lois civiles de la Confédération laissent subsister les compétences des cantons en matière de droit public. Dès 1881, le législateur fédéral a entièrement utilisé sa compétence en matière civile, tandis qu'aujourd'hui encore, il n'a pas épuisé celle qu'il détient en vertu de l'article 34 *ter*. En raison de cette situation, la distinction à

<sup>1</sup> Contrairement à l'ancienne loi sur le travail dans les fabriques, qui contenait un certain nombre de dispositions de droit civil, la loi sur le travail ne contient que des règles de droit public.

faire entre droit public et droit privé a longtemps occupé la jurisprudence, le droit civil étant réservé en principe au pouvoir fédéral, tandis qu'en matière de droit public on se trouvait en présence de compétences concurrentes de la Confédération et des cantons. Cette querelle jurisprudentielle, en même temps que doctrinale,<sup>2</sup> s'est apaisée dans la mesure où la législation fédérale s'est largement étendue dans le domaine du droit public, englobant depuis la loi de 1964 la protection des travailleurs dans l'industrie, le commerce et les arts et métiers et ne laissant plus à la législation cantonale – pour autant qu'elle existe – que quelques branches économiques comme l'agriculture et le service de maison.

3. Bien évidemment, les règles du droit public – que contient la loi sur le travail, comme d'autres textes moins importants, notamment la loi sur le travail à domicile et la loi sur le travail dans les entreprises de transports publics – poursuivent un but caractérisé de protection des travailleurs, but qui est d'ailleurs souligné par la teneur de l'article 34 *ter* de la constitution. Les dispositions légales qui viennent d'être visées ont donc un caractère coercitif, l'Etat devant intervenir d'office pour assurer le respect des règles qu'il lui a paru utile d'imposer à la fois aux travailleurs, avant tout dans l'intérêt de ces derniers (mais aussi, accessoirement, des tiers: du «voisinage de l'entreprise»). Les pouvoirs publics agissent par le contrôle, la contrainte administrative et la sanction, c'est-à-dire par le canal de l'inspection du travail ou de la police et par la commination de sanctions pénales: amendes, voir même, dans certains cas, peines privatives de liberté. D'après la loi sur le travail, les sanctions pénales frappent avant tout l'employeur: celui qui a enfreint les dispositions de la loi ou des ordonnances d'exécution sur l'hygiène et la prévention des accidents, sur la durée du travail et du repos, ou sur la protection spéciale des jeunes gens ou des femmes (article 59). Quant au travailleur, il n'est punissable que s'il a violé intentionnellement une prescription relative à l'hygiène ou à la prévention des accidents; l'infraction par négligence est cependant également punissable si elle a mis sérieusement en danger la vie ou la santé d'autrui (article 60).

Mais si les dispositions du droit public – de la «législation protectrice» – constituent par excellence des règles tendant à la protection des travailleurs, il ne faut pas en déduire qu'elles soient seules dans ce cas. Les règles issues des conventions collectives ont une fonction protectrice tout aussi importante. Il en est de même, pour une bonne part, des règles de droit privé édictées par l'Etat.

4. Alors que les dispositions légales de droit public sont à sens unique, c'est-à-dire qu'elles ont pour seule fonction la protection des travailleurs, il n'en est naturellement pas de même des règles de droit privé. Incluses

<sup>2</sup> Il n'y a pas lieu d'aborder ici les controverses doctrinales touchant la délimitation entre droit public et droit privé. Il sied de rappeler cependant que le Tribunal fédéral a qualifié de règles «contenant du droit public» les dispositions du droit privé fédéral – notamment celles relatives au contrat de travail – qui ont été édictées dans l'intérêt général de la collectivité (arrêt du 4 mars 1938, ATF 64 I 29).

dans le code des obligations, les dispositions relatives au contrat de travail sont pour partie dispositives et pour partie impératives. Si les règles dispositives n'ont pour but que de suppléer à la volonté des parties lorsque celle-ci ne s'est pas exprimée, les règles impératives, en revanche, soustraient la solution de certains problèmes à la volonté des parties, le législateur les ayant résolus en lieu et place de ces dernières. Ces règles demeurent néanmoins, d'après la terminologie généralement admise, des règles de droit privé, car, à la différence des règles coercitives du droit public, leur violation ne donne pas lieu à une intervention d'office de l'Etat; il appartient à l'intéressé lui-même de poursuivre la satisfaction de ses droits devant les tribunaux compétents. D'autre part, en vertu des dispositions légales actuellement en vigueur, les règles impératives du droit privé du travail ne sont pas destinées seulement à la protection des travailleurs, mais contrairement aux règles du droit public, elles peuvent avoir pour fin la protection des employeurs. Jusqu'à une époque récente, cependant, il était généralement admis que les dispositions impératives, dans le domaine du contrat de travail, avaient pour objet essentiel, sinon unique, la protection du travailleur, considéré comme étant la partie la plus faible au contrat. Ces dispositions avaient été inscrites dans le code des obligations en considération du caractère personnel de l'obligation imposée au travailleur par la relation de travail et de la dépendance juridique qui en résulte pour lui; en considération aussi de la dépendance économique à l'égard de l'employeur dans laquelle se trouvent la grande majorité des travailleurs, dont le salaire constitue généralement l'unique moyen d'existence; on a mentionné encore, dans le même sens, le caractère social du travail et l'intérêt de la collectivité à une réglementation du contrat qui en constitue la base.<sup>3</sup>

Il est certes bien exact que certaines dispositions du code ont toujours été considérées comme ayant un caractère absolument impératif, c'est-à-dire que l'employeur tout comme le travailleur pouvaient les invoquer nonobstant stipulation contraire, mais il s'agissait de clauses peu nombreuses et qui découlaient des principes généraux du droit. La plus caractéristique est celle qui autorise l'une et l'autre des parties à rompre le contrat pour de justes motifs (article 352 du code, selon la teneur de la loi de 1911); il s'agit en somme d'une application de la *clausula rebus sic stantibus*; la doctrine et la jurisprudence ont en effet admis qu'une renonciation contractuelle au droit de résiliation anticipée pour de justes motifs ne déployait pas d'effets juridiques, qu'elle soit le fait de l'employeur ou du travailleur.<sup>4</sup> Mais il s'agissait là de cas exceptionnels, alors

<sup>3</sup> Oser/Schönenberger, *Das Obligationenrecht*, 2. Ausgabe, 1936, Vorbemerkungen zu Art. 319–362, N. 13–16; W. Hug, *Das Kündigungsrecht*, 1926, Band I, p. 142; A. Gysin, *Arbeitsrecht*, 1943, p. 16 s, 35; E. Schweingruber, *Das Arbeitsrecht der Schweiz*, 1946, p. 41.

<sup>4</sup> Arrêt du Tribunal fédéral du 22 janvier 1963, ATF 89 II 35; Oser/Schönenberger, op. cit., ad Art. 352, N. 38/39; H. Becker, *Obligationenrecht*, 1934, Band II, ad Art. 352, N. 47; Hug, op. cit., p. 149; Schweingruber, *Kommentar zum Dienstvertrag*, 3. Ausg. 1960, ad Art. 352, N. 1.

que dans un très grand nombre d'autres cas le code avait pour but la protection du travailleur et de lui seul, protection qui avait d'ailleurs été l'un des objectifs principaux de la révision du code des obligations en 1911.

Le 25 juin 1971, l'Assemblée fédérale adoptait une loi revisant les dispositions du code des obligations relatives au contrat de travail. Cette loi, entrée en vigueur, le 1er janvier 1972, a remplacé les dispositions jusqu'alors en vigueur, soit celles des titres X (contrat de travail) et X *bis* (contrat d'apprentissage) du code ainsi que de certaines lois spéciales, par des règles, incorporées au nouveau titre X (contrat de travail), destinées à tenir compte de l'évolution survenue dans le domaine des relations de travail au cours des soixante années qui ont suivi l'élaboration du code des obligations. Ce faisant, le législateur a entendu suivre des voies nouvelles. Le gouvernement fédéral, en présentant le projet de loi aux Chambres, déclarait que la situation économique des travailleurs s'était complètement modifiée; en période de plein emploi et de suremploi, leur dépendance à l'égard de l'employeur n'existerait plus dans la grande majorité des cas, «même si elle n'a pas encore complètement disparu pour certaines catégories de travailleurs, la main-d'œuvre à domicile par exemple». Il ajoutait que le plein emploi devant rester selon toute probabilité un but reconnu de la politique économique de l'Etat, le travailleur ne retomberait plus, à l'avenir, dans l'état de dépendance où il se trouvait autrefois. Le Conseil fédéral reconnaissait en revanche la persistance et même l'accroissement de la dépendance du salarié «des ordres et instructions de l'employeur», en d'autres termes sa «dépendance sur le plan de l'entreprise et sur le plan personnel». De là la proposition d'une réglementation tendant à garantir et protéger les intérêts légitimes des salariés et à sauvegarder ceux des employeurs, puisque le droit nouveau «doit créer un régime répondant équitablement aux intérêts des deux parties».<sup>5</sup>

5. Dans le nouveau texte du code, le législateur a inséré un chapitre – le chapitre IV du titre X – consacré aux «dispositions impératives»; ce chapitre comprend deux articles; l'un – l'article 361 – énumère les «dispositions auxquelles il ne peut être dérogé ni au détriment de l'employeur ni à celui du travailleur», et l'autre – l'article 362 – celles «auxquelles il ne peut pas être dérogé au détriment du travailleur». Autrement dit, aux dispositions relativement impératives, destinées à protéger l'une des parties au contrat – le travailleur –, qui étaient devenues caractéristiques de la réglementation du contrat de travail, le code a ajouté une série de dispositions absolument impératives, dont non seulement le travailleur, mais aussi l'employeur peut se prévaloir alors même que le contrat contiendrait une clause divergente. Le code veille ainsi à assurer la protection de l'employeur contre le travailleur, en même temps qu'il protège celui-ci contre celui-là. 25 articles ou fractions d'articles ont été

<sup>5</sup> Message du Conseil fédéral du 25 août 1967, *Feuille fédérale* 1967 II p. 281ss.

inscrits dans la liste des dispositions absolument impératives, tandis que 55 articles ou fractions d'articles ne protègent que le travailleur.

Parmi les dispositions auxquelles le législateur a conféré un caractère absolument impératif, il convient de citer, en dehors de celles qui se rapportent à la résiliation immédiate du contrat pour de justes motifs (articles 337, 337 *b* et 346), déjà considérées comme absolument impératives sous le régime des anciennes dispositions légales, la disposition relative à l'obligation pour le travailleur d'exécuter du travail supplémentaire (article 321 *c*), la réglementation relative au salaire afférent aux vacances (article 329 *d*), une disposition relative au délai de résiliation du contrat (article 336 *b*), les règles relatives aux conséquences pécuniaires de la non-entrée en service ou de l'abandon injustifié de l'emploi (article 337 *d*).

Il serait hors de propos d'examiner dans le cadre de la présente étude la mesure dans laquelle de telles dispositions peuvent, dans chaque cas particulier, trouver une justification valable,<sup>6</sup> mais on peut s'interroger à bon droit sur la valeur de la motivation qui a conduit le législateur à cette solution. La situation de plein emploi et de suremploi que le gouvernement a mise à la base de son raisonnement a d'ailleurs disparu pour faire place à la récession, et l'on a pu s'apercevoir que la dépendance économique des travailleurs est loin d'avoir disparu.

Quoiqu'il en soit, il demeure dans le code des obligations de nombreuses dispositions impératives qui, comme c'était le cas naguère, sont destinées à protéger exclusivement le travailleur. Parmi ces dispositions, citons notamment celles qui concernent le droit du travailleur à son salaire en cas d'empêchement de travailler (articles 324, 324 *a* et 324 *b*), la durée des vacances payées (articles 329 *a*, 329 *b* et 345 *a*), les conséquences pécuniaires du licenciement injustifié (article 337 *c*), le paiement d'une indemnité de départ dans les cas prévus par la loi (articles 339 *b* et 339 *c*).

6. Mais il ne suffisait pas de prévoir l'interdiction de déroger aux dispositions légales dont la liste figure aux articles 361 et 362 du code. Encore fallait-il déterminer la sanction qui frapperait l'inobservation de la règle impérative. Cette sanction est expressément prévue par la loi. Selon l'article 362 alinéa 2, les accords conclus entre les parties, les dispositions de contrats-types de travail et de conventions collectives qui dérogent au détriment du travailleur aux dispositions légales présentant un caractère relativement impératif sont frappés de nullité. Quant à l'article 361 alinéa 2, qui concerne les règles absolument impératives de la loi, il frappe aussi de nullité les accords et les clauses de contrats-types et de conventions collectives qui y dérogent.

Le problème n'est cependant pas entièrement résolu par là, car il s'agit encore de connaître exactement les conséquences de la nullité.

<sup>6</sup> Voir à ce sujet nos critiques dans la *Revue syndicale suisse* 1969, p. 88s., et 1971, p. 257s., ainsi que dans notre rapport publié dans le *Bulletin de la Fédération suisse des avocats*, 1974, No 45, p. 15, et reproduit dans nos *Etudes de droit social*, 1979, p. 155s.

En principe, une nullité ne peut être couverte, aussi longtemps que sa cause subsiste, même par l'exécution volontaire; la validité de cette dernière presuppose que les conditions de la nullité aient disparu et qu'un nouvel acte de même contenu et répondant aux exigences de l'ordre juridique ait été conclu.<sup>7</sup> Il n'en demeure pas moins que la disposition à laquelle il ne peut être valablement dérogé peut conférer un droit de créance et que, d'une manière générale, le créancier est toujours libre d'annuler conventionnellement la créance dont il est titulaire (article 115 du code des obligations). Le problème qui se pose est dès lors de savoir si, par nullité de l'engagement pris par l'une des parties à l'égard de l'autre, l'on entend seulement l'invalidité d'une renonciation *anticipée* à la faculté de faire valoir sa créance, ou si l'on entend aussi par là l'invalidité de la renonciation à cette faculté intervenant au moment où l'obligation a effectivement pris naissance ou même postérieurement à ce moment.<sup>8</sup> En d'autres termes, il s'agit d'apprécier l'efficacité de la quittance pour solde de compte qu'expressément ou tacitement, le travailleur pourrait donner à l'employeur qui, se fondant ou non sur les termes du contrat, ne lui aurait pas payé certaines prestations pécuniaires prévues par une disposition impérative de la loi (paiement du salaire pour les heures de travail supplémentaires, du salaire afférent aux vacances, du salaire en cas d'empêchement de travailler, etc.).

Le problème a été tout d'abord résolu par la jurisprudence avant la révision des dispositions légales, à propos de l'application de la loi du 13 juin 1941 sur les conditions d'engagement des voyageurs de commerce. Selon l'article 19 de cette loi,<sup>9</sup> un certain nombre de prescriptions qu'elle contenait (notamment celles qui concernaient le paiement du salaire et de la provision et le remboursement des frais) ne pouvaient être conventionnellement écartées ni modifiées au préjudice du voyageur; était de plus déclarée nulle toute disposition conventionnelle contrevenant aux dispositions impératives de la loi. Appelé à interpréter cette disposition dans un cas où l'employeur soutenait que le voyageur avait, par la signature de quittances pour solde de compte, valablement renoncé à réclamer le remboursement de ses frais, le Tribunal fédéral a statué en 1953 que s'il était en principe possible de renoncer à une créance acquise en vertu d'une règle de droit impérative, encore fallait-il savoir quand, selon la nature de la prétention et le sens de la disposition légale qui en est le fondement, une telle renonciation pouvait valablement intervenir, et dans quel cas une attitude donnée du créancier pouvait être interprétée comme constituant une renonciation. Dans le cas particulier, la protection conférée par la loi avait été prévue en vue de la

<sup>7</sup> Von Tuhr/Peter, *Allgemeiner Teil des Schweiz. Obligationenrechts*, 3. Ausgabe 1979, I p. 229; Oser/Schönenberger, op. cit., ad Art. 20, N. 58.

<sup>8</sup> Voir W. Yung, La renonciation au bénéfice de la loi en droit privé suisse, in: *Travaux de l'Association Henri Capitant*, tome XIII, 1963, p. 321 ss.; reproduit dans Yung, *Etudes et articles*, 1971, p. 128.

<sup>9</sup> La loi de 1941 a été abrogée par celle de 1971 revisant le code des obligations.

protection du voyageur, et cette protection, pour être efficace, devait durer au moins aussi longtemps que le rapport contractuel de dépendance. En raison des motifs qui avaient amené le législateur à considérer ces dispositions comme impératives, la renonciation aux droits garantis par elles, intervenue pendant la durée de l'engagement, apparaissait comme incompatible avec la protection désirée, à défaut de quoi le but poursuivi par le législateur, soit l'assainissement des conditions d'engagement des voyageurs de commerce, eût été mis en danger. La volonté des parties en présence ne saurait être invoquée à l'encontre de la nullité d'une stipulation contractuelle contraire aux règles impératives de la loi.<sup>10</sup> Dans un arrêt ultérieur, le Tribunal fédéral a précisé qu'il n'y avait pas lieu d'examiner si, au moment de la renonciation du voyageur à ses droits, ce dernier se trouvait encore effectivement dans un rapport de dépendance à l'égard de son employeur; il s'agit seulement, a-t-il dit, de savoir si l'accord intervenu l'a été dans un contrat d'engagement ou pendant la durée du contrat, la renonciation survenue avant l'expiration du délai de congé et pendant la durée du contrat étant nulle.<sup>11</sup>

7. Lorsqu'en 1956 fut adoptée une loi modifiant les dispositions du code des obligations relatives à la convention collective de travail, il a été inscrit dans cette loi, à l'instar de la règle du paragraphe 4 alinéa 4 du *Tarifvertragsgesetz* allemand de 1949, une disposition qui, tout en conférant en principe un effet direct et impératif aux clauses relatives à la conclusion, au contenu et à l'extinction des contrats individuels de travail soumis à la convention, a prévu que «tant que dure le contrat individuel et dans le mois qui suit son expiration, le travailleur ne peut renoncer aux droits que lui confèrent les clauses impératives de la convention» – c'est-à-dire qu'il ne peut y renoncer valablement (article 323 du code des obligations dans la teneur de la nouvelle du 28 septembre 1956). Cette disposition, qui a été reprise dans la nouvelle de 1971, a été étendue par elle aux créances résultant de dispositions impératives de la loi.<sup>12</sup>

Ainsi, la jurisprudence développée en 1953 par le Tribunal fédéral a été incorporée à la loi. La nullité ne se trouve dès lors pas couverte par l'exécution de l'acte nul et par la renonciation de la partie protégée au bénéfice de cette nullité. Sans aller jusqu'à la solution du droit allemand, qui (sous réserve d'une transaction approuvée par les partenaires sociaux

<sup>10</sup> Arrêt du 28 avril 1953 (ATF 79 II 210s.).

<sup>11</sup> Arrêt du 29 novembre 1955 (ATF 81 II 630s.). Il convient cependant d'ajouter que, dans un arrêt du 5 octobre 1965, le Tribunal fédéral est partiellement revenu sur cette jurisprudence en considérant que le voyageur qui avait accepté pendant un certain temps les versements effectués, sans faire de réserves, pouvait être considéré comme abusant manifestement de son droit s'il réclamait ultérieurement le paiement de frais supplémentaires (ATF 91 II 386). Cet arrêt paraît critiquable, car il ne tient pas compte de la dépendance économique dans laquelle se trouve le travailleur, dépendance qui a précisément conduit le législateur à adopter des règles de caractère impératif. Or cette dépendance subsiste en tout cas pendant la durée du contrat.

<sup>12</sup> Article 341, alinéa 1, du code des obligations: «Le travailleur ne peut pas renoncer, pendant la durée du contrat et durant le mois qui suit la fin de celui-ci, aux créances résultant de dispositions impératives de la loi ou d'une convention collective.»

ou d'un délai de déchéance figurant dans la convention collective) n'institue pas de limite dans le temps à l'invalidité de la renonciation aux droits résultant d'une convention collective, le législateur a fait un pas de plus, en prolongeant d'un mois, au-delà de la dissolution du contrat individuel, la période pendant laquelle la renonciation ne peut valablement être donnée. D'autre part, la loi ne se borne plus à prévoir l'invalidité de la renonciation aux droits résultant de la convention collective, mais elle y assimile la renonciation aux droits qui résultent d'une disposition impérative de la loi. Le problème du délai supplémentaire, postérieur à l'expiration du contrat individuel et pendant lequel une renonciation demeure sans effets juridiques, a fait l'objet de controverses lors des travaux préparatoires de la loi de 1956. Après avoir discuté une proposition aux termes de laquelle ce délai aurait été fixé à trois mois, les Chambres se sont finalement arrêtées au délai d'un mois, à l'expiration duquel toute dépendance économique à l'égard de l'employeur est censée avoir disparu.<sup>13</sup>

8. Pas plus que le contrat individuel de travail, la convention collective de travail ne doit sa création aux juristes. Elle est née de la pratique, bien avant que le législateur n'intervienne pour la réglementer. Dès sa naissance – à la différence du contrat individuel – elle a eu pour fonction essentielle d'assurer la protection des travailleurs; il s'agissait de garantir l'application de normes minimums aux travailleurs occupés par les entreprises liées par le «tarif». Ce caractère de la convention collective en tant qu'instrument de protection des travailleurs ne disparaissait pas du fait qu'à l'époque, très souvent, les employeurs cherchaient à obtenir et obtenaient effectivement en contrepartie le soutien des travailleurs à l'encontre des employeurs dissidents, des «gâcheurs des prix» qui, n'étant pas affiliés à l'association patronale, payaient des salaires inférieurs à ceux du tarif et pouvaient ainsi offrir leurs services à plus bas prix. En l'absence de réglementation législative, on s'est d'abord demandé comment il était possible de réaliser dans le cadre du droit existant la protection recherchée par la conclusion de la convention collective. En Suisse comme dans d'autres pays, diverses constructions théoriques ont été échafaudées à cet effet. La loi genevoise de 1900 a d'abord tenté de donner aux tarifs valeur d'usage au sens du code des obligations.<sup>14</sup> Finalement, la valeur normative des contrats collectifs a été reconnue sur le plan fédéral par le code des obligations en 1911; l'article 323 du code

<sup>13</sup> Le travailleur n'a pas besoin, comme c'est le cas en droit français (article L. 122-17 du code du travail), de dénoncer dans un délai déterminé la quittance pour solde de compte. Le Tribunal fédéral a admis que le nouvel article 341 alinéa 1 du code des obligations exclut non seulement toute renonciation expresse, mais aussi toute renonciation tacite par actes concluants du travailleur. Ce ne peut être le sens de la loi, a-t-il relevé encore, que de vouloir retirer au travailleur, par le biais de l'article 2 alinéa 2 du code civil (concernant l'abus de droit), la protection accrue qui résulte pour lui de la nouvelle disposition (arrêt du 14 février 1979, ATF 105 II 40).

<sup>14</sup> Cf. M. Battelli, Les lois genevoises de 1900 et de 1904 sur les tarifs d'usage et les conflits collectifs de travail, in: *Mélanges Antony Babel* 1963, t. II, p. 343s.

frappait de nullité les stipulations des contrats individuels qui dérogeaient aux clauses des contrats collectifs touchant les conditions du travail; il précisait de plus que les clauses nulles étaient remplacées par celles du contrat collectif. Ainsi le caractère impératif de ces clauses, que certains auteurs entendaient tirer de la nature même du contrat collectif,<sup>15</sup> se trouvait désormais fondé sur une base légale.

Cette disposition du code des obligations laissait cependant une marge à l'interprétation. Le contrat collectif avait-il un effet impératif absolu, en d'autres termes ne pouvait-il – sauf disposition expresse de la convention – y être dérogé ni en faveur ni au détriment du travailleur? Ou bien convenait-il d'interpréter le contrat comme ne fixant que des conditions minimums? La doctrine admettait dans sa grande majorité le principe de la clause la plus favorable (*Günstigkeitsprinzip*), en vertu duquel les accords plus favorables au travailleur l'emportent sur les dispositions du contrat collectif. Suivant l'exemple de la loi allemande (*Tarifvertragsgesetz*, paragraphe 4, alinéa 3) et du code français du travail (article 31 du livre Ier, devenu l'article L. 132-10), le législateur de 1956 a consacré dans le texte légal ce principe, qui figure actuellement à l'article 357 du code des obligations. Cette disposition institue, sous réserve des stipulations contraires de la convention collective, l'effet direct et impératif des clauses de cette dernière relatives à la conclusion, au contenu et à l'extinction des contrats individuels de travail, les accords dérogeant aux clauses impératives étant nuls, et étant précisé d'autre part que «les dérogations stipulées en faveur des travailleurs sont valables». Ainsi se trouve renforcé le caractère protecteur de la convention collective.

9. La loi permet aux pouvoirs publics, sur requête des partenaires sociaux, de décréter l'extension d'une convention à l'ensemble de la profession (loi du 28 septembre 1956), mais la portée d'une telle décision ne consiste que dans l'extension du champ d'application personnel du texte conventionnel. Pour le surplus, les clauses étendues conservent leur caractère de droit privé, en même temps, naturellement, que leur caractère impératif. L'Etat, malgré la caution qu'il donne à la convention en prononçant l'extension de son champ d'application, ne lui confère pas les attributs résultant du droit public; il ne la rend pas coercitive.

Il n'empêche que les partenaires sociaux qui ont conclu une convention collective disposent souvent, selon la puissance qui est la leur et la cohésion dont il font preuve, de moyens de pression tels qu'ils peuvent être en mesure d'imposer à l'ensemble de la profession, sans même recourir à la voie de la demande d'extension, l'observation des normes fixées conventionnellement. Certaines dispositions légales leur en donnent d'ailleurs les moyens (voir notamment les articles 356 a et 356 b du code des obligations).<sup>16</sup>

<sup>15</sup> Cf. notamment Lotmar, *Der Arbeitsvertrag*, 1902, Bd. I, p. 755s.

<sup>16</sup> Nous renvoyons à cet égard à notre étude: Exclusivité syndicale et champ d'application des conventions collectives en Suisse, in: *Revue internationale du travail*, LXXXV, 1962, p. 111 s.

10. Le fait que la convention collective exerce, comme la législation dite protectrice, une fonction de protection des travailleurs, est à l'origine de la concurrence que se livrent convention collective d'une part et législation protectrice de l'autre. Cette concurrence se traduit en Suisse par un effacement de la législation protectrice des travailleurs devant la réglementation par le canal des conventions collectives, qui sont censées remplir une fonction analogue. C'est ainsi que, laissant ce secteur aux conventions, le législateur se refuse à intervenir en matière de fixation des salaires. Dans les milieux syndicaux, d'ailleurs, on a souvent manifesté peu d'intérêt pour les progrès de la législation protectrice, préférant mettre l'accent sur les négociations collectives pour parvenir à l'amélioration des conditions de travail. Dans la mesure où le syndicat peut obtenir par sa propre action une telle amélioration, il préfère en conserver le bénéfice, plutôt que de le devoir au législateur. Effectivement, les syndicats les mieux organisés et qui jouissent d'une grande influence dans leur branche sont très réservés à l'égard de la législation. Mais tel n'est pas le cas de ceux dont l'impact est moindre et qui n'obtiennent pas facilement la conclusion de conventions collectives, ou du moins de conventions collectives avantageuses.

11. Le législateur a tenu compte de cette situation en inscrivant dans la loi fédérale sur le travail des dispositions destinées à coordonner le droit collectif avec la législation protectrice. S'adressant à l'autorité administrative cantonale, qui doit, en cas d'infraction à la loi, à une ordonnance ou à une décision fondée sur la loi, mettre en demeure le contrevenant, sous commination des peines de droit, de respecter l'ordre légal, l'article 51 de la loi sur le travail l'autorise, lorsque l'infraction constitue en même temps une violation d'une convention collective, à tenir compte d'une manière appropriée des mesures que les parties contractantes ont prises pour faire respecter la convention. Dans son message à l'appui du projet de loi, le Conseil fédéral s'exprimait à cet égard comme suit: «Cette innovation répond à un besoin car, de plus en plus, les conventions collectives contiennent des dispositions relatives à la durée du travail et au repos et prévoient des sanctions en cas d'infraction à ces dispositions, ce que le législateur ne saurait tout simplement ignorer. Un régime d'exécution de la loi qui ne prendrait pas en considération les réglementations établies par les conventions collectives de travail ne donnerait pas satisfaction dans la pratique et ne tiendrait pas compte de la volonté qu'on a de favoriser le plus possible la collaboration entre employeurs et travailleurs. En outre, le cumul des peines légales et des sanctions prévues par les conventions collectives pourrait être la cause de traitements par trop rigoureux que ni le législateur, ni les parties contractantes n'ont voulu.»<sup>17</sup>

Quant à l'article 61 de la loi sur le travail, il s'adresse au juge pénal. Selon cette disposition, lorsqu'en vertu d'une convention collective, le contre-

<sup>17</sup> Message du 30 septembre 1960, *Feuille fédérale* 1960 II p. 984.

venant a été frappé d'une peine conventionnelle appropriée, le juge peut réduire l'amende ou n'en infliger aucune.

Ainsi donc, si normalement le droit public prime les mesures qui peuvent être prises par les parties, ici, il peut devenir subsidiaire aux mesures prises par voie conventionnelle, cette subsidiarité s'appliquant même aux sanctions pénales. Cette situation, qui peut paraître quelque peu paradoxale, s'explique par la grande importance que l'on attache en Suisse aux dispositions adoptées conventionnellement par les partenaires sociaux. Ce faisant, le législateur a confirmé d'une manière éclatante le caractère protecteur qui découle des règles stipulées par les conventions collectives.

12. Sans égard à la situation spéciale qui résulte des deux dispositions de la loi sur le travail qui viennent d'être mentionnées, le code des obligations donne en principe la prééminence à la loi sur la convention. Selon son article 358, le droit impératif de la Confédération et des cantons l'emporte sur la convention, ce «droit impératif» pouvant consister aussi bien dans la législation protectrice que dans les règles de droit civil.<sup>18</sup> Mais, en vertu de la même disposition, les dérogations stipulées dans la convention en faveur des travailleurs sont valables, à moins que le droit impératif ne s'y oppose expressément. Ainsi retrouve-t-on dans ce cadre aussi le principe de la clause la plus favorable.

13. Enfin convient-il de mentionner encore, parmi les instruments juridiques de protection des travailleurs, les contrats-types de travail. A vrai dire, le caractère protecteur se trouve ici fort atténué, puisque les dispositions des contrats-types n'ont pas de valeur réellement impérative. On entend par contrats-types des règlements, édictés sur le plan du droit privé par la Confédération ou les cantons et régissant les conditions du travail dans une profession déterminée; ils s'appliquent directement, sauf accord contraire des parties, aux rapports de travail qu'ils régissent; il peut y être prévu que certaines de leurs dispositions ne peuvent faire l'objet de dérogations que si elles sont passées en la forme écrite (article 360 du code des obligations).<sup>19</sup> Les cantons sont tenus d'édicter des contrats-types dans les deux branches principales de l'économie privée auxquelles ne s'applique pas la loi sur le travail, à savoir le travail agricole et le service de maison. Il s'agit ici de remplacer tout aussi bien

<sup>18</sup> Il faut cependant apporter une réserve à ce principe, les conventions collectives, ainsi que les contrats-types, pouvant, en vertu de dispositions expresses de la loi, déroger à certaines règles impératives de cette dernière. Il en est ainsi en ce qui concerne les délais de paiement du salaire (article 323 alinéa 1 du code), le taux de la retenue admissible sur le salaire (article 323a alinéa 2), la réglementation des vacances (article 329 e alinéa 1), mais, dans ce dernier cas, seulement s'il en résulte une réglementation au moins équivalente pour les travailleurs.

<sup>19</sup> On peut noter que, d'ailleurs, le code des obligations contient lui-même certaines dispositions impératives auxquelles il peut cependant être dérogé par écrit; il en est ainsi en ce qui concerne la rétribution des heures supplémentaires (article 321 c alinéa 3), le paiement du salaire en cas d'empêchement de travailler (article 324 a), les modalités de remboursement des frais (article 327 a alinéa 2).

une législation de droit public qui fait défaut que les conventions collectives, inexistantes dans ces branches. En fait, les dérogations au texte des contrats-types sont extrêmement rares, de sorte qu'on ne saurait nier la fonction protectrice qui est la leur, si même elle est moins accentuée que dans les autres catégories d'instruments juridiques que nous avons passées en revue.

14. Nous avons pu constater, tout au long de cet exposé, que la législation protectrice des travailleurs, au sens classique de ce terme, n'est seule à assurer la protection juridique des travailleurs. Les autres catégories d'instruments juridiques existant dans le domaine du droit du travail – législation civile, conventions collectives, voire même, dans une certaine mesure, contrats-types – participent à cette protection, qui se trouve, en définitive, assurée par la combinaison de ces différents modes de création de règles de droit.