Zeitschrift: Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 52 (1933)

Artikel: Les rapports entre le contrat de travail et la législation protectrice du travail

Autor: Richard, Albert

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-896222

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: 04.02.2026

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

Les rapports entre le contrat de travail et la législation protectrice du travail

par Albert Richard,
professeur à la faculté de droit de Genève.

SOMMAIRE.

Introduction 106a

Chapitre I: La nature et l'objet du contrat de travail.

§ I. La place du contrat de travail dans la législation du travail 107a

§ II. Les règles impératives du contrat de travail . 110a

Chapitre II: La nature et l'objet de la législation protectrice du travail.

§ I. Le problème dans la doctrine allemande . . . 115a

§ II. Le problème en droit suisse 123a

A. L'état actuel de la législation du travail . 123a

B. Les subdivisions de la législation du travail . 125a

C. La nature de la législation protectrice du travail 128a

Chapitre III: Les rapports entre le contrat de travail et la législation protectrice du travail en Suisse.

§ I. Le fondement de droit privé de la législation protectrice du travail 131a

§ II. Les effets de droit privé de la législation protectrice du travail 133a

Conclusion 139a

Introduction.

Les relations entre employeurs et employés sont soumises à des règles multiples et de natures différentes. Notre tâche consiste à examiner les rapports existant entre ces diverses dispositions, à établir les domaines auxquels elles appartiennent et à déterminer les effets qu'elles peuvent produire.

Depuis l'époque où les normes du contrat de travail se sont révélées insuffisantes, une série de lois spéciales ont été édictées, en Suisse comme dans les autres pays, pour répondre à des préoccupations de politique sociale et corriger des abus au fur et à mesure qu'ils apparaissaient. Des catégories particulières de travailleurs ont été visées, le législateur cherchant à adapter les mesures qu'il était appelé à prendre aux cas sur lesquels son attention était attirée. L'oeuvre accomplie, quoique non encore achevée, est considérable. Quelle est la situation du contrat de travail? Quelle place lui a-t-elle été assignée par le développement d'un droit en pleine évolution dont l'inspiration et les bases ne sont pas identiques aux siennes?

Mieux qu'ailleurs on constate ici que le droit privé et le droit public n'appartiennent pas à deux domaines totalement séparés. Ainsi que le remarque Burckhardt[1]), il existe entre eux un lien indéfectible et tous deux ne forment que les deux faces d'une seule organisation juridique. Selon les circonstances et les besoins, l'Etat recourt à l'un ou à l'autre des systèmes. Selon les époques, le même objet peut être régi par des normes de droit privé ou par des normes de droit public. A la même époque, il peut être soumis à la fois à la législation de droit civil et à la réglementation de droit public. Pour démêler les rapports qui existent entre les diverses prescriptions de la législation du travail, il faut déterminer au préalable la nature et

---

[1]) Burckhardt, Kommentar der schweizer. Bundesverfassung, 3e éd. p. 586.

l'objet du contrat de travail puis ceux de la réglementation particulière élaborée à côté de lui.

Chapitre I.

La nature et l'objet du contrat de travail.

§ I. La place du contrat de travail dans la législation du travail.

Le droit français désigne sous le nom de contrat de travail, comme le fait le texte français du C.O., le contrat appelé en allemand „Dienstvertrag", contrat de services, par lequel l'employé consent à mettre sa force de travail à la disposition d'un employeur qui s'oblige à le rémunérer. Je cite comme autres formes de contrats industriels ou de travail le louage d'ouvrage ou contrat d'entreprise, le marchandage ou sous-entreprise, le contrat d'apprentissage[2])[3]).

Suivant l'exemple de Lotmar, les auteurs allemands donnent généralement au contrat de travail un sens large et groupent sous ce vocable le contrat de travail proprement dit, le contrat d'apprentissage, le contrat d'entreprise, le contrat d'édition, le mandat et parfois aussi le courtage, la commission, le dépôt, le contrat de transport, etc. Mais cette conception est si vaste qu'elle déborde le cadre de la législation du travail et qu'on éprouve le besoin de la restreindre. Pour Hueck-Nipperdey[4]), le contrat de travail qui intéresse le droit du travail est uniquement le contrat de droit privé par lequel une personne s'oblige à exécuter une prestation de travail au service d'une autre. C'est une notion qui ne correspond pas à un type légal. Les

---

[2]) Paul Pic, Traité élémentaire de législation industrielle, 6e éd. p. 609.

[3]) Georges Scelle, Précis élémentaire de législation industrielle, p. 173.

[4]) Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 3e—5e éd. 1931 I p. 100.

institutions qui s'en rapprochent le plus sont le contrat de services et le contrat d'entreprise. Toutefois la plupart des auteurs reconnaissent que le „contrat de travail du droit de travail" au sens étroit est nécessairement un contrat de services. Kaskel-Dersch[5]) et Hueck-Nipperdey[6]) sont d'accord pour y voir en dernière analyse une variété du „Dienstvertrag", caractérisée par la dépendance de l'employé. Toutes ces distinctions compliquent le problème. Nous ne pensons pas qu'il y ait intérêt, pour la doctrine suisse, à s'écarter des types légaux et à créer de nouvelles formes de contrats. Une institution qui met en jeu autant d'éléments personnels que le contrat de travail n'aura pas toujours le même aspect. La subordination qui existe en général dans le contrat de travail peut, il est vrai, s'affaiblir au point de sembler disparaître: ce n'est pas une raison suffisante pour créer une catégorie spéciale de „Dienstverträge". L'acte qui crée le rapport juridique entre l'employeur et l'employé c'est le contrat de travail proprement dit (Dienstvertrag). Il implique une dépendance de la partie qui a promis sa force de travail. On imagine difficilement un contrat de travail sans cet élément, même dans les cas de maîtres de langues, maîtres de musique, etc., indiqués par les auteurs.

Nous concédons que tous les contrats de travail ne sont pas soumis au droit du travail, mais ceux dont s'occupe le droit du travail répondent au type général. Voilà pourquoi nous croyons qu'il est préférable de conserver le nom de contrat de travail à l'institution désignée par cette expression dans le C.O. et de ne pas modifier la terminologie juridique habituelle.

Ce qui importe au droit du travail, c'est avant tout l'existence d'un rapport de travail. Celui-ci se manifeste soit sous la forme juridique d'un contrat de travail, soit sous celle d'une simple situation de fait, comme c'est le

---

[5]) Kaskel-Dersch, Arbeitsrecht, 4e éd. p. 140.
[6]) Hueck-Nipperdey, op. cit. p. 108.

cas lorsqu'un père de famille utilise la force de travail de ses enfants dans l'exercice d'une profession.

Après avoir indiqué que seuls deux contrats entrent en ligne de compte pour la réglementation du travail, le contrat de travail proprement dit („Dienstvertrag") et le contrat d'entreprise („Werkvertrag"), les auteurs de „La Suisse économique et sociale"[7]) constatent que „c'est sous la forme du contrat de travail (louage de services) que sont liées presque toutes les personnes que le langage courant désigne sous le nom d'ouvriers et employés. C'est donc ce contrat qui dans la vie des travailleurs joue le rôle principal; il est le type des contrats relatifs au travail." Cette opinion nous paraît juste. Elle correspond aux faits et nous sommes d'avis que, pour le moment, la doctrine ne doit pas s'écarter de cette manière de voir. Remarquons enfin que lorsque une loi spéciale, telle que la loi fédérale sur le travail dans les fabriques mentionne le contrat de travail elle fait indiscutablement allusion à l'institution réglée sous ce nom par le C.O. (en allemand „Dienstverhältnis").

Le contrat de travail est un contrat obligatoire qui fait naître au profit de chacune des parties un droit contre l'autre.

A côté de ce caractère du contrat de travail, il faut mettre en évidence sa parenté avec le droit des personnes. Le rôle de l'individu qui promet de fournir son activité pendant un certain temps implique un engagement qui touche à sa personnalité. L'exécution du contrat de travail exige l'intervention constante de la personne du débiteur de travail, elle l'absorbe presque totalement pendant les heures où le travail est effectué et souvent même au delà. Il y a là un élément personnel sur lequel on a eu raison d'insister, car il a servi à déterminer les droits et les obligations réciproques des parties[8]). Il se traduit par une sub-

---

[7]) La Suisse économique et sociale, ouvrage publié par le Département fédéral de l'économie publique, 1927 I p. 484.

[8]) Otto von Gierke, Die Wurzeln des Dienstvertrags, dans Festschrift für Heinrich Brunner, 1914 p. 50 et s.

ordination de l'employé à l'employeur qui doit entraîner, pour que l'équilibre des situations soit assuré en même temps que celui des prestations, des devoirs particuliers à la charge de l'employeur.

Tantôt la volonté des contractants reste libre, tantôt elle est limitée par des règles coercitives destinées à éviter les excès de la partie qui a le pouvoir de donner les directions et à protéger la personnalité du travailleur.

Les liens qui se forment sont exclusivement de droit privé. Chaque contractant peut exiger le respect des obligations assumées envers lui par une action en exécution. Il dispose d'une action en réparation du dommage résultant de l'inexécution ou de l'exécution défectueuse de la prestation (art. 97 et s. C.O.). Il peut aussi refuser d'acquitter sa propre dette en raison de la demeure de son créancier. Enfin la voie de la résiliation anticipée pour justes motifs lui est ouverte (352 C.O.).

§ II. Les règles impératives du contrat de travail.

Les prescriptions impératives que renferme le chapitre du contrat de travail n'ont pas perdu leur caractère de règles de droit privé. Certaines dispositions revêtent un caractère absolu, coercitif, en raison de leur importance. Le législateur n'admet pas que le créancier renonce au droit qui lui est conféré, se dépouille d'un avantage juridique au maintien duquel l'Etat tient essentiellement dans l'intérêt des bénéficiaires. Le législateur protège parfois la collectivité en défendant l'individu contre lui-même, mais le „jus cogens" ne donne pas à l'autorité la faculté d'intervenir. Il appartient au contractant d'agir, en saisissant le juge compétent. S'il ne le fait pas, la dérogation subsistera malgré la prohibition légale. La règle impérative ne crée pas une obligation envers l'Etat et demeure par conséquent dans le domaine du droit civil.

Le législateur suisse n'ayant pas spécifié celles des dispositions qui ont ce caractère, une grande incertitude règne à ce sujet dans la doctrine.

Certains commentateurs[9]) ont une tendance à considérer que tous les articles ayant pour but la protection de l'employé sont impératifs. Cette affirmation trop générale se heurte au principe de la liberté des contrats qui se trouve répété à l'article 326 C.O. Il convient, semble-t-il, de maintenir ici la distinction que le législateur a eu soin de faire tant à l'article 19 C.O. qu'à l'article 326 C.O. entre les règles de droit strict et celles dont la teneur est telle qu'une dérogation à leur texte serait contraire aux moeurs, à l'ordre public ou aux droits attachés à la personnalité. Von Tuhr[10]) est d'avis que le droit des obligations ne concernant que les intérêts des parties ne relève pas de l'ordre public. Pour lui aucune règle du C.O. n'est impérative en raison de l'ordre public. La rédaction de l'article 326 C.O. paraît lui donner raison, puisqu'elle ne vise que la loi et les bonnes moeurs. La remarque de von Tuhr est juste pour la majeure partie du droit des obligations. Elle ne l'est cependant pas pour le contrat de travail. L'importance du travail salarié dans la vie économique est telle que sa réglementation touche directement les intérêts de l'Etat et que certaines normes ne peuvent être considérées comme étrangères à l'organisation de la société. Quelques règles du contrat de travail dépendent de l'ordre public, d'autres, en grand nombre, relèvent de la morale et plusieurs assurent le respect des droits de la personnalité. Mais ces règles n'ont un effet impératif que dans des conditions déterminées, elles n'excluent pas toutes les dérogations comme les textes de droit strict renfermant une injonction ou une prohibition expresse. Cette distinction, parfois négligée, nous paraît devoir être remise en évidence.

1° Les règles impératives proprement dites ou de droit strict sont celles que le législateur impose aux parties

---

[9]) Otto Lang, Commentaire du contrat de travail, trad. française de la 2e éd. par Ch. W. Robert, 1931 p. 8.

[10]) Von Tuhr, Partie générale du C. O., Trad. française de Maurice de Torrenté et Emile Thilo, p. 220.

d'une manière expresse et où il a manifesté sa volonté de ne pas tolérer de dérogation quelconque. Les motifs de ce choix n'ont plus à être pris en considération. Ce premier groupe n'est pas nombreux. Il comprend:

a) l'article 323 qui déclare nuls les contrats conclus par des employeurs et employés liés par un contract collectif de travail et qui ne sont pas conformes à la convention intervenue;

b) les articles 321, 322 al. 2, 324, 325 prescrivant des conditions de forme;

c) l'article 347 al. 3 qui interdit de prévoir des délais de congé différents pour chacune des parties;

d) l'article 348 al. 2 qui, pour les contrats qui ont duré plus d'une année, ne permet pas de fixer un délai de congé inférieur à un mois s'il s'agit d'employés de bureau et à quinze jours s'il s'agit d'autres employés;

e) les articles 356 al. 2 et 3, 357, 358, 360 al. 2 qui limitent les cas de validité et les effets de la clause d'interdiction de concurrence.

2° Le second groupe réunit les dispositions qui ont été édictées dans l'intérêt de l'ordre public, pour satisfaire aux exigences de la morale ou sauvegarder les droits de la personnalité. Les contractants ne peuvent s'en écarter, d'une manière générale, sans commettre un acte contraire au droit. Il s'agira d'examiner chaque cas particulier et de tenir compte des circonstances dans lesquelles une dérogation a eu lieu pour rechercher si celle-ci doit être frappée de nullité ou non.

Nous plaçons dans cette seconde catégorie les articles suivants:

a) l'article 335 auquel le législateur n'a pas donné la forme d'une disposition impérative mais qui consacre à la charge de l'employeur une obligation dont le respect absolu est réclamé dans la généralité des cas, par la morale. L'employé a droit à son salaire pendant un temps relativement court, dans les contrats à long terme, lorsqu'il est

empêché de travailler sans sa faute en raison d'une maladie ou d'un service militaire suisse obligatoire. Une convention contraire à cette règle heurte les bonnes moeurs toutes les fois que l'employé n'a pas d'autres ressources que son traitement. Elle semble, en revanche, normale lorsque le gain de l'employé est très élevé ou que celui-ci a une fortune qui lui permet de se passer de la protection de l'article 335;

b) l'article 339 qui impose à l'employeur l'obligation de prendre des mesures de précaution nécessaires pour protéger la vie et la santé de ses employés. Ce devoir essentiel de l'employeur est un de ceux auxquels il ne saurait se soustraire même du consentement du travailleur. La personnalité de ce dernier est en jeu, mais la disposition légale ne revêt pas la forme d'une norme de droit strict;

c) l'article 340 qui interdit la compensation du salaire absolument nécessaire à l'entretien de l'employé et à celui de sa famille. Le consentement auquel cet article fait allusion n'est pas un consentement donné à l'avance. C'est celui qui pourrait être accordé au moment où la compensation est invoquée;

d) l'article 341 qui règle la question des heures et des jours de repos. Les accords qui se forment à ce sujet entre employeur et employé sans observer les usages locaux peuvent être en contradiction avec les bonnes moeurs. Ils ne le sont cependant pas nécessairement dans tous les cas;

e) l'article 343 al. 2. La renonciation par l'employé à une indemnité pour une invention qui lui est due, mais dont l'employeur s'est réservé par contrat la propriété doit être examinée au point de vue des bonnes moeurs et en tenant compte de toutes les circonstances;

f) l'article 344 al. 2. Cette disposition oblige l'employeur à pourvoir à l'entretien, aux soins et aux secours médicaux lorsque l'employé est empêché, par la maladie et sans sa faute, de travailler pendant un temps relativement court;

g) l'article 349. La supression conventionnelle des délais de congé de 6 semaines dans les contrats agricoles avec communauté domestiquesne sera tolérée que si cette entente est justifiée par les faits;

h) l'article 351. Celui-ci prévoit la dénonciation des contrats de travail conclus pour la vie d'une des parties ou pour plus de 10 ans. Cette disposition, destinée à sauvegarder la personnalité des contractants, notamment leur liberté, ne doit pas être éludée par une convention, qui porterait atteinte aux bonnes moeurs;

i) l'article 352 qui confère aux parties le droit de mettre fin au contrat de travail pour justes motifs en tout temps et immédiatement. Il s'agit d'une faculté à laquelle les contractants ne doivent pas, en principe, pouvoir renoncer en raison de son importance pour les deux parties. Ils aliéneraient leur liberté d'une manière excessive. La fixation d'un délai ne doit toutefois pas être toujours exclue.

Le système consistant à ne pas appliquer l'épithète pure et simple de règle impérative à tous les articles édictés par le législateur pour protéger l'une ou l'autre des parties, nous paraît plus conforme à l'esprit de la loi. La garantie n'en sera pas moins efficace, mais elle sera appliquée avec plus de dicernement. On évite ainsi des controverses, insolubles parce que le point de vue auquel les commentateurs se placent n'est pas le même, et des décisions souvent trop absolues.

Que l'on se trouve en présence d'une norme de droit strict ou d'une règle dont la violation est interdite par l'ordre public, les bonnes moeurs ou la protection de la personnalité, les conséquences juridiques sont identiques: dans les deux hypothèses l'acte dérogatoire est nul (art. 20 C.O.). La nullité peut être prononcée d'office par le juge saisi d'une contestation.

Les articles impératifs ne procurent à l'employé que des prétentions contractuelles, remarque fort justement

Nipperdey dans une étude récente[11])[12]). Il ne semble pas inutile d'insister sur ce point en raison de la confusion trop fréquente entre l'ordre public et le droit public.

La protection accordée à l'employé par le moyen des règles impératives se révèle, on le sait, souvent inefficaces car le bénéficiaire par crainte, inexpérience ou négligence ne se sert pas toujours du pouvoir mis entre ses mains. Deux systèmes se sont présentés au législateur pour perfectionner les règles régissant les rapports entre employeurs et employés. Ce sont d'une part les accords collectifs se substituant aux volontés individuelles et d'autre part la réglementation de droit public, qui sans être un produit des temps modernes, a pris un développement considérable à partir de la seconde moitié du XIXème siècle et a procuré les moyens d'imposer des principes de protection individuelle et sociale.

Chapitre II.

La nature et l'objet de la législation protectrice du travail.

§ I. Le problème dans la doctrine allemande.

La doctrine allemande a assigné un domaine particulier à la législation qu'elle désigne sous le nom d'„Arbeiterschutzrecht" et qu'elle distingue du droit du contrat de travail l'„Arbeitsvertragsrecht". L'„Arbeiterschutzrecht" ou, selon un terme plus large et plus récent, l'„Arbeitnehmerschutzrecht" est traduit tantôt par protection ouvrière, protection légale des travailleurs, réglementation du travail ou par législation protectrice du travail. Nous employerons de préférence cette dernière expression.

Le développement considérable en Allemagne depuis 65 ans des lois régissant les conditions de travail dans

[11]) H. C. Nipperdey, Die privatrechtliche Bedeutung des Arbeiterschutzrechts, dans Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben, 1929 IV p. 204.

[12]) Message du C. F. du 11 avril 1919 p. 32.

l'industrie, le commerce, les transports terrestres et maritimes, les mines, le travail à domicile, l'agriculture même a justifié, sinon rendu nécessaires, les distinctions qui ont été faites et le besoin de délimiter, dans un intérêt scientifique et pratique, des matières très rapprochées les unes des autres.

Il ne semble pas que cette préoccupation existe au même degré en France. Si dans son traité de législation industrielle[13]), Paul Pic sépare nettement les contrats industriels de la réglementation administrative de l'industrie, il fait de la législation ouvrière dans son ensemble une branche du droit autonome qui englobe la protection légale des employés et le contrat de travail. L'assurance obligatoire constitue une partie du contrat de travail. Pour Georges Scelle[14]), la législation industrielle ou législation du travail est „le corps des lois et règlements qui gouvernent les relations des employeurs et des salariés et détermine la situation de ces derniers, soit dans leurs rapports avec l'entreprise à laquelle ils collaborent, soit dans leurs rapports entre eux ou avec des tiers, lorsque c'est la qualité de salarié qui est prise en considération". Les différentes règles relatives à la prévoyance des accidents, à la limitation de la durée du travail, à la protection du salaire, aux conflits du travail, à l'association professionnelle et aux assurances ouvrières sont présentées sur le même plan que le contrat de travail et que les conventions collectives. On peut remarquer que cette méthode synthétique est inspirée aux auteurs français par le code du travail et de la prévoyance sociale qui comporte 7 livres: I. Des conventions du travail. II. De la réglementation du travail. III. Des groupements professionnels. IV. De la juridiction, de la conciliation et de l'arbitrage. V. Des assurances ouvrières. VI. De la prévoyance. VII. De l'assistance sociale.

---

[13]) Paul Pic, op. cit. p. XIV.
[14]) Georges Scelle, op. cit. p. 1.

La législation allemande du travail a exclu de son domaine tout ce qui concerne les assurances sociales, pour en faire l'objet d'une branche juridique spéciale. Parmi les auteurs les plus récents, Kaskel[15]) divise le „Arbeitsrecht" en droit du travail conventionnel, dans lequel rentrent le contrat de travail, le contrat collectif, le contrat d'apprentissage ainsi que les accords d'entreprise („Betriebsvereinbarungen"), en droit de protection des employés, en droit constitutionnel du travail traitant de l'organisation professionnelle, et de l'organisation des entreprises, enfin en procédure des litiges du travail.

Le manuel de Hueck-Nipperdey[16]) expose sous le titre de droit du travail individuel le droit du contrat de travail et le droit de la protection des employés, sous celui de droit collectif du travail le droit des accords collectifs avec le contrat collectif, les accords d'entreprise et la conciliation ainsi que les associations professionnelles et les conflits du travail. La dernière partie est consacrée à la juridiction du travail. On constate que la méthodologie allemande a poussé fort loin les subdivisions de cette science nouvelle qu'est le droit du travail.

Il nous paraît nécessaire de préciser la notion de législation protectrice des employés telle qu'elle est aujourd'hui admise en Allemagne. Cette catégorie juridique s'est formée peu à peu, au fur et à mesure du développement de la législation du travail et en raison des moyens qui étaient utilisés. D'après Kaskel[17]) la protection ouvrière a un sens particulier depuis 1891 et l'idée de la considérer comme une institution juridique date du début du XXème siècle.

Quelle est la nature juridique de la législation protectrice du travail[18])?

---

[15]) Kaskel-Dersch, op. cit. p. 5.

[16]) Hueck-Nipperdey, op. cit. p. 92.

[17]) Walter Kaskel, Die rechtliche Natur des Arbeiterschutzrechts, dans Festschrift für Heinrich Brunner, 1914 p. 164.

[18]) On trouvera un excellent résumé des diverses théories relatives à la nature juridique de la protection ouvrière dans

C'est Jastrow[19]) qui semble avoir posé le premier la question de la nature juridique de la protection ouvrière dans un article intitulé „Was ist Arbeiterschutz?", paru en 1912. S'inspirant de Lotmar, Jastrow place la protection ouvrière dans le droit du contrat de travail et la conçoit comme renfermant les règles légales qui limitent la liberté des contractants. Kaskel a combattu cette opinion en démontrant que la protection des travailleurs existe indépendamment du contrat de travail.

Jacobi groupe sous le nom de législation protectrice des employés les normes de droit privé impératives qui régissent les rapports entre employeurs et employés individuellement et les normes de droit public qui donnent naissance à des obligations envers l'Etat. La différence de nature et de sanction des deux sortes de règles, bien que leur objet puisse être le même, a empêché la majorité des juristes de se rallier à cette conception. Les motifs du projet de loi sur la protection des travailleurs de 1928 insistent sur la nécessité de séparer nettement les dispositions de droit public des dispositions contractuelles[20]).

Dans son importante étude, souvent citée, sur la nature juridique de la protection ouvrière, Kaskel[21]) donne de celle-ci la définition suivante: „c'est l'ensemble des obligations de droit public d'un employeur envers l'Etat pour la prévoyance qu'il doit apporter dans l'utilisation de ses employés, obligations qui sont attachées au fait de l'emploi d'une manière dépendante de membres de certaines classes sociales." C'est Kaskel qui a nettement dégagé la protection ouvrière du contrat de travail en la confinant dans le domaine du droit public. Quant à son

---

la thèse présentée par Walter Demmer à la Faculté de Droit de Cologne en 1928.

[19]) Jastrow, Was ist Arbeiterschutz? dans Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, vol. VI p. 133 et s.

[20]) H. C. Nipperdey, article cité paru dans Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben, p. 221.

[21]) Walter Kaskel, article cité p. 180.

objet, il rejette l'idée qui le limitait à la non-exploitation de la force de travail de l'employé et il met en évidence le devoir de prévoyance en vertu duquel l'employeur doit prendre soin non seulement de la santé, mais de la situation économique et de la personnalité de l'employé. Volontairement Kaskel n'a tenu compte que des obligations imposées aux patrons, négligeant celles incombant aux ouvriers. Ces dernières n'ont, à ses yeux, qu'une valeur secondaire et n'ont été édictées que pour permettre aux employeurs d'accomplir leur devoir. Il semble cependant difficile de faire abstraction, dans la définition, des obligations imposées par la loi aux employés dans leur propre intérêt.

Par réaction sans doute contre une délimitation trop étroite, Jäkel conçoit la législation des travailleurs comme l'ensemble des normes de droit public attachées au fait de l'occupation d'un employé dépendant par un employeur et qui créent pour les employeurs et les employés des obligations et des droits de droit public. Nipperdey surtout s'est élevé contre la manière de voir de Kaskel, reprochant à celui-ci de n'envisager que des obligations positives car, selon lui, le devoir de prévoyance ne vise pas les obligations de ne pas faire qui incombent aussi aux patrons. La critique est-elle fondée? On peut se le demander. Nipperdey[22]) donne du droit protecteur des travailleurs la définition suivante: „La somme des normes juridiques relatives aux obligations unilatérales de droit public existant envers l'Etat à la charge des employeurs et employés pour éviter les risques résultant pour les employés du rapport de travail en ce qui concerne le genre, la durée et les conditions de leur occupation.“ Si l'on consulte les commentaires les plus récents et les plus autorisés de la législation allemande du travail on y trouve des définitions beaucoup plus simples. Après l'avoir présenté, dans ses éditions antérieures, comme l'ensemble des normes juridiques réglant le rapport de l'employeur avec l'Etat, sans

---

[22]) H. C. Nipperdey, article cité p. 206.

le distinguer suffisamment des autres parties du droit du travail, la dernière édition du manuel de Kaskel[23]) considère l'„Arbeitnehmerschutzrecht" comme „la relation de droit public de l'employeur et partiellement aussi de l'employé avec l'Etat pour la protection du rapport de travail".

De son côté le traité de Hueck-Nipperdey[24]) le définit: „L'ensemble des normes juridiques qui imposent aux employeurs et aux employés des obligations de droit public relativement à la protection des employés."

Il est intéressant de constater l'existence en Allemagne de deux écoles opposées. Celle de Jastrow, Sinzheimer, Matthaei, enseigne que la protection des travailleurs ne constitue pas une organisation juridique particulière à côté du rapport de travail mais qu'elle doit au contraire être intégrée dans ce rapport[25]). A l'opposé de ce point de vue, une école, qui semble dominante en ce moment, estime que le droit de la protection des travailleurs doit demeurer distinct du contrat de travail, qu'il a sa nature propre, son champ d'application spécial et ses moyens juridiques particuliers. L'exécution de ses injonctions et de ses prohibitions est assurée par le contrôle officiel, la contrainte administrative et les pénalités.

Hueck-Nipperdey et Kaskel-Dersch fractionnent le droit de la protection des employés à peu près de la même manière. Ils forment des subdivisions consacrées à la protection du contrat, à la protection contre les dangers de l'exploitation, à la protection de la durée du travail, à la protection spéciale des femmes et des jeunes gens et enfin aux mesures d'exécution de cette législation. Tel est le domaine actuel de cette branche spéciale du droit du travail.

Au contrat de travail appartiennent les obligations réciproques des parties dépendant de la volonté de celle-ci ou prévues par le code. Du droit protecteur des employés

---

[23]) Kaskel-Dersch, op. cit. I p. 257.

[24]) Hueck-Nipperdey, op. cit. I p. 436.

[25]) Sinzheimer, Grundzüge des Arbeitsrechts, 2e éd. p. 156.

relèvent les règles de droit public qui imposent des obligations envers l'Etat aux employeurs, parfois aux employés, de faire ou de ne pas faire quelque chose.

Les relations de ces deux domaines ont été analysées d'une façon approfondie en Allemagne. La monographie la plus complète et la plus récente sur ce sujet est celle que Nipperdey lui a consacrée en 1929[26]). Cet auteur discerne dans le droit protecteur des employés 5 groupes d'obligations:

1⁰ Les obligations de ne pas faire incombant à l'employeur relativement à la conclusion du contrat de travail. La violation des obligations interdisant la conclusion d'un contrat entraîne la nullité de la convention. Contrairement à l'opinion dominante qui n'accorde à l'employé dans ce cas que la „condictio indebiti" et dans certaines éventualités l'intérêt négatif au contrat, Nipperdey admet une nullité „ex nunc", grâce à laquelle le travailleur peut prétendre, en vertu du contrat, au salaire correspondant à l'activité effectivement fournie.

2⁰ Les obligations de ne pas faire incombant à l'employeur relativement à la nature et à l'étendue du travail. La conséquence de l'inobservation de ces obligations consiste dans la nullité de la clause dérogeant à la règle légale, nullité „ex nunc" selon Nipperdey, dans le droit de l'employé de refuser de travailler, dans la demeure de l'employeur qui ne procède pas aux actes nécessaires à l'acceptation de la prestation, enfin en une action en dommages-intérêts fondée sur le § 823 al. 2 BGB.

3⁰ Les obligations de faire imposées à l'employeur relativement à l'occupation de l'employé et au salaire. Nipperdey combat l'opinion selon laquelle ces obligations positives de droit public n'exercent aucune influence sur le contrat de travail. Certaines prescriptions de l'ordonnance sur l'industrie (§ 120 a et s. Gew.O.) sont en même

---

[26]) H. C. Nipperdey, article cité paru dans Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben, 1929 p. 203.

temps des règles du droit du contrat de travail. Rien n'empêche une norme de droit public d'être également intégrée dans le droit privé comme application d'un principe énoncé par le code civil, à condition que la norme visée soit susceptible de faire l'objet d'une convention dans un contrat de travail. Au lieu de la simple responsabilité délictuelle (§ 823 al. 2 BGB.), la solution de Nipperdey accorde à l'employé, à côté des sanctions de droit public, une série de moyens d'action efficaces: le droit de refuser la prestation (§ 242), celui de retenir la prestation (§ 273), le droit de réclamer le salaire de l'employeur en demeure (§ 615), l'action en exécution, l'action en dommages-intérêts, la résiliation immédiate du contrat.

4° Les obligations incombant à l'employé. Ces obligations prévues par la législation de droit public sont souvent insérées dans le règlement de travail ou peuvent être considérées comme faisant partie du contrat de travail en vertu du principe de la bonne foi. Dans l'une comme dans l'autre hypothèse elles se trouvent incorporées dans le droit privé et procurent à l'employeur une action en exécution et en réparation ainsi qu'un droit à la résiliation du contrat.

5° Les obligations relatives à la fin du contrat de travail. En cas d'infraction aux prescriptions prohibant les dénonciations arbitraires, les actes contraires à ces dispositions légales sont nuls et des dommages-intérêts peuvent être réclamées par la victime sur la base du § 823 al. 2 BGB. Enfin certaines lois contraignant l'employeur à renvoyer l'employé qui, dans des entreprises dangereuses, contrevient aux prescriptions légales, il y a obligation pour l'employé d'accepter cette résiliation sans délai et l'employeur qui ne se conforme pas à cette norme est exposé à une demande de dommages-intérêts de la part des autres employés subissant un préjudice.

Ce qui ressort de la remarquable étude que nous venons de résumer, c'est que son auteur attribue aux prescriptions de la législation protectrice des employés un

rôle en matière de droit privé et n'hésite pas à étendre les effets de droit privé de ces règles de droit public.

La doctrine allemande justifie la distinction entre le contrat de travail et le droit de la protection ouvrière par des arguments de nature scientifique et pratique. Au point de vue scientifique elle constate que les éléments de droit public ne sont et ne peuvent être qu'extérieurs au fait de l'emploi d'un travailleur dépendant et que le contrat de travail relève exclusivement du droit privé. La construction d'un système juridique permet d'éclairer et de dominer une matière où les principes se trouvent mêlés à un si grand nombre de détails techniques. Le législateur lui-même a été conscient de la nécessité de cette séparation. Il l'a prouvé en insérant dans la chapitre du contrat de travail et dans la législation protectrice des dispositions dont le contenu est identique, mais qui ont un autre caractère et sont dotées de sanctions différentes.

Au point de vue pratique l'établissement d'une limite précise entre le droit contractuel et le droit protecteur des travailleurs sert à la détermination de la compétence des autorités appelées à intervenir. Tandis que pour les contestations relatives à l'exécution des obligations du contrat de travail, les parties doivent s'adresser aux tribunaux, l'exécution des lois protectrices dépend des autorités administratives chargées du contrôle. On le voit, l'Etat veille directement dans un intérêt social à l'observation des prescriptions édictées par lui pour conserver la force de travail des employés et assurer le fonctionnement normal des entreprises.

§ II. Le problème en droit suisse.

A. L'état actuel de la législation du travail.

La tâche de la doctrine suisse est compliquée par le fait qu'une partie de la législation du travail ressortit à la compétence de la Confédération et l'autre à celle des cantons. D'une part, on ne peut que difficilement songer

à systématiser les règles en vigueur dans les 22 Etats, d'autre part les lois fédérales ne régissent que certaine matières de ce vaste domaine. Le juriste se trouve donc en face d'une réglementation fragmentaire.

Avant de porter un jugement sur la nature de cette législation, il convient de la déterminer et de fixer son état actuel. On peut dresser le tableau suivant des lois fédérales, sans tenir compte des ordonnances d'exécution:

1° Le contrat de travail fait l'objet du titre X du C.O. et est régi par les articles 319 à 362, considérablement augmentés lors de la revision de 1911.

2° La loi fédérale concernant la fabrication et la vente des allumettes du 2 novembre 1898.

3° La loi fédérale sur l'emploi des jeunes gens et des femmes dans les arts et métiers du 31 mars 1902.

4° La loi fédérale concernant le paiement des salaires et les amendes dans les entreprises soumises à la responsabilité civile conformément à la loi fédérale du 26 avril 1887, du 26 juin 1902.

5° La loi fédérale sur le travail dans les fabriques des 18 juin 1914 et 27 juin 1919 élaborée en vertu de l'art. 34 de la constitution fédérale.

6° La loi fédérale concernant la durée du travail dans l'exploitation des chemins de fer et autres entreprises de transport et de communication du 6 mars 1920.

7° La loi fédérale concernant l'allocation de subventions pour l'assurance-chômage du 17 octobre 1924.

8° La loi fédérale sur la formation professionnelle du 26 juin 1930.

9° La loi fédérale sur le repos hebdomadaire du 26 septembre 1931[26a]).

On peut ajouter à cette liste l'arrêté fédéral du 29 octobre 1909 concernant l'encouragement par la Confédération du service de placement et l'arrêté fédéral du 8 octobre 1920 complété par celui du 4 octobre 1929 portant création

---

[26a]) Non encore entrée en vigueur.

de l'office fédéral de l'industrie, des arts et métiers et du travail. Cet office a notamment dans ses attributions la règlementation du travail, la protection des travailleurs et le placement.

Jusqu'au jour où une loi fédérale en préparation sur les arts et métiers aura été promulguée, les dispositions de droit public réglant les relations entre employeurs et employés dans le commerce et l'artisanat sont édictées par les cantons.

L'article 34 de la Constitution fédérale autorise la confédération à prendre des mesures pour la protection des ouvriers dans les industries insalubres et dangereuses. Pour le travail des enfants dans les fabriques, la durée du travail des adultes, les arts et métiers la constitution prévoit simplement le droit pour la Confédération „de statuer des prescriptions uniformes".

B. Les subdivisions de la législation du travail.

Si l'on assigne, comme elle le mérite par ses caractères propres, un domaine particulier à la législation sur les assurances sociales, on relève que la règlementation du travail a porté en Suisse sur le placement, le contrat de travail (y compris l'apprentissage), les locaux et chantiers de travail, l'accomplissement du travail, la rémunération du travail, le chômage, le rôle des pouvoirs publics dans la mise en oeuvre du droit. Telle est la classification adoptée par la publication du Département fédéral de l'économie publique sous le titre de „La Suisse économique et sociale". Cette méthode s'écarte volontairement du système suivi habituellement, elle „s'inspire du caractère propre de la réglementation du travail et de la complexité de ses sources"[27]). On ne peut négliger les arguments qui ont conduit les auteurs de cet ouvrage, bien qu'ils se défendent de faire oeuvre juridique, à ne pas accepter la division de la législation du travail en deux parties „dont l'une

[27]) Op. cit. p. 476.

comprendrait le contrat de travail d'ordre privé et l'autre la protection ouvrière d'ordre public". Ils envisagent la réglementation du travail „comme un domaine particulier du droit formé par un amalgame de droits et d'obligations dérivant pour une part du droit privé et, pour l'autre, du droit public". Ils relèvent que le contrat de travail et la protection ouvrière constituent des domaines intimément liés entre eux.

Personne ne contestera les rapports étroits qui unisent la législation spéciale du travail au contrat de travail, pas même les partisans les plus décidés de la séparation de ces deux droits. Il s'agit en réalité d'une question de méthodologie et non de dogmatique. Convient-il en Suisse de distinguer, comme le font actuellement les représentants les plus autorisés de la science du droit allemand du travail, entre le contrat de travail et la protection ouvrière?

Le droit du travail est un produit de l'évolution politique et économique. Il se forme et se développe en raison des besoins sociaux et sous l'influence des conceptions politiques dominant à une époque déterminée.

Examinons le au triple point de vue du but, de l'objet et des moyens juridiques utilisés. Son but est d'améliorer la situation des travailleurs en réglant les rapports qui se forment entre employeurs et employés et qui supposent une subordination de ces derniers. Pour un très grand nombre d'auteurs, il s'agit d'un véritable droit de classe, d'un droit qui régit l'état des travailleurs dépendants. Il est indéniable que l'intention de protéger économiquement et moralement les ouvriers d'abord, les employés, au sens large de ce terme, ensuite, constitue l'explication historique en même temps que la raison d'être de la plupart de ces lois. Si l'on considère l'objet sur lequel porte ce droit, son caractère de droit de classe s'atténue et sa portée s'étend lorsqu'on constate qu'il comprend l'ensemble des règles qui s'appliquent à la conclusion du contrat de travail et à la situation juridique qui résulte du rapport de travail. Quant aux moyens juridique employés, ils consistent en

normes de droit privé pour le contrat de travail et en normes de droit public et de droit privé pour la réglementation spéciale.

L'intégration de la législation spéciale dans le droit du contrat de travail, comme Lotmar l'avait préconisée à la naissance de cette science, n'est plus guère possible aujourd'hui. Ce procédé relègue à un rang secondaire la réglementation du travail, en l'annexant à une institution de droit privé. L'ampleur prise par cette législation, particulière, le fait qu'elle déploie des effets indépendamment du contrat de travail ne permettent pas de conserver un système qui était logique aux débuts du droit de travail. D'un autre côté la création, d'une catégorie juridique spéciale consacrée à la protection des employés se justifie davantage par des motifs de politique sociale que par des raisons juridiques. Elle méconnaît les interventions de l'Etat en vue d'améliorer objectivement les rapports des patrons et des employés par des mesures prises parfois en faveur des deux parties, par exemple en matière de placement et d'apprentissage. Cette méthode, qui peut se défendre par de bons arguments, rétrécit trop le champ de la législation spéciale. On ne peut pas non plus, au point de vue juridique, s'en tenir au classement, excellent au point de vue économique, de l'exposé de „La Suisse économique et sociale".

Ces considérations nous conduisent à penser que le droit du travail suisse peut être divisé en quatre parties dont trois relatives au droit matériel et une à la procédure. La première partie comprend le contrat de travail individuel, avec le règlement de travail et le contrat-type ainsi que le contrat d'apprentissage. La seconde partie est consacrée à la réglementation volontaire collective, avec le contrat collectif. La troisième partie embrasse la réglementation légale proprement dite qui renferme les prescriptions protectrices des travailleurs. On peut l'appeler la législation protectrice du travail. La quatrième partie règle la procédure en cas de conflits individuels et collectifs ainsi

que l'organisation des autorités appelées à statuer ou à concilier.

La distinction des trois premières parties repose sur la source de la réglementation des conditions du travail, volonté individuelle, volonté collective et loi. La volonté individuelle, déjà bridée dans certains cas par les prescriptions impératives, est remplacée par un statut tantôt établi par la volonté d'une collectivité, tantôt fixé par le législateur. Le contrat collectif, même s'il est déclaré obligatoire dans une profession, relève du droit privé et les rapports de travail qu'il conditionne demeurent également régis par les principes du droit privé.

C. La nature de la législation protectrice du travail.

La réglementation légale du travail renferme un certain nombre de dispositions de droit privé. C'est le cas de la loi fédérale sur le travail dans les fabriques dont le premier chapitre contient diverses règles imposant des obligations à l'une des parties envers l'autre. Elle complète sur divers points ou modifie les articles du C.O. relatifs au contrat de travail.

On trouve aussi des règles de droit privé dans la loi sur la formation professionnelle, à l'article 7 relatif à la conclusion du contrat, à l'article 10 concernant les obligations de l'apprenti, aux articles 13 à 16 déterminant les obligations du patron, à l'article 20 sur la période d'essai et 21 sur la résiliation.

Les dispositions de droit privé qui confèrent à l'une des parties des droits personnels contre l'autre ne constituent pas nécessairement en même temps des règles de droit public. Elles ne créent pas d'obligations envers l'Etat et ne sont par conséquent pas soumises à la sanction pénale. Un arrêté du Conseil fédéral du 22 décembre 1890, qui n'a pas perdu aujourd'hui sa valeur, a relevé que l'article 9 de l'ancienne loi sur les fabriques était de nature purement

civile et ne devait pas être considéré „comme une prescription formelle de la police des fabriques, mais bien uniquement comme fixant la manière dont la question contractuelle de la résiliation doit être réglée“[28]).

Il en est de même de plusieurs des dispositions de la loi actuellement en vigueur qui sont, quoique figurant dans la législation spéciale, de pures règles de droit civil. Nous nous bornons à constater ce fait et nous devons en tenir compte, même si une technique législative rigoureuse eût peut-être déconseillé ce mélange.

En second lieu des prescriptions de la législation spéciale revêtant un caractère de droit public peuvent correspondre à une disposition analogue du C.O. qu'elles complètent et précisent. C'est le cas de l'article 5 de la loi sur les fabriques en vertu duquel le fabricant est tenu de prendre toutes les mesures protectrices dont l'expérience a démontré la nécessité et dont le contenu est presque identique à celui de l'article 339 C.O.

Enfin une autre catégorie d'articles de la réglementation spéciale renferment des normes qui sont à la fois de droit privé, créant des obligations entre les parties et de droit public, soumettant l'employeur à une obligation envers l'Etat. A titre d'exemple on peut citer la loi du 26 juin 1902 sur le paiement des salaires et les amendes.

D'une manière générale, les règles édictées par les lois sur la réglementation du travail ressortissent au droit public. La plupart des obligations qu'elles imposent sont à la charge des employeurs. Ce fait est confirmé par les dispositions pénales qui, exception faite de l'article 31 al. 2 de la L. fabr., de la loi sur la formation professionnelle et de celle sur le repos hebdomadaire, menacent exclusivement l'employeur.

L'exécution de la loi sur les fabriques est assurée par des organes administratifs cantonaux et surveillée par

[28]) La loi fédérale concernant le travail dans les fabriques du 23 mars 1877, commentée pas son exécution pendant les années 1878 à 1899, p. 165.

l'inspectorat fédéral. Les contraventions aux prescriptions de cette loi ainsi qu'aux décisions des autorités compétentes sont punies d'amendes ou d'emprisonnement. Des sanctions pénales frappent également les infractions aux lois sur le paiement des salaires de 1902, sur l'emploi des jeunes gens et des femmes dans les arts et métiers de 1922, sur la durée du travail dans l'exploitation des chemin de fer de 1920, sur la formation professionnelle de 1930, sur le repos hebdomadaire du 26 septembre 1931.

Les obligations incombant aux employés sont rares; on peut citer, à part celles qui ont un caractère de droit privé, celles qui résultent de la loi sur la formation professionnelle interdisant, par exemple, à un employé de s'intituler employé qualifié sans être porteur du diplôme de capacité ou encore celle existant en vertu de l'article 13 de la loi fédérale sur le repos hebdomadaire qui interdit à tout travailleur d'exécuter pour des tiers pendant les périodes de repos un travail rentrant dans sa profession, enfin l'art. 45 al. 2 L. fabr. défendant aux ouvriers de travailler dans la fabrique en dehors de la journée de travail, même volontairement.

Dans l'ensemble, la réglementation spéciale du travail est une législation protectrice des employés. Elle l'est en tout cas par les mobiles qui ont inspiré le législateur, mais elle a été réalisée sous forme de normes régissant le rapport de travail.

Le message du conseil fédéral du 2 avril 1919 concernant le projet de loi sur la réglementation des conditions du travail est particulièrement significatif à cet égard. Le conseil fédéral voulait donner à la Confédération la possibilité d'intervenir dans la détermination des conditions de travail proprement dites. Il entendait atteindre ce résultat par la création d'offices du salaire, par le développement du contrat collectif et l'établissement d'une statistique sociale. Il affirmait enfin le droit du législateur fédéral de ne pas limiter son action à édicter des prescriptions de police mais de réglementer les conditions de travail

entre employeurs et employés. La législation protectrice du travail comporte des dispositions de droit privé en petit nombre et surtout des prescriptions de droit public imposant aux employeurs, exceptionnellement aux employés, des obligations envers l'Etat destinées à régler les conditions du travail dans certains établissements professionnels.

Nous pensons donc laisser à cette partie du droit son véritable caractère en la considérant comme une réglementation légale du travail ou comme une législation protectrice du travail, assurant cela va de soi une large protection des travailleurs, et non pas exclusivement comme une législation protectrice des employés. C'est cette détermination ex lege du statut du travail, cette fixation légale des conditions du travail qui fait en Suisse l'objet d'une réglementation particulière. La présence parmi ses dispositions de quelques règles de droit privé, n'en modifie pas la structure fondamentale qui est celle d'une réglementation de droit public.

Chapitre III.

Les rapports entre le contrat de travail et la législation protectrice du travail en Suisse.

§ I. Le fondement de droit privé de la législation protectrice du travail.

On doit en premier lieu se demander si l'application de la législation protectrice du travail suppose l'existence d'un contrat et éventuellement quelle est la nature de ce contrat. Ce problème a été étudié en 1904 déjà, au point de vue du droit autrichien, par Pribram[29]) qui a démontré que si le contrat de salaire, le contrat de vente (dans certaines conditions), la représentation, le bail à ferme pouvaient servir de base au rapport de travail industriel, une

[29]) Karl Pribram, Die juristische Struktur des gewerblichen Arbeitsverhältnisses, dans Grunhuts Zeitschrift für das private und öffentliche Recht, tome 31 p. 695.

prestation régulière de travail suffisait. En d'autres termes c'est la loi sur l'industrie qui détermine seule ses conditions d'application et elle s'impose même en l'absence de contrat.

La loi fédérale sur le travail dans les fabriques régit des établissements industriels déterminés. Un contrat de travail peut ne pas exister, ainsi dans le cas où l'industriel fait travailler avec son personnel sa femme ou ses propres enfants[30]), dans le cas aussi où le travail serait accompli gratuitement ou en vertu d'un contrat nul[31]). Ce qui importe c'est l'existence d'un rapport de travail, qui tantôt repose sur un contrat de travail, tantôt sur une simple situation de fait résultant de l'occupation d'un travailleur dans une entreprise. Les articles relatifs à la construction d'une fabrique sont indépendants de tout contrat. L'interdiction d'occuper des enfants n'ayant pas atteint l'âge de 14 ans révolus exclut même la conclusion d'un contrat. Inversément l'existence d'un contrat ne suffit pas toujours, il faut en outre dans certains cas l'exécution effective d'un travail.

En ce qui concerne l'apprentissage, l'article 9 de la loi sur la formation professionnelle prévoit que lorsque les conditions prescrites pour l'apprentissage sont remplies, l'absence d'un contrat en bonne et due forme ne dispense pas de l'observation de la loi. La loi fédérale sur le repos hebdomadaire ne fait pas non plus appel à un contrat pour déterminer les personnes qui bénéficient de ses dispositions. „Sont réputés travailleurs au sens de la présente loi, ainsi s'exprime l'article 2, les personnes occupées au service d'un établissement soumis à la loi, que ce soit dans l'établissement même ou à des travaux en corrélation avec l'exploitation de l'établissement." C'est le simple rapport de travail, consistant dans l'activité subordonnée d'un individu oc-

---

[30]) Art. 2 de l'ordonnance d'exécution de la L. fabr. du 30 novembre 1919.

[31]) Le contrat conclu par un volontaire est considéré comme un contrat de travail parce que la rémunération consiste dans l'acquisition de connaissances et d'expérience.

cupé dans une entreprise, qui est pris en considération par cette loi comme par les autres.

§ II. Les effets de droit privé de la législation protectrice du travail.

Presque toujours l'ouvrier est lié au chef de l'entreprise par un contrat de travail.

Quels sont les rapports entre la réglementation légale et le contrat de travail? Quels sont les effets de droit privé que peut produire la législation protectrice du travail sur le contrat de travail?

Les rapports entre le contrat de travail et la législation spéciale sont envisagés par les articles 362 C.O., 20 et 29 de la loi sur les fabriques.

L'article 362 al. 2 C.O. se borne à réserver la législation fédérale concernant le travail dans les fabriques ainsi que celle non encore élaborée sur les arts et métiers, réserve superflue puisqu'il s'agit d'une législation spéciale. De son côté l'article 20 de la loi sur les fabriques soustrait à l'application de cette loi les employés de fabrique proprement dits et spécifie que les rapports juridiques des ouvriers avec le fabricant sont réglés par le code des obligations „en tant que la présente loi ne renferme pas de dispositions particulières". Les dispositions du C.O. restent ainsi la base normale du rapport juridique entre ouvrier et fabricant, mais ce rapport est modifié ou complété par les règles spéciales de la loi fédérale du 14 juin 1914[32]). Il ne nous semble pas exact de qualifier le code des obligations de simple droit subsidiaire.

On relève dans la loi sur la formation professionnelle un article qui énonce le même principe en statuant que „les dispositions générales du C.O. et des prescriptions spéciales sur le contrat d'apprentissage sont applicables, sauf dispositions contraires de la présente loi" (art. 23).

---

[32]) Rapport du C. F. du 14 juin 1913, F. féd. 1913 p. 629.

Les prescriptions de la loi sur les fabriques relatives au contrat de travail figurent dans les dispositions générales. Ce sont celles concernant le règlement de travail (art. 11—19), les délais de congé (art. 21), l'échéance du congé (art. 22), la restriction du droit de résilier le contrat (art. 23), la période d'essai (art. 24), le paiement du salaire (art. 25), les conséquences de la résiliation illégale du contrat (art. 26), le supplément de salaire (art. 27), les retenues de salaires (art. 28). La loi sur les fabriques précise à son article 29 que les contestations de droit civil résultant du contrat de travail sont tranchées par le juge compétent. Elle écarte nettement l'intervention des autorités administratives de contrôle dans ces litiges.

Ces règles ont un caractère civil en tant qu'elles donnent naissance à des obligations et des droits personnels et les différends qui surgissent à leur sujet relèvent des autorités judiciaires civiles, ordinaires ou professionnelles.

Peut-on dire que les obligations de droit public ne procurent aucune action personnelle à l'employé et à l'employeur? Toute contravention à cette catégorie d'obligations n'est elle liquidée que par la voie administrative et pénale? S'il est exact que les parties ne peuvent faire valoir devant les tribunaux civils que les droits de nature privée qu'elles ont l'une à l'égard de l'autre, peut-on affirmer que „nul ne peut actionner l'employeur devant les tribunaux de prud'hommes en exécution des obligations que lui imposent les lois de protection ouvrière"[33]? Ce principe qui répondrait à une séparation franche du droit privé, si celui-ci était confiné dans le code des obligations, et du droit public, si celui-ci était seul utilisé par la législation protectrice du travail, ne semble pas pouvoir être proclamé d'une manière absolue en Suisse. L'examen des dispositions de la réglementation spéciale prouve que celle-ci renferme des règles de droit privé et que les prescriptions de droit public produisent certains effets de droit privé.

---

[33]) La Suisse économique et sociale, p. 601.

Pour les règles de droit privé insérées dans cette législation, la question est simple. „Lex specialis derogat legi generali", les dispositions particulières priment celles du code. Ainsi l'art. 26 L. fabr. règle d'une manière absolue les conséquences d'une résiliation illégale du contrat et les délais de congé sont soumis à l'art. 21 L. fabr. qui exclut l'application de l'art. 348 C.O. concernant les contrats de plus d'une année.

En ce qui concerne les prescriptions de droit public, il faut, pour résoudre le problème, grouper, à l'exemple de Nipperdey, les diverses obligations créées. Elles peuvent être ramenées, nous semble-t-il, aux quatre catégories suivantes: obligations de l'employeur de ne pas conclure certains contrats de travail, obligations positives de l'employeur, obligation négatives de l'employeur, obligations de l'employé[34]).

a) Obligations de l'employeur de ne pas conclure certains contrats de travail. (Exemple: interdiction de faire travailler dans une fabrique des enfants de moins de 14 ans.) La conséquence d'une infraction à une prohibition de ce genre consiste dans la nullité de l'acte. Ces interdictions sont absolues, elles s'adressent aussi bien à l'une des parties qu'à l'autre, de telle façon que l'art. 20 al. 1 C.O. doit s'appliquer. Il ne nous paraît pas possible d'adopter en Suisse la solution ingénieuse de Nipperdey admettant une nullité „ex nunc". La nullité de l'article 20 C.O. est une nullité „ex tunc" et absolue. Si un travail a été accompli, celui qui l'a fourni pourra agir par la voie de l'enrichissement illégitime.

On ne saurait en effet reconnaître à l'employé un droit au salaire du moment que le contrat est nul. Avec l'enrichissement illégitime, le travailleur perd malheureusement le bénéfice des privilèges institués par la L.P. Il semble que sur ce point notre droit se trouve en défaut et qu'il

---

[34]) Voir les observations de Oser-Schönenberger, Obligationenrecht, Art. 319/362 notes 20 et suivantes.

y ait lieu d'envisager une disposition corrigeant ces inconvénients.

En cas de nullité, l'employé qui subit un préjudice peut invoquer l'illicité de l'acte, s'il ignorait lui-même l'interdiction, et demander des dommages-intérêts sur la base de l'article 41 C.O.

b) Obligations positives de l'employeur. Il s'agit avant tout des obligations de prévoyance. Le principe est déjà posé à l'article 339 C.O., qui est certainement applicable au régime des fabriques. L'article 5 de la loi sur les fabriques le reprend et le complète, l'ordonnance d'exécution le précise par des détails techniques. Qu'en est-il d'une disposition qui figure à la fois dans le code des obligations et dans la réglementation du travail? La règle de l'article 5 sur les mesures protectrices et l'hygiène a un caractère de droit public qui résulte du fait que le législateur a jugé nécessaire de reproduire le contenu de l'article 339 C.O. Il l'a fait pour lui donner la forme d'une obligation envers l'Etat, soumise au contrôle officiel et sanctionnée par des pénalités. L'ouvrier de fabrique reste régi par le C.O. Il peut faire valoir le droit subjectif que lui confère l'article 339, en invoquant les prescriptions de la législation spéciale comme une fixation des mesures que l'employeur aurait dû prendre.

Un supplément de salaire de 25% est prévu par la loi fédérale sur les fabriques pour les heures qui prolongent la journée normale de travail (art. 27). Cette augmentation est également édictée par un certain nombre de lois cantonales sur la protection des ouvrières[35]). Ici aussi on se trouve en présence d'une règle qui a sa base dans le droit privé et qui est énoncée à l'article 336 C.O. La législation protectrice ne fait que la développer et la concrétiser et il ne faut pas hésiter à admettre la faculté pour l'employé d'invoquer par la voie civile le droit au supplément fixé par la législation protectrice, malgré la manière conditionnelle dont il est envisagé par l'article 27 L. fabr.

[35]) La Suisse économique et sociale, I p. 561.

L'employé peut donc faire valoir un droit personnel contre l'employeur. Celui-ci est débiteur et l'inobservation de l'article 339 C.O. peut entraîner sa demeure ainsi que, par conséquent, le droit pour l'employé de refuser sa propre prestation. On pourrait aussi considérer que l'employeur n'accomplit pas les actes de préparation nécessaires et qu'aux termes de l'art. 332 C.O. réglant les conséquences de la demeure du créancier, il est tenu de payer le salaire malgré l'inexécution du travail par l'employé. Il faut reconnaître à l'employé la faculté d'intenter une action en exécution, de résilier le contrat pour juste motif. La question du recours à l'article 107 C.O. sur la demeure dans les contrats bilatéraux ne présente qu'un intérêt théorique et il faut admettre que les dispositions spéciales du chapitre du contrat de travail remplacent la règle générale. Enfin, en cas de préjudice, une action en réparation fondée sur l'art. 97 C.O. pourrait être intentée par l'employé victime d'un accident, mais ici intervient la législation sur les assurances obligatoires en vertu de laquelle l'ouvrier de fabrique, indemnisé par la caisse nationale, n'a de réclamation à formuler que pour la partie du dommage non couverte par l'assurance.

Quels sont les effets des obligations positives de droit public qui n'existent que dans la législation spéciale? Lorsque l'employeur contrevient à une obligation de faire la conséquence est-elle purement de droit public ou l'infraction a-t-elle une répercussion sur la situation de droit civil? La forme juridique donnée à la norme doit être respectée. La règle ne peut pas être transformée en une disposition de droit privé. Les contraventions aux obligations positives imposées au patron par le droit public pourraient avoir pour conséquence, au point de vue du droit civil, au cas où l'employé subirait un dommage, l'allocation à la victime de dommages-intérêts en raison de l'acte illicite commis (art. 41 C.O.). L'employé a le droit de provoquer la résiliation immédiate du contrat (art. 352 C.O.).

c) Obligations négatives de l'employeur. Celles-ci comprennent principalement les dispositions sur la durée du travail. Au point de vue du droit civil les clauses qui s'écartent de ces prescriptions sont nulles et ici aussi il ne peut être question que d'une nullité „ex tunc" (art. 20 C.O.). On se trouve en présence d'une défense absolue qui s'impose en réalité aussi bien à l'employé qu'à l'employeur. La clause nulle sera remplacée par la règle légale qui limite la liberté des contractants et fixe sur certains points l'objet du contrat. L'accomplissement d'un travail dans des conditions contraires à la loi ne permet pas à l'employé de réclamer un salaire pour le temps dépassant celui pendant lequel le travail était autorisé. Il ne pourra faire valoir qu'une créance en enrichissement illégitime contre l'employeur. Malgré l'opinion de certains auteurs qui n'accordent pas de dommages-intérêts en cas de nullité pour raison d'illicité, il semble impossible de refuser à l'employé lésé par une violation de la loi, qui constitue un acte illicite, la réparation du préjudice qu'il peut avoir souffert. L'employé a la possibilité d'invoquer l'inexécution de la règle de droit public comme un juste motif de résiliation du contrat. C'est ainsi que l'on peut expliquer le refus de travailler opposable par l'ouvrier au patron.

d) Obligations de l'employé. Celles-ci, on l'a vu, sont fort rares, surtout celles dont la violation est punie pénalement. On peut mentionner l'interdiction faite à l'ouvrier par l'art. 45 al. 2 L. fabr. de „travailler dans la fabrique, même volontairement, en dehors de la journée autorisée par la loi", sans sanction pénale, la défense faite „à tout travailleur d'exécuter pour des tiers un travail rentrant dans sa profession" pendant le repos hebdomadaire par l'art. 13 de la loi du 26 septembre 1931, défense dont la violation expose le contrevenant à une amende.

Ajoutons à ces deux cas les obligations à la fois, de droit privé et de droit public imposées à l'apprenti par la loi sur la formation professionnelle (art. 10—12) dont l'in-

observation rend l'apprenti passible d'amende, ainsi que la prescription qui interdit à un employé de porter le titre d'employé qualifié sans être porteur du diplôme de capacité (art. 57 même loi). L'inexécution d'une obligation incombant à l'employé en vertu du droit public peut constituer, selon les cas, un juste motif de résiliation. Ce n'est que lorsqu'une obligation exclusivement de droit public aurait été insérée dans le règlement de fabrique qu'elle pourrait faire l'objet d'une action en exécution.

Conclusion.

Le contrat de travail reste la base de la législation du travail. Même lorsque celle-ci ne se réfère pas à lui et le passe sous silence, de manière à pouvoir s'appliquer à toutes les situations de droit et de fait que comporte le rapport de travail, c'est dans la plus grande partie des cas un contrat de travail qui lie le travailleur et fixe les droits et les obligations réciproques des employeurs et des employés. Le rôle du contrat de travail demeure fondamental dans le droit suisse, malgré la place de plus en plus grande prise dans la détermination des conditions du travail sous forme de statut par les conventions collectives et la réglementation de droit public.

Les prescriptions impératives qui contribuent à la protection des employés doivent être divisées en prescriptions de droit strict auxquelles toute dérogation est interdite par le législateur d'une manière absolue et en prescriptions dont les parties ne peuvent s'écarter, lorsque, selon les circonstances, une convention contraire à ces règles heurterait l'ordre public, les bonnes moeurs ou les droits de la personnalité.

La législation protectrice du travail se caractérise comme une législation de droit public. Elle se distingue de la réglementation de droit privé en ce qu'elle crée un rapport entre l'employeur (parfois l'employé) et l'Etat en instituant des obligations envers l'Etat, dont l'exécution

est surveillée par un contrôle officiel, un système de contrainte administrative et des pénalités. Le droit public influe de diverses manières sur le contrat de travail individuel. Il empêche la formation de certains contrats. Il limite l'objet du contrat en imposant à l'employeur des obligations de ne pas faire, interdisant ainsi aux parties d'insérer certaines clauses dans le contrat ou de règler les conditions du travail à leur gré. Certaines obligations de faire, imposées aux employeurs par la législation protectrice du travail, tout en ayant un caractère de droit public, agissent aussi sur le contrat de travail en complétant les normes de droit privé qui figurent dans le C.O. Enfin les obligations de droit public, qu'elles soient positives ou négatives, produisent des effets de droit privé. S'il est indispensable que la doctrine distingue nettement la réglementation protectrice du travail de droit public et la réglementation de droit privé du contrat de travail, on doit reconnaître qu'il est impossible d'exiger du législateur une séparation nette des deux domaines. Ceux-ci sont intimément unis. Ils le sont dans les textes, ils le demeurent l'application de la loi et dans la complexité des faits. Telles nous paraissent être, dans leurs grandes lignes, les relations du contrat de travail avec la réglementation légale, à la veille du jour où un nouveau facteur, la corporation professionnelle, va peut-être intevenir à son tour dans les rapports entre employeurs et employés.