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: 67 (1948)

Artikel: La réglementation du travail dans le commerce et l'artisanat : questions fondamentales

Autor: Grisel, André

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-896419

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: 03.10.2025

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

La réglementation du travail dans le commerce et l'artisanat
Questions fondamentales

Rapport présenté par

André Grisel

juge cantonal et professeur à l'Université de Neuchâtel

TABLE DES MATIÈRES

Page

Chapitre premier. — *L'histoire de la réglementation* 459a
I. — L'activité des organes officiels 459a
II. — La collaboration des associations économiques 461a
III. — La lenteur du processus législatif 461a

Chapitre 2. — *L'étendue de la réglementation* 462a
I. — La loi spéciale 463a
II. — Le code du travail 465a

Chapitre 3. — *L'esprit de la réglementation* 468a
I. — Le principe de l'économie privée 468a
II. — La tendance égalitaire 470a
III. — La limitation de la concurrence 471a

Chapitre 4. — *Les bases constitutionnelles de la réglementation* 472a
I. — Le champ d'application de la réglementation 473a
II. — Les modalités de la réglementation 477a
III. — Le contenu de la réglementation 478a

Chapitre 5. — *Le champ d'application de la réglementation* 480a
I. — Délimitation d'après le genre d'activité du travailleur 480a
II. — Délimitation d'après les rapports existant entre l'entreprise et son personnel 481a
III. — Délimitation d'après la nature juridique de l'entreprise 483a

Chapitre 6. — *Les modalités de la réglementation* 485a
I. — La loi 485a
II. — Les ordonnances 487a
1⁰ Les ordonnances d'exécution 487a
2⁰ Les ordonnances législatives en général 488a
3⁰ Les ordonnances prises sur la proposition commune d'associations professionnelles 489a
4⁰ L'ordonnance subsidiaire 495a

III. — Les contrats collectifs 498a
1⁰ Les solutions projetées 498a
2⁰ La force dérogatoire des contrats collectifs 499a
3⁰ L'avenir des contrats collectifs 500a
IV. — Les règlements d'entreprise 501a
V. — Les contrats individuels 502a

Chapitre 7. — *La nature de la réglementation* 503a
I. — Le droit du travail et la distinction entre droits public et privé 503a
II. — La nature de la réglementation d'après les projets de 1945 et 1948 504a
1⁰ Le projet de 1945 . . . . . 505a
2⁰ Le projet de 1948 . . . . . 509a

Chapitre 8. — *Le contenu de la réglementation* 511a
I. — La résiliation du contrat de travail 511a
1⁰ Le droit en vigueur 511a
2⁰ Le projet de 1945 . . . . . 514a
3⁰ Le projet de 1948 . . . . . 516a
4⁰ Propositions 519a
II. — Les travaux interdits 522a

Chapitre 9. — *L'application de la réglementation* 525a
I. — Le contrôle 525a
1⁰ Le rôle des cantons 525a
2⁰ Le rôle de la Confédération 525a
3⁰ Le rôle des associations 526a
II. — La poursuite administrative 526a
1⁰ Conditions 526a
2⁰ Mesures 527a
III. — La poursuite pénale 528a
1⁰ Conditions 528a
2⁰ Actes punissables 528a
3⁰ Autorités compétentes 529a
IV. — L'action civile 529a
1⁰ Le délai pour agir 530a
2⁰ Effets civils de la violation des dispositions de droit public 532a

Chapitre 10. — *La réglementation de droit cantonal* 534a
I. — Législation cantonale complétant le droit fédéral 535a
1⁰ Domaines régis par la législation fédérale 535a
2⁰ Domaines étrangers à la législation fédérale 535a
II. — Législation cantonale contraire au droit fédéral 537a
1⁰ Législation cantonale antérieure à la réglementation fédérale 537a
2⁰ Législation cantonale postérieure à la réglementation fédérale 538a
III. — Conclusions 539a
Bibliographie 541a

Chapitre premier

L'histoire de la réglementation

I. — L'activité des organes officiels

Après s'y être opposés en 1894, le peuple et les cantons acceptèrent en 1908 d'introduire dans la Constitution fédérale une disposition autorisant la Confédération à statuer des prescriptions uniformes dans le domaine des arts et métiers. C'était l'art. 34 ter, dont la revision de 1947 a précisé et élargi la portée. Une conférence réunissant en 1908 les représentants des groupements économiques les plus importants désigna les plus urgentes des questions que le législateur fédéral avait acquis la compétence de réglementer. Il s'agissait de la concurrence déloyale, de l'apprentissage ainsi que des rapports de travail et de la protection des travailleurs[1]. La Confédération n'a pas atteint tous les buts que lui proposaient les délégués des associations professionnelles. Certes, en vertu de l'art. 34 ter, elle édicta, entre autres lois, celles sur l'emploi des jeunes gens et des femmes dans les arts et métiers (1922), sur la formation professionnelle (1930), sur les voyageurs de commerce (1930), sur le repos hebdomadaire (1931), sur l'âge minimum des travailleurs (1938), sur le travail à domicile (1940), sur la concurrence déloyale (1943), etc. Mais la pierre maîtresse manque encore: une réglementation d'ensemble du travail dans le commerce et l'artisanat.

Ce n'est pas que l'autorité fédérale s'en soit désintéressée. En 1931, elle chargea le directeur retraité de l'Office fédéral de l'industrie, des arts et métiers et du travail, M. Hans Pfister, d'établir un premier projet, qu'elle publia en 1935. Dès 1943, une commission dite préconsultative élabora un second projet qu'elle termina en 1945 et qui porte le titre d'avant-projet d'une loi fédérale sur le travail dans le commerce et les arts et métiers. Ce texte recueillit à peu près

[1] Pfister, La législation fédérale..., Gysin, Lignes directrices..., etc.

autant de critiques que d'approbations[2]. Après avoir fait l'objet, en 1946, des discussions d'une commission nombreuse, il fut soumis à un cercle restreint d'experts qui se réunirent en 1947 et 1948. Deux d'entre eux, les professeurs Germann et Hug, rédigèrent un nouveau projet, intitulé loi sur la protection du travail, dont la portée est beaucoup plus vaste que celle du projet de 1945. En effet, l'œuvre de MM. Germann et Hug vise, contrairement au projet antérieur, non seulement les entreprises du commerce et de l'artisanat, mais encore les établissements industriels actuellement assujettis à la loi sur les fabriques[3].

Voici de quelle manière, en avril 1948, l'autorité fédérale envisageait de continuer l'œuvre commencée. Elle se proposait d'abord de consulter la Commission fédérale des fabriques, de soumettre ensuite un nouveau projet aux gouvernements cantonaux et aux associations centrales et enfin, après avoir recueilli leurs avis, de rédiger encore un projet ainsi qu'un message à l'intention du Conseil fédéral et du Parlement. Il est difficile de pronostiquer dans quelle mesure ce programme sera réalisé lors des prochaines assises de la Société suisse des juristes.

L'avant-projet de la commission préconsultative et le travail de MM. Germann et Hug sont souvent cités dans cette étude, le premier sous les termes de «projet de 1945» et le second sous ceux de «projet de 1948».

---

[2] Ces appréciations ont été groupées dans un volume dénommé parfois «livre gris» et désigné ci-après «Résumé».

[3] Alors que le projet de 1945 prévoit l'abrogation de la loi de 1902 concernant le paiement des salaires et les amendes dans les entreprises soumises à la responsabilité civile, de la loi de 1922 sur l'emploi des jeunes gens et des femmes dans les arts et métiers, de la loi de 1931 sur le repos hebdomadaire et de la loi de 1938 sur l'âge minimum des travailleurs, l'entrée en vigueur du projet de MM. Germann et Hug aurait pour effet d'abolir, en outre, la loi de 1898 concernant la fabrication et la vente des allumettes, la loi de 1914 sur le travail dans les fabriques, la loi de 1919 concernant la durée du travail dans les fabriques et la loi de 1934 concernant l'indication du poids sur les gros colis destinés à être transportés par bateau.

II. — La collaboration des associations économiques

L'attention que les groupements professionnels portent à la réglementation du travail dans le commerce et l'artisanat peut être qualifiée d'exceptionnelle. Il n'est possible d'énumérer ni les travaux qui ont été publiés à la demande de telles associations, ni les mémoires qu'ont inspirés les divers projets officiels. Du moins convient-il de mentionner les principaux projets émanant de groupements professionnels. L'Union suisse des arts et métiers en a fait paraître plusieurs, dont le premier date de 1913 et le dernier de 1944. L'Union syndicale en a présenté deux, l'un en 1918, l'autre en 1935. En outre, elle a chargé trois fonctionnaires de l'Office fédéral de l'industrie, des arts et métiers et du travail[4] de présenter, sous la forme d'une loi-cadre réservant un large champ d'application aux contrats collectifs de travail, une variante du projet de 1945; c'est sous le vocable de «variante» que leur œuvre sera désignée ici. Le projet de 1929 de la Fédération suisse des ouvriers et employés évangéliques et les projets de 1934 et 1943 de la Communauté nationale d'action pour la défense économique méritent également d'être signalés.

III. — La lenteur du processus législatif

Une œuvre qui est attendue depuis un demi-siècle et suscite autant d'intérêt, répond à un besoin certain. Les travailleurs du commerce et de l'artisanat sont doublement défavorisés par rapport aux ouvriers des entreprises industrielles. D'une part, les premiers ne bénéficient pas comme les seconds de la protection de la loi sur les fabriques. D'autre part, les associations professionnelles sont moins développées dans le commerce et l'artisanat que dans l'industrie et, partant, les contrats collectifs de travail y sont moins nombreux. C'est dire que la majorité du personnel

[4] Il s'agit de MM. W. Siegrist, B. Zanetti et Th. Jenzer. M. E. Schweingruber, juge à la Cour suprême du canton de Berne, a collaboré à leurs travaux.

des commerçants et artisans en est réduit à conclure des contrats individuels de travail, qui sont généralement des contrats d'adhésion, le travailleur étant obligé en fait, dans la plupart des cas, d'accepter les clauses dictées par l'autre partie. Pourquoi donc, malgré son utilité évidente, la réglementation du travail dans le commerce et l'artisanat n'est-elle encore qu'en devenir?

La diversité des entreprises que régira l'œuvre projetée est un des principaux obstacles à son achèvement. Il est malaisé de prévoir des règles qui conviennent aussi bien à une banque ou à une compagnie d'assurance qu'à un cordonnier ou à un coiffeur. La différence de conditions est en général plus marquée entre les commerçants et les artisans qu'entre les industriels. Cela explique, entre autres raisons, que la Confédération ait légiféré plus tôt au sujet des fabriques que dans le domaine du commerce et de l'artisanat. De plus, la loi future doit résoudre — du moins provisoirement — un conflit aigu. Il est inévitable que, tendant à protéger les travailleurs, elle restreigne la liberté des employeurs et leur impose des charges nouvelles. Il s'agit donc de concilier les intérêts des uns et des autres. La lecture des procès-verbaux des commissions d'experts où siègent des délégués du patronat et du salariat, laisse entrevoir l'adoption d'un moyen-terme. Mais les travailleurs et les employeurs visés par la nouvelle réglementation montreront-ils le même esprit d'entente que leurs représentants?

Chapitre 2

L'étendue de la réglementation

Le nombre des dispositions qui régissent les rapports de travail ne cesse de s'accroître. De douze qu'ils étaient dans le code des obligations de 1881, les articles relatifs au contrat de travail ont passé à quarante-quatre dans le code actuel. Edictés par la Confédération ou les cantons, maints textes légaux, dont plusieurs sont cités au premier chapitre

de cette étude[5], complètent et modifient les normes codifiées. Convient-il d'y ajouter une loi spéciale réglementant le travail soit dans le commerce et l'artisanat, soit à la fois dans ces branches d'activité et dans l'industrie ? Ou vaut-il mieux créer un code qui groupe, sans exception, toutes les dispositions ayant trait aux rapports de travail dans les divers domaines de l'économie ? Avant toutes autres, ces questions doivent être examinées.

I. — La loi spéciale

Alors que le projet de 1945 vise principalement le commerce et l'artisanat, celui de 1948 concerne en outre l'industrie. Mais l'un et l'autre excluent notamment de leur champ d'application l'agriculture et le service de maison. Leurs auteurs se sont donc prononcés en faveur d'une nouvelle loi spéciale. Il en résulterait pourtant divers inconvénients.

Les dispositions sur les rapports de travail étant actuellement dispersées dans un grand nombre d'actes législatifs, il est impossible qu'employeurs et travailleurs soient au courant de leur situation juridique par leurs propres lumières. Seuls des spécialistes du droit du travail peuvent les renseigner. Or, même si elle abrogeait plusieurs textes légaux, une nouvelle loi particulière faciliterait moins qu'un code la connaissance de la réglementation du travail.

D'autre part, des dispositions contenues dans des lois différentes ne forment pas toujours un ensemble cohérent ni ne reposent sur des conceptions absolument identiques. Par exemple, le terme d'employé, qui désigne dans le code des obligations tout salarié lié par un contrat de travail, est remplacé dans plusieurs lois[6] par celui de travailleur, qui s'applique à toute personne occupée au service d'autrui,

---

[5] P. 1.

[6] La loi de 1931 sur le repos hebdomadaire et la loi de 1938 sur l'âge minimum des travailleurs.

qu'elle ait conclu ou non un contrat de travail. En outre, la loi sur le travail dans les fabriques distingue les employés des ouvriers [7], alors que le code des obligations qualifie aussi ceux-ci d'employés. Les auteurs d'une loi réglementant exclusivement certaines branches d'activité ne pourraient sans doute éviter tout risque d'ambiguïté, si soucieux fussent-ils d'adapter leur œuvre à la législation existante.

Plus les textes sont nombreux et plus il est difficile de délimiter leur champ d'application. Une loi relative aux seules entreprises commerciales et artisanales empiéterait peut-être sur le domaine de la loi sur le travail dans les fabriques. Par quelles dispositions seraient régis les employés sensu stricto (dans l'acception qui les oppose aux ouvriers) occupés dans une entreprise qui a un caractère à la fois industriel et artisanal? Par le code des obligations, suivant l'art. 20 de la loi sur le travail dans les fabriques? Ou par la future loi?

L'adoption de lois applicables à certains secteurs seulement peut avoir de fâcheuses conséquences économiques. Ce mode de légiférer favorise tels travailleurs par rapport à d'autres. Si une loi progressiste réglemente le travail dans le commerce et l'artisanat seulement, les travailleurs qu'elle visera seront privilégiés eu égard à ceux qui resteront soumis au code des obligations, ainsi que par comparaison avec les ouvriers de fabrique assujettis à une loi plus que trentenaire. Cette inégalité de condition ne poussera-t-elle pas les travailleurs à s'engager dans les branches où ils sont le mieux traités et en particulier à déserter la campagne [8]?

Sans doute les inconvénients résultant d'une nouvelle loi spéciale seraient moins grands en cas d'adoption du projet de 1948 que si celui de 1945 entrait en vigueur. Mais ils ne disparaîtraient pas complètement.

---

[7] Art. 20.

[8] Résumé... p. 52.

II. — Le code du travail

Le législateur remédierait à ces désavantages en rassemblant dans un même code toutes les dispositions sur les rapports de travail. L'idée n'est pas nouvelle. Elle a été envisagée et même réalisée à l'étranger[9]. Elle semble impliquée, sinon nettement exprimée dans certains postulats présentés aux Chambres fédérales[10]. D'autre part, au cours des discussions concernant la réglementation du travail dans le commerce et l'artisanat, il fut question, à quelques reprises[11], de renoncer à une loi spéciale au profit d'un code unique. Mais les commissions préparatoires n'ont pas retenu cette opinion. Pourtant, la codification du droit du travail permettrait aux travailleurs et aux employeurs de mieux connaître leur situation juridique; elle obligerait le législateur à harmoniser les conceptions sur lesquelles se fondent les lois en vigueur; elle réduirait les conflits relatifs au champ d'application des normes existantes; si un code unique n'assurait pas à tous les travailleurs un sort semblable, il protégerait au moins ceux qui, actuellement, ne sont pas visés par les lois spéciales. Quelles objections s'opposent à ces arguments?

Craindra-t-on de cristalliser dans un code un droit aussi mouvant que celui du travail? Mais un code ne se distingue d'une loi ordinaire que par l'ampleur des matières qu'il embrasse. Il se modifie selon la même procédure. Par conséquent, grouper dans un seul code les dispositions éparses dans plusieurs actes législatifs, n'entraverait pas l'évolution de la réglementation du travail.

La diversité des situations qu'un code unique devrait régir lui ferait-elle obstacle? Certes, il est exclu de soumettre

---

[9] Schweingruber cite avec éloges le projet de 1938 d'une loi allemande sur les rapports de travail (Das Arbeitsrecht..., p. 47 note 12). Cf. le Code du travail français.

[10] Cf. le postulat Höppli accepté par le Conseil national le 28 septembre 1943 et invitant le Conseil fédéral à examiner l'idée d'une réglementation d'ensemble du droit du travail.

[11] Procès-verbaux IV N° 436 et ad II N° 9.

à des règles tout à fait identiques les travailleurs et les employeurs de l'agriculture, de l'industrie, du commerce et de l'artisanat. Mais le législateur pourrait tenir compte des conditions différentes de ces branches d'activité dans un même code, qui comprendrait une partie générale applicable à quiconque et des parties spéciales visant certaines catégories particulières d'entreprises.

Y aurait-il un inconvénient à mêler dans un code les règles de droit public et de droit privé qui forment le droit du travail? Ce ne serait en tout cas pas une innovation, la loi sur les fabriques, par exemple, contenant des normes de l'une et l'autre natures. De plus, certaines dispositions peuvent avoir un double effet, à la fois de droit public et de droit privé, c'est-à-dire que leur violation peut entraîner une action civile dont le lésé est le maître, aussi bien qu'une poursuite pénale engagée d'office par l'Etat. N'est-il pas préférable de faire figurer ces dispositions une seule fois dans un code du travail plutôt que de les reproduire dans deux lois, l'une de droit privé et l'autre de droit public? Enfin, employeurs et travailleurs s'intéressent au contenu des normes qui les gouvernent, davantage qu'à leur nature juridique. La distinction entre loi de droit public et loi de droit privé, qui satisferait les seuls juristes, importe moins aux patrons et à leur personnel que les avantages résultant d'un code unique[12].

Des considérations électorales empêcheraient-elles son adoption? Applicable à tous, un code susciterait-il plus d'opposition qu'une loi régissant seulement tel groupe, fût-il très étendu, d'employeurs et de travailleurs? En particulier, les agriculteurs ne rejeteraient-ils pas un code qui les viserait, alors qu'ils seraient indifférents, sinon favorables à une loi qui ne concernerait que le commerce et l'artisanat? Pour n'être pas juridiques au sens étroit du mot, ces ques-

[12] Une stricte distinction entre la protection de droit public et la réglementation de droit privé est d'ailleurs impossible. «Vielmehr, dit Silberschmidt, muß stets vom einheitlichen Arbeitsrecht ausgegangen werden...» (p. 291).

tions ne sont pas moins importantes. Aussi méritent-elles d'être posées et même sommairement discutées. On leur répondra d'abord que, si les adversaires d'une loi sont d'autant plus nombreux que son champ d'application est plus large, il en est peut-être de même de ses partisans. Les électeurs qui refuseraient un code du travail pourraient bien s'opposer aussi à une loi spéciale, même si elle ne les visait pas directement, de crainte que ses dispositions ne leur deviennent un jour applicables. La perspective d'un vote négatif ne devrait d'ailleurs pas être déterminante. S'il répond à une nécessité, un code du travail finira par être accepté. Supposé même — ce n'est nullement démontré — qu'il ne pût être aussi progressiste qu'une loi spéciale, on se demandera s'il ne vaut pas mieux protéger un peu tous les travailleurs qu'avantager beaucoup une partie d'entre eux seulement.

Faut-il conclure qu'au lieu de réglementer les rapports de travail dans le commerce, l'artisanat et éventuellement l'industrie, le législateur devrait élaborer un code qui s'appliquerait à toutes les branches d'activité et abrogerait la législation du travail actuelle, notamment le titre du code des obligations relatif au contrat de travail ? Force est d'admettre toutefois qu'une codification prendrait vraisemblablement plus de temps que la mise au point de la loi spéciale qui est depuis longtemps projetée. Autrement dit, si l'autorité fédérale se prononçait en faveur d'un code unique et abandonnait l'idée de légiférer dans certaines branches d'activité seulement, les travailleurs qui y sont occupés seraient probablement privés pendant quelques années de la protection que leur vaudrait l'adoption prochaine d'une loi spéciale[13]. Mais rien n'empêche de terminer et d'édicter cette loi, tout en commençant immédiatement d'élaborer un code du travail. Ce serait la solution la plus judicieuse. La loi spéciale serait abolie lors de l'entrée en vigueur du

[13] La valeur de cet argument ne doit pas être exagérée. Lorsque le législateur veut agir rapidement, il le peut. Preuve en est le temps relativement court dans lequel a été créée la loi sur l'assurance vieillesse et survivants.

code, mais protégerait dans l'intervalle les travailleurs qui en ont le plus besoin. Sans doute est-il souhaitable que la portée de la réglementation spéciale soit la plus vaste possible. C'est pourquoi, du moins en ce qui concerne l'étendue de leur champ d'application, le projet de 1948 peut être préféré à celui de 1945.

D'identiques problèmes se posent en cas de création d'un code ou de préparation d'une loi spéciale. C'est dire que l'intérêt de la présente étude ne dépend pas du parti que prendra le législateur.

Chapitre 3

L'esprit de la réglementation

Tout en respectant le principe de l'économie privée, les projets de 1945 et 1948 tendent à restreindre l'inégalité existant entre les parties au contrat de travail ainsi qu'à limiter la concurrence à laquelle sont exposées les entreprises assujetties à la future réglementation.

I. — Le principe de l'économie privée

Dans le message qu'il a publié en 1937 sur la revision des articles constitutionnels régissant l'ordre économique, le Conseil fédéral exprime l'intention de maintenir les principes de la propriété privée sur les moyens de production, de la liberté économique et de la libre initiative[14]. Et il précise que l'action régulatrice et protectrice qu'il assigne à l'Etat, ne met pas ces principes en question. Ce sont eux aussi qu'adoptent les projets de 1945 et 1948. S'ils ne le disent pas expressément, ces projets sous-entendent au moins que l'employeur, c'est-à-dire le capitaliste, est le maître de l'entreprise, à l'exclusion du travailleur. Ils ne parlent ni de communauté professionnelle ni de communauté d'entreprise[15]. Ils n'accordent au travailleur ni un

[14] F.F. 1937 p. 853.

[15] Ces questions ont cependant été soulevées. Cf. Résumé... p. 209.

droit de regard dans les affaires de l'entreprise ni la faculté de participer à leur gestion. Les dispositions relatives à l'indemnité dite de départ et aux institutions sociales ne portent pas atteinte à la maîtrise de l'employeur. Certes, aux termes de l'art. 17 al. 2 du projet de 1945, l'indemnité de départ allouée au travailleur est fixée notamment d'après la situation matérielle de l'employeur et peut être considérée en quelque sorte comme une part aux bénéfices; mais l'octroi de cette indemnité ne signifie pas que le travailleur a acquis un droit de propriété sur la fortune de l'entreprise. De même, s'il collabore à l'administration des institutions sociales, le travailleur ne participe pas pour autant à la direction de l'entreprise.

Prétendre que les représentants des travailleurs se sont tous ralliés au principe de l'économie privée, serait sans doute erroné. S'ils ont renoncé à le battre en brèche, c'est vraisemblablement pour obtenir des employeurs qu'ils consentent à améliorer les conditions de travail de leur personnel. Sur ce point, le présent rapport ne peut que constater, sans exprimer de critiques, les opinions émises. Toutefois, l'observation suivante ne semble pas déplacée. Si des dispositions relatives au droit de regard, de contrôle ou de gestion du personnel sont un jour introduites dans notre législation — et je le souhaite —, ce n'est pas aux commerçants ou aux artisans, mais aux grandes entreprises industrielles qu'elles devront d'abord s'appliquer. Une réglementation du travail dans le commerce et l'artisanat viserait approximativement 700 000 travailleurs et 200 000 entreprises[16]; autrement dit, les employeurs qu'elle régirait, occuperaient en moyenne trois ou quatre personnes. Or, le sort des petites entreprises est souvent lié à celui de leur chef. Il arrive que l'employeur mêle, dans une même comptabilité, ses affaires professionnelles et privées. Par conséquent, en associant le travailleur à la direction des entreprises commerciales et artisanales, le législateur lui permettrait parfois de s'ingérer dans le ménage de son patron.

[16] Rapport de la commission préconsultative p. 41.

II. — La tendance égalitaire

Juridiquement, le principe de l'autonomie de la volonté assure la liberté et l'égalité des parties contractantes. Elles sont libres parce qu'elles ne sont pas obligées de contracter contre leur gré. Elles sont égales parce qu'aucune d'elles ne peut imposer sa volonté à l'autre. Si cette liberté et cette égalité existent en droit, il s'en faut de beaucoup qu'elles soient toujours effectives. Et c'est peut-être dans les rapports de travail que le désaccord entre le fait et le droit est le plus profond.

Dès le moment où se nouent les relations du travailleur et de l'employeur, apparaît l'inégalité de leurs conditions. Le premier, qui doit s'engager au service d'autrui pour gagner son pain, est poussé à contracter par un besoin vital. Quant au second, il peut généralement différer la conclusion du contrat sans compromettre son existence. De même que le propriétaire pressé de vendre accepte n'importe quel prix, le travailleur subit la loi de l'employeur dans un régime économique de liberté absolue[17]. D'où la nécessité d'édicter, en dérogation au principe de l'autonomie de la volonté, des dispositions impératives qui assurent à l'employé des conditions de travail convenables.

Pendant la durée des rapports de service, le travailleur hésite à faire valoir ses droits de peur de perdre son emploi. Osera-t-il intenter un procès pour obtenir de l'employeur de meilleures conditions d'hygiène ou le paiement ponctuel de son salaire? Si l'Etat ne le protège par un contrôle officiel et des dispositions pénales, le travailleur se résignera parfois à un sort contre lequel s'insurgerait un contractant véritablement libre[18].

Enfin, la rupture du contrat cause généralement un préjudice plus grave au travailleur qu'à l'employeur. L'un est menacé du désœuvrement, c'est-à-dire de la perte de ses

[17] Celui de la première moitié du XIXe siècle par exemple, qui permettait à Louis Blanc de stigmatiser «le triomphe de la cupidité qui peut attendre, sur la faim qui n'attend pas».

[18] Schönenberger p. 11.

moyens d'existence; l'autre n'a lieu de redouter qu'une diminution de ses ressources, et encore dans des circonstances exceptionnelles. Les remèdes à cette inégalité sont la limitation du droit de résilier et l'octroi au travailleur, dans certains cas, d'une indemnité qui atténue les conséquences du congédiement.

Les projets de 1945 et 1948 visent à réduire l'inégalité de fait qui existe entre travailleurs et employeurs, aussi bien lors de la conclusion que pendant la durée et à la fin du contrat. S'ils portent atteinte à la liberté de droit des parties contractantes, ils accroissent la liberté effective et la sécurité de la plus faible[19].

Toutefois, dans le commerce et l'artisanat, la condition des employeurs est souvent difficile et n'apparaît pas toujours privilégiée par rapport à celle des travailleurs. Par exemple, le départ abrupt d'un employé peut interrompre l'activité d'une petite exploitation. Aussi le législateur doit-il faire en sorte que les dispositions protectrices des travailleurs soient adaptées aux facultés des entreprises et qu'à l'inégalité dont souffre une des parties ne s'en substitue pas une autre au détriment de son cocontractant.

III. — La limitation de la concurrence

Les projets de 1945 et 1948 ne se bornent pas à protéger les travailleurs en restreignant la liberté des employeurs. Mais ils procurent aux entreprises des avantages qui, sans compenser leurs charges nouvelles, ne sont pas négligeables.

La future loi obligera tous les employeurs de la même branche à favoriser les travailleurs dans une mesure minimum. Les patrons pourront ainsi traiter convenablement leur personnel sans avoir, de ce fait, à pâtir de la concurrence d'entreprises moins soucieuses du bien-être de leurs employés. Elle servira donc à la fois les intérêts des travailleurs et ceux des employeurs les mieux disposés à leur égard.

---

[19] Schönenberger p. 16. «La loi est l'amie du faible, dit Schiller; elle veut tout égaliser; elle tend à niveler le monde.»

D'autre part, les projets visent à protéger les entreprises contre la concurrence que peuvent leur faire les travailleurs pendant leurs heures de loisirs ou leurs vacances.

A eux seuls, de tels avantages ne pourraient sans doute décider les employeurs à accepter la réglementation qui leur est proposée. Mais si l'intérêt ne suffit pas à emporter leur adhésion, il est permis d'espérer que le sens de l'équité y parviendra.

Chapitre 4

Les bases constitutionnelles de la réglementation

Les rapports de travail peuvent être réglementés par des dispositions de droit privé et public.

La compétence de la Confédération de légiférer en droit privé se fonde sur l'art. 64 C.F. Elle n'est pas limitée et, partant, s'étend aux domaines du commerce et de l'artisanat.

En revanche, c'est en vertu de l'art. 34 ter C.F., récemment revisé, que la Confédération a le pouvoir de régler, par des normes de droit public, les conditions de travail dans ces branches d'activité. L'art. 34 ter lui reconnaît en particulier le droit de légiférer:

«*a)* sur la protection des employés ou ouvriers;

»*b)* sur les rapports entre employeurs et employés ou ouvriers, notamment sur la réglementation en commun des questions intéressant l'entreprise et la profession;

»*c)* sur la force obligatoire générale de contrats collectifs de travail ou d'autres accords entre associations d'employeurs et d'employés ou ouvriers en vue de favoriser la paix du travail...»

Le problème de la constitutionnalité de la réglementation fédérale de droit public se subdivise en trois questions principales: à quelles personnes peut s'appliquer cette réglementation? quelles peuvent être ses modalités? quel peut être son contenu[20]?

---

[20] Au point de vue de sa constitutionnalité, la réglementation projetée pose encore d'autres questions. Par exemple, les art. 16

I. — Le champ d'application de la réglementation

1° Il s'agit d'abord de déterminer le sens de l'expression «employés ou ouvriers» contenue à l'art. 34ter C.F. Embrasse-t-elle seulement les employés suivant l'art. 319 C.O., soit les salariés liés à un employeur par un contrat de travail, ou au contraire tous les travailleurs? On entend sous ce terme les personnes qui œuvrent au service d'un tiers et lui sont subordonnées[21]. Il n'importe qu'elles aient ou non conclu avec lui un contrat de travail. Peuvent entrer dans la notion de travailleur les mandataires rémunérés ou non, voire les entrepreneurs selon l'art. 363 C.O., les ouvriers à domicile de même que ceux qui travaillent à bien plaire dans une entreprise dont ils ne sont pas les maîtres[22].

---

al. 3 et 121 al. 1 du projet de 1945 prévoient que l'action civile peut être portée devant le juge du lieu où se trouve l'entreprise. Sans doute, d'après la jurisprudence du T.F. relative à l'art. 59 C.F., une personne qui exploite une entreprise indépendante, peut-elle être poursuivie au siège de cette entreprise. C'est son domicile d'affaires. Mais le siège de l'entreprise qui l'occupe, n'est pas le domicile d'affaires du travailleur. Par conséquent, s'il est actionné au lieu où se trouve l'entreprise, le travailleur est attaqué au for du demandeur. Les art. 16 al. 3 et 121 al. 1 du projet de 1945, dont l'opportunité est au surplus discutable, sont donc en contradiction avec l'art. 59 C.F., qui fixe au domicile du défendeur le for des actions personnelles. Le projet de 1948 a d'ailleurs abandonné le for exceptionnel prévu par ces dispositions.

[21] Silberschmidt p. 258 ss. et Kämpfer p. 30.

[22] Le mot «travailleur» prête à discussion. N'est-ce pas en restreindre le sens normal que de le réserver aux seules personnes qui travaillent pour autrui, et ne devrait-il pas s'appliquer plutôt à toutes celles qui ont une activité, qu'elles soient chefs d'entreprise ou exercent une profession libérale? Mais ce terme, tel qu'il vient d'être défini, est d'usage courant. Il s'introduit dans la langue juridique et figure dans plusieurs conventions internationales ainsi que dans certaines lois fédérales (la loi sur le repos hebdomadaire et la loi sur l'âge minimum des travailleurs). S'il n'est pas à l'abri de toute critique, il ne semble pas qu'il puisse être avantageusement remplacé. Le mot «personnel», parce que générique, conviendrait moins bien. Celui de «salarié» serait inadéquat en cas de mandat gratuit.

D'après le texte allemand, l'interprétation la plus large doit prévaloir. En effet, il n'y est question ni d'«Arbeiter» (ouvriers), ni d'«Angestellten» (employés sensu stricto), ni de «Dienstpflichtigen» (employés suivant l'art. 319 C.O.), mais d'«Arbeitnehmer», vocable correspondant à celui de travailleur.

D'autre part, dans son projet de revision de l'art. 34 ter C.F., le Conseil fédéral utilisait le mot «travailleurs»[23]. A la suite d'une observation formulée au Conseil national, la disposition proposée a été renvoyée à la commission de rédaction et l'expression «employés ou ouvriers» a été substituée au terme «travailleurs». Mais il ressort clairement de la discussion parlementaire que ce changement doit être attribué exclusivement à un souci de forme et non pas à une divergence de vues entre le Conseil fédéral et une des Chambres[24].

Certes, en revisant les articles de la Constitution relatifs au domaine économique, les autorités fédérales n'ont pas entendu restreindre le cercle des bénéficiaires de la législation protectrice du travail. Or, la loi sur le repos hebdomadaire et la loi sur l'âge minimum des travailleurs, qui se fondent l'une et l'autre sur l'art. 34 ter ancien, visent tous les travailleurs et non seulement les employés qui sont parties à un contrat de travail[25]. D'où il suit que les dispositions

---

[23] F.F. 1945 I p. 905.

[24] Bulletin sténographique du Conseil national, 1945, p. 606 et 607. Il est d'ailleurs regrettable que le texte primitif n'ait pas été maintenu. Le mot «employé» figurant dans l'expression «employés ou ouvriers» peut faire naître des confusions, car son sens est à la fois plus large et plus étroit qu'à l'art. 319 C.O. Plus large, parce qu'il s'applique à des personnes qui n'ont pas conclu de contrat de travail. Plus étroit, parce qu'il ne comprend pas les ouvriers et n'englobe donc pas toutes les personnes liées par un tel contrat.

[25] Art. 3 du règlement d'exécution de la loi sur l'âge minimum des travailleurs: «Sont aussi réputés travailleurs au sens de la loi les personnes engagées provisoirement et les volontaires, ainsi que les personnes qui, sans avoir d'engagement avec le chef d'établissement, prennent part comme des salariés aux travaux de l'exploitation.»

édictées en vertu du nouvel article constitutionnel peuvent avoir un champ d'application au moins aussi étendu.

Au surplus, il ne se justifierait pas d'exclure de la protection légale les travailleurs, mandataires ou volontaires par exemple, qui n'ont pas conclu de contrat de travail[26]. Autant que les employés selon l'acception de l'art. 319 C. O., ils ont besoin d'être protégés contre le surmenage, les résiliations abruptes, les risques d'accidents, les abus commis dans le paiement du salaire, etc.

C'est donc à la notion étendue de travailleur et non pas à celle d'employé suivant l'art. 319 C. O. que correspond l'expression «employés ou ouvriers» figurant à l'art. 34ter C. F.

2° La Confédération a incontestablement la faculté de régler le statut de ses fonctionnaires par des dispositions de droit public. Cette compétence dérive du droit de chaque Etat d'organiser sa propre administration. En revanche, le législateur fédéral peut-il soumettre les fonctionnaires cantonaux et communaux, en vertu de l'art. 34 ter, à une réglementation de droit public?

Ni le texte de l'art. 34 ter ni sa genèse ne permettant de résoudre cette question, il ne reste qu'à interpréter la disposition constitutionnelle d'après son but, soit selon la méthode téléologique[27]. La protection que la Confédération a le pouvoir d'accorder aux travailleurs, est destinée à priver les employeurs des avantages injustifiés qu'ils pourraient tirer de leur situation dans un régime de liberté absolue. Or, lorsqu'une collectivité publique noue, dans l'intérêt général, des rapports de droit public avec son personnel, on ne saurait prétendre qu'elle profite de lui sans motif légitime. Mais il en est autrement si, exploitant une entreprise comme un particulier, elle y emploie des agents avec qui elle conclut des contrats de droit privé. La collectivité publique est alors comparable à n'importe quel employeur et son personnel doit être protégé, comme tous les travail-

[26] Schönenberger p. 26 et 379; Scherrer p. 6 et 7.
[27] Giacometti p. 24; Germann p. 14.

leurs privés, contre les abus de pouvoir qu'elle peut commettre[28]. Ainsi donc, la législation édictée en vertu de l'art. 34 ter C. F. ne peut s'appliquer à tous les agents des cantons et des communes, mais seulement aux travailleurs liés à ces collectivités par un rapport de droit privé.

Il est d'ailleurs conforme à l'intérêt général que le personnel engagé par des contrats de droit public ne soit pas soumis à la même réglementation que les travailleurs privés. «Le rapport de subordination de droit public domine toute la personnalité du fonctionnaire et lui impose des devoirs que le contrat de droit privé ignore», affirme le Conseil fédéral dans le message du 18 juillet 1924 à l'appui du projet de loi sur le statut des fonctionnaires fédéraux[29]. Un peu plus loin, il défend la même opinion: «...le fonctionnaire n'est pas tenu seulement de remplir consciencieusement les devoirs de sa charge, mais... ses rapports de service créent une situation de subordination dominant toute sa personne et lui imposant des devoirs qu'il n'aurait pas sous le régime du droit privé[30].» Les circonstances exigent parfois qu'une collectivité publique puisse se séparer de ses agents publics ou leur demander un travail supplémentaire, sans être bridée par les dispositions applicables aux employés privés. La sollicitude de la collectivité publique envers son personnel a pour borne l'intérêt général, en vertu duquel les agents publics peuvent se voir refuser des avantages accordés aux travailleurs privés[31].

Objectera-t-on qu'il est malaisé de distinguer les agents publics des agents privés et qu'il serait injuste de soumettre à un statut différent, selon la nature des liens qui les unissent à la collectivité publique, les employés d'une même administration ou d'une même entreprise? Admise dans

---

[28] Kämpfer p. 153 ss.

[29] F. F. 1924 III p. 97.

[30] F. F. 1924 III p. 99.

[31] Mais les agents publics peuvent attendre de la collectivité qu'elle compense les inconvénients de leur situation, ne serait-ce que pour s'assurer un personnel de valeur.

d'autres domaines, la distinction entre droit public et privé peut l'être aussi dans celui-ci. D'autre part, il appartient aux collectivités publiques de faire en sorte que le personnel se trouvant dans une situation analogue soit régi par les mêmes normes.

II. — Les modalités de la réglementation

Les divers modes de réglementer les conditions de travail sont-ils des sources de droit public aussi bien que de droit privé ?

Il n'est pas contesté qu'une loi ou une ordonnance puisse contenir des dispositions ressortissant à l'un ou l'autre droit.

Les art. 322 et 323 C. O. relatifs aux contrats collectifs de travail ont été édictés en vertu de l'art. 64 C. F., qui attribue à la Confédération le pouvoir de réglementer le droit civil dans son ensemble. Par conséquent, les contrats collectifs prévus par le code des obligations sont exclusivement de droit privé. Ce point n'est pas controversé, mais on débat celui de savoir si les contrats collectifs déclarés de portée générale conformément à l'arrêté du 23 juin 1943 peuvent comprendre des clauses de droit public. Dans un préavis adressé le 11 février 1947 au Département fédéral de l'économie publique, le Département fédéral de justice et police résout cette question, en principe, par l'affirmative. C'est sans doute avec raison. Ce n'est pas la volonté des associations contractantes, mais un acte de l'autorité, qui confère force obligatoire générale aux contrats collectifs. Que cet acte soit une ordonnance législative ou une décision administrative, il n'importe[32]. Les ordonnances législatives aussi bien que les décisions administratives peuvent sortir des effets de droit public. Partant, dans tous les domaines où l'autorité a la faculté de créer du droit public par voie d'ordonnance ou de décision, elle peut aussi, en déclarant

---

[32] Les avis divergent sur ce point. Cf. Holer n° 842 p. 12; Kämpfer p. 136. Huber (p. 338 note 12) considère cet acte comme un élément d'une procédure de création du droit.

de portée générale un contrat collectif, lui donner un caractère de droit public. Il s'ensuit que l'observation de ce contrat pourra être contrôlée officiellement et ses violations sanctionnées pénalement. Ces considérations se fondent sur des principes généraux et non pas sur telle disposition constitutionnelle. Elles conservent donc leur valeur, quand bien même le nouvel art. 34 ter C. F., qui autorise la Confédération à légiférer sur la force obligatoire des contrats collectifs, ne viserait que l'institution de droit privé réglementée par le code des obligations[33]. On peut encore se demander s'il convient d'appeler contrats collectifs des accords professionnels déclarés de portée générale et exerçant des effets de droit public. Cette question sera examinée ultérieurement[34].

Prévu par l'art. 321 C. O. et la loi sur le travail dans les fabriques, le règlement de travail ou de fabrique n'émane pas d'un organe de l'Etat. Une personne privée ne pouvant créer du droit public, même par délégation, on ne saurait reconnaître des effets de droit public aux dispositions d'un tel règlement.

Quant aux contrats individuels, ils sont de nature purement privée.

III. — Le contenu de la réglementation

Selon l'art. 34ter al. 1 litt. a C. F., la Confédération a le droit de légiférer sur la protection des employés ou ouvriers. C'est dire qu'elle a la faculté de sauvegarder la personne physique du travailleur, en le préservant de maladies et d'accidents, de garantir sa liberté individuelle, en lui accordant des loisirs et la possibilité d'en user, d'assurer son emploi, en limitant le droit de résiliation de l'employeur.

L'art. 34ter al. 1 litt. b, qui autorise la Confédération à édicter des dispositions «sur les rapports entre employeurs et employés ou ouvriers, notamment sur la réglementation

[33] Une interprétation aussi étroite de la disposition constitutionnelle ne paraît pas s'imposer.

[34] Infra p. 494a.

en commun des questions intéressant l'entreprise et la profession», est rédigé en termes assez larges pour embrasser l'al. 1 litt. a de l'art. 34ter, voire l'al. 1 litt. c de cette disposition. Se fondant sur l'al. 1 litt. b, la Confédération pourra légiférer, par exemple, sur la communauté professionnelle et la communauté d'entreprise. Elle peut faire des travailleurs des «participants» à la vie économique, leur octroyer un droit de regard dans les affaires de l'entreprise qui les occupe, et même les associer à sa gestion[35]. Il est vrai que, dans son message du 10 septembre 1937 sur la revision des art. 31 ss. C.F., le Conseil fédéral exprimait l'intention de maintenir «la propriété privée sur les moyens de production, la liberté économique et la libre initiative»[36]. Mais le texte de l'art. 34ter autorise une dérogation à ces principes, que battent en brèche, d'ailleurs, maintes dispositions légales.

La Confédération a encore le droit de légiférer, dit l'art. 34ter al. 1 litt. c, «sur la force obligatoire générale de contrats collectifs de travail ou d'autres accords entre associations d'employeurs et d'employés ou ouvriers en vue de favoriser la paix du travail». L'al. 2 de l'art. 34ter précise que «la force obligatoire générale prévue sous lettre c ne pourra être statuée que dans les domaines touchant les rapports de travail[37] entre employeurs et employés ou ouvriers...» Il ressort de la réponse du conseiller fédéral Stampfli à une question posée au Conseil national que «les domaines touchant les rapports de travail» sont assez vastes pour englober les problèmes de la communauté professionnelle et de la communauté d'entreprise[38]. Ainsi donc, un contrat collectif qui reconnaîtrait aux travailleurs le droit

---

[35] Bulletin sténographique du Conseil national, 1945, p. 444: «On attend de l'article 34ter qu'il affirme la dignité de l'homme et du travail dans les relations entre employeurs et travailleurs, en faisant de ceux-ci des participants...»

[36] F.F. 1937 p. 853.

[37] Cf. F.F. 1937 p. 886.

[38] Bulletin sténographique du Conseil national, 1945, p. 606.

de participer à la gestion de l'entreprise, pourrait être déclaré de portée générale. Cependant, se trouverait-il une association d'employeurs pour consentir librement à la conclusion d'un tel contrat?

Chapitre 5

Le champ d'application de la réglementation

Dans le chapitre précédent, il s'agissait en particulier de tracer le cercle des personnes qui, d'après la Constitution fédérale, peuvent être soumises à la loi future. C'était un problème constitutionnel. Il y a lieu maintenant d'examiner à quelles personnes il convient d'appliquer la réglementation envisagée. C'est une question d'opportunité. Pour la résoudre, on considérera le genre d'activité du travailleur, les rapports l'unissant à l'entreprise qui l'occupe, et encore la nature juridique de cette entreprise. Les projets de 1945 et 1948 vont donc être étudiés à ce triple point de vue.

I. — Délimitation d'après le genre d'activité du travailleur

L'art. 34ter C.F. permet à la Confédération de légiférer sur les rapports de travail des employés et des ouvriers, quelle que soit leur activité. Ce n'est donc pas pour des raisons constitutionnelles que les projets de 1945 et 1948 écartent de leur champ d'application, entre autres branches, l'agriculture, la sylviculture et le service de maison. Seuls des motifs d'opportunité expliquent cette exclusion. Il serait vain de revenir sur les avantages et les inconvénients de la loi spéciale et du code unique[39]. Il suffit d'observer qu'à des faits dissemblables doivent correspondre des règles différentes. L'ouvrier d'une grande usine, la femme de chambre, le domestique de ferme, ne peuvent être régis par les mêmes normes. Un code du travail devrait nécessairement contenir, à côté de prescriptions visant quiconque, des dispo-

[39] Supra p. 463a ss.

sitions applicables à certains seulement. Si l'autorité fédérale renonce à grouper dans un code toutes les règles sur les rapports de travail, elle a raison de restreindre la portée de la législation projetée aux activités qui s'exercent dans des conditions à peu près analogues.

II. — Délimitation d'après les rapports existant entre l'entreprise et son personnel

Les projets de 1945 et 1948 s'appliquent à tous les travailleurs, qu'ils définissent comme suit: toute personne occupée au service d'une entreprise soumise à la loi. Ce ne sont donc pas seulement les employés suivant l'art. 319 C. O., parties à un contrat de travail, qui bénéficieront de la protection légale, mais aussi, le cas échéant, les personnes unies à une entreprise par un mandat salarié ou gratuit, un contrat d'entreprise, voire un rapport de fait ne les obligeant pas à travailler. L'extension de la réglementation à tous les travailleurs est conforme à l'art. 34ter C. F.[40]. Mais est-elle utile?

En principe, ce n'est pas douteux. Autant que les employés régis par le code des obligations, les autres travailleurs — mandataires, entrepreneurs, volontaires — ont besoin d'être protégés contre la supériorité de fait du chef de l'entreprise, qu'il s'agisse d'un employeur, d'un mandant ou du maître d'un ouvrage. Toutefois, des précisions sont nécessaires.

On peut d'abord se demander si les dispositions intitulées «contrat de travail» dans les projets de 1945 et 1948, concernent tous les travailleurs ou seulement ceux d'entre eux qui ont conclu un tel contrat. Le titre même de ces dispositions incline à prendre le second parti, d'autant plus qu'elles opposent le travailleur non pas à l'entreprise, comme le font les autres articles des projets, mais à l'employeur, qui est une des parties au contrat de travail. Quoi qu'il en soit, ni l'une ni l'autre des deux hypothèses en-

[40] Supra p. 475a.

visagées ne satisfait entièrement. D'une part, il est désirable que plusieurs dispositions relatives au contrat de travail s'appliquent à des travailleurs qui ne sont pas des employés selon l'art. 319 C. O.; les mandataires salariés, par exemple, méritent d'être protégés aussi efficacement que les employés contre les congés injustifiés ou les abus que peut commettre le chef de l'entreprise dans le paiement du salaire. D'autre part, il serait injuste de soumettre les travailleurs à toutes les dispositions sur le contrat de travail, sans faire aucune nuance; le mandataire non rétribué qui rompt illégalement son contrat, ne saurait être contraint à payer des dommages-intérêts comme s'il était un employé; de plus, il ne semble pas que l'indemnité dite de départ puisse être allouée à d'autres travailleurs qu'aux employés.

Ce qui est vrai au sujet du contrat de travail l'est aussi pour les autres chapitres des projets. La protection légale contre les risques d'accidents, le surmenage, le manque d'hygiène, doit sans doute profiter à tous les travailleurs et non seulement aux employés visés à l'art. 319 C. O. En revanche, les dispositions qui ont trait aux vacances et aux occupations accessoires ne paraissent pas convenir également à tous les travailleurs. Accordera-t-on au mandataire engagé à la demi-journée les mêmes vacances qu'à l'employé régulier? Interdira-t-on au volontaire non rétribué, comme s'il était un employé rémunéré, de faire concurrence pendant son repos ou ses vacances aux entreprises soumises à la réglementation?

En conclusion, il ne paraît judicieux ni de restreindre la portée de la foi future aux employés selon l'art. 319 C. O., ni de l'étendre sans réserve à tous les travailleurs. Mais les situations des travailleurs sont si variées qu'il serait impossible de préciser si et dans quelle mesure telle disposition est applicable à tous ou à certains d'entre eux seulement. Une clause générale semble donc s'imposer. Elle pourrait être ainsi conçue: la loi régit les employés suivant l'art. 319 C. O. et par voie d'analogie, dans la mesure justifiée par les circonstances, les autres travailleurs. On reprochera peut-

être à une telle disposition de laisser aux organes d'exécution une trop grande latitude d'appréciation. Mais les projets sont moins précis encore. Même s'ils n'étaient pas modifiés sur ce point, l'autorité serait probablement conduite à déroger à la lettre de plusieurs dispositions pour les adapter à la situation de certains travailleurs.

L'importance de ces questions ne doit pas être surestimée. Car il est rare qu'une personne soit occupée au service d'une entreprise sans être liée par un contrat de travail. Il paraît toutefois utile, maintenant que la notion relativement nouvelle de travailleur tend à s'introduire dans la législation à côté de la notion traditionnelle d'employé, de déterminer le plus clairement possible à quelles dispositions sont soumis les employés et les autres travailleurs.

III. — Délimitation d'après la nature juridique de l'entreprise

La Confédération peut légiférer, conformément à la Constitution, sur les conditions de travail de son propre personnel et sur celles des agents cantonaux et communaux liés par un rapport de droit privé à la collectivité dont ils dépendent[41]. Se justifie-t-il qu'elle utilise cette compétence et, si oui, dans quelle mesure?

D'après le premier alinéa de l'article premier du projet de 1945, «sont soumises à la présente loi... toutes les entreprises privées ou publiques...» Le deuxième alinéa prévoit que la loi vaut à titre complémentaire pour certaines entreprises publiques et privées. Il résulte en outre du troisième alinéa que les prescriptions des cantons et des communes peuvent s'appliquer à leur personnel, si elles le protègent aussi efficacement que la loi et sont approuvées par le Conseil fédéral. L'art. 2 al. 1 litt. b soustrait toutefois à la nouvelle réglementation les organes de la puissance publique.

Encore qu'il ne reproduise pas les deux derniers alinéas de l'article premier du projet de 1945, celui de 1948 régit les

[41] Supra p. 476a.

entreprises privées et publiques, exception faite aussi des organes de la puissance publique. L'art. 95 réserve les prescriptions sur le statut des fonctionnaires fédéraux et cantonaux ainsi que les dispositions fédérales sur la durée du travail et du repos dans les entreprises de transport et de communications.

En principe, on ne peut qu'approuver les auteurs des projets de vouloir assujettir certaines entreprises publiques à la loi future[42]. Lorsque les collectivités publiques concurrencent des entreprises privées, il est juste que les unes et les autres puissent rivaliser dans des conditions égales et, en conséquence, qu'elles soient tenues de faire profiter leur personnel des mêmes avantages. D'autre part, il est notoire que certains employés cantonaux et communaux n'ont pas moins besoin de la protection d'une loi fédérale que les travailleurs des entreprises privées.

C'est aussi à juste titre que les projets soumettent les entreprises de la Confédération au même sort que celles des cantons et des communes. Il n'y a aucune raison que les unes soient privilégiées par rapport aux autres.

En revanche, les projets paraissent critiquables en tant qu'ils assujettissent à la loi tous les agents des collectivités publiques autres que les organes de la puissance publique. Si ces organes sont sans doute liés par un rapport de droit public à la collectivité, les autres agents peuvent avoir conclu avec elle un contrat de droit public ou privé[43]. Or, tel qu'il vient d'être interprété, l'art. 34ter C.F. n'autorise la Confédération à légiférer qu'au sujet du personnel privé des administrations cantonales et communales[44]. C'est dire que le législateur fédéral excéderait ses pouvoirs constitutionnels en réglementant les conditions de travail de tous les

---

[42] La direction générale des P.T.T. a émis un autre avis, du moins en ce qui concerne les administrations fédérales et les entreprises de transport. Résumé... p. 43, 50 et 51.

[43] Par exemple, sans être un organe de la puissance publique, un cheminot peut être uni à l'Etat par un rapport de droit public.

[44] Supra p. 476a.

agents qui, sans être des organes de la puissance publique, ont noué avec la collectivité des liens de droit public ou privé.

On se demande d'ailleurs selon quel critère les auteurs des projets distinguent les organes de la puissance publique des autres agents. Il est certes plus facile de faire la discrimination entre les employés unis à la collectivité par un rapport de droit public et ceux qui ont conclu avec elle un contrat de droit privé. En effet, les clauses d'engagement du personnel des administrations publiques font généralement ressortir la nature publique ou privée de son statut.

En définitive, pour des motifs constitutionnels et pratiques, devraient être soumis à la future réglementation tous les agents de la Confédération, des cantons et des communes, à l'exception non pas des organes de la puissance publique, mais de tous les travailleurs liés à la collectivité par un rapport de droit public.

Chapitre 6

Les modalités de la réglementation

Quelle importance assigner dans la législation future aux divers modes de réglementer les rapports de travail? Quels seront la portée et le contenu de la loi, des ordonnances, des contrats collectifs, des règlements d'entreprise et des contrats individuels? Contrats et règlements d'entreprise pourront-ils déroger à la loi et aux ordonnances ou les compléter? Voici l'exposé et la critique des solutions différentes proposées par le projet de 1945, la variante et le projet de 1948.

I. — La loi

Les trois systèmes suivants ont été envisagés: une loi détaillée à laquelle sont adjointes des ordonnances régissant des points secondaires ou contenant des dispositions d'exécution; une loi-cadre qui se borne à énoncer des prescriptions générales et dont les contrats collectifs ou individuels

comblent les lacunes; une loi-cadre accompagnée non seulement d'ordonnances d'exécution, mais d'une ordonnance détaillée, dite subsidiaire, qui comprend toutes les dispositions auxquelles les contrats collectifs peuvent déroger.

Le système d'une loi détaillée répond à la conception habituelle[45]. C'est celui des projets de 1945 et 1948, qui se distinguent néanmoins. Alors que le premier contient des dispositions d'une précision parfois superflue et peut-être dangereuse, le second, remarquablement concis, dit ce qu'il faut, sans plus[46]. Avec bonheur, MM. Germann et Hug se sont efforcés de trouver un moyen-terme entre une loi-cadre et une réglementation détaillée à l'excès.

Le second système, celui d'une simple loi-cadre, est le moins défendable. A la rigueur, les employeurs et les travailleurs qui sont groupés en associations et à même de conclure des contrats collectifs, pourraient s'en accomoder. Mais, dans le commerce et l'artisanat, la majorité des entreprises et du personnel ne sont pas syndiqués ni en mesure, partant, de compléter les normes d'une loi-cadre par des contrats collectifs[47]. C'est dire qu'une telle loi n'atteindrait qu'imparfaitement son but, qui est d'améliorer la condition des travailleurs. En effet, elle ne pourrait satisfaire ceux

---

[45] Dans son rapport (p. 44), la commission préconsultative qualifie le projet de 1945 de «loi étatiste du type usuel».

[46] Par exemple, l'art. 51 al. 1 du projet de 1948 prévoit que le salaire doit être payé un jour ouvrable, pendant les heures de travail et en monnaie ayant cours légal, tandis que l'art. 10 al. 1 du projet de 1945 réglemente ainsi la même question: «Le salaire doit être payé un jour ouvrable, pendant les heures de travail, au comptant, en monnaie ayant cours légal. Le paiement sera effectué dans les locaux de l'entreprise, au lieu de travail ou à un autre endroit convenant au travailleur. Si les circonstances l'exigent ou si le travailleur y consent, le paiement peut se faire par la poste.» L'art. 21 al. 1 du projet de 1945 accordant à l'autorité administrative le pouvoir de contrôler d'office le paiement du salaire, il est facile de se rendre compte à quelle tutelle inutile et peut-être irritante seraient soumises les parties si l'art. 10 al. 1 était adopté en sa forme actuelle.

[47] Introduction à la variante p. 6.

d'entre eux qui ont le plus besoin d'être protégés. Elle ne serait admissible que si les patrons aussi bien que les employés étaient tenus de se grouper et devenaient tous en situation de régler leurs rapports par des contrats collectifs. Mais cette obligation serait contraire à la liberté d'association et orienterait notre économie vers un régime probablement réprouvé par la plupart des travailleurs et des employeurs.

Les auteurs de la variante ont adopté le système d'une loi-cadre complétée par une ordonnance dite subsidiaire. C'est l'existence de cette ordonnance qui distingue le troisième système de celui d'une simple loi-cadre. En outre, la variante se différencie sur deux points de la loi détaillée: d'une part, elle renvoie à une ordonnance des prescriptions qui, selon le premier système, trouveraient place dans la loi; d'autre part, les dispositions de l'ordonnance subsidiaire ne valent qu'au cas où un contrat collectif n'y déroge pas, contrairement à la plupart des règles correspondantes de la loi détaillée. Avant de comparer les mérites du système de la loi détaillée et de celui de la variante, il y a lieu d'examiner les problèmes que posent les ordonnances et en particulier l'ordonnance subsidiaire.

II. — Les ordonnances

1° Les ordonnances d'exécution[48]

Emanant du pouvoir exécutif, l'ordonnance d'exécution fixe la compétence et les attributions des organes administratifs[49]. Elle contient exclusivement des instructions de service, c'est-à-dire qu'elle n'accorde des droits et n'impose des devoirs qu'aux agents de l'Etat. Ses prescriptions peuvent être édictées sans délégation spéciale[50]. Néanmoins, l'art. 136 du projet de 1945 charge le Conseil fédéral

[48] Verwaltungsverordnungen.

[49] Fleiner, Schweizerisches Bundesstaatsrecht p. 412; Les principes... p. 45; Ruck p. 60, 62 et 65.

[50] Ruck p. 66.

de statuer «les prescriptions d'exécution nécessaires». L'art. 85 de la variante et l'art. 91 al. 1 du projet de 1948 font de même. Toutes ces dispositions invitent le Conseil fédéral à consulter la commission fédérale de la protection du travail, les autorités cantonales et les principales associations professionnelles.

2° Les ordonnances législatives en général[51]

L'ordonnance législative[52] est rendue par une autorité non point législative, mais exécutive et ses prescriptions sont généralement d'importance secondaire par rapport aux dispositions légales. C'est ce qui la distingue de la loi. D'autre part, l'ordonnance législative contient des normes applicables à quiconque, non pas aux seuls organes de l'administration[53], et ne peut être prise qu'en vertu de pouvoirs conférés par la loi[54]. C'est en quoi elle se différencie de l'ordonnance d'exécution. Toutefois, les lois sont habituellement complétées par une seule ordonnance qui groupe à la fois des instructions de service et des dispositions valables pour d'autres personnes que les agents de l'Etat. C'est dire qu'ordinairement, l'ordonnance d'exécution et l'ordonnance législative n'en font qu'une.

L'art. 136 du projet de 1945 charge le Conseil fédéral d'édicter, outre les prescriptions d'exécution nécessaires, objet de l'ordonnance d'exécution proprement dite, les ordonnances prévues par la loi, soit des ordonnances législatives. Il résulte de l'art. 136 que ces ordonnances, conformément à la règle, ne peuvent être prises que dans les cas prévus par la loi. Nombreuses, d'ailleurs, sont les dispositions qui,

---

[51] Rechtsverordnungen.

[52] L'ordonnance législative correspond en droit français au règlement, que Duguit (Traité... II p. 209) définit ainsi: «toute décision portant disposition par voie générale et émanant d'un organe autre que législatif.»

[53] Fleiner, Schweizerisches Bundesstaatsrecht p. 413; Les principes... p. 49; Ruck p. 60.

[54] Fleiner, Schweizerisches Bundesstaatsrecht p. 414; Les principes... p. 51; Ruck p. 63.

selon leurs propres termes, doivent ou peuvent être complétées par des ordonnances du Conseil fédéral. Parmi ces ordonnances, celles que visent les art. 48 et 74 et qui sont rendues sur la proposition commune d'associations professionnelles, ont une importance particulière et seront examinées séparément sous 3⁰.

L'article premier al. 2 de la variante dispose qu'en ce qui concerne le règlement d'entreprise et la durée du travail et du repos, la loi pose des principes que complète une ordonnance du Conseil fédéral. Il s'agit d'une ordonnance législative, dite subsidiaire, qui sera étudiée sous 4⁰.

Comme l'art. 136 du projet de 1945, l'art. 91 al. 1 du projet de 1948 confie au Conseil fédéral la tâche d'édicter les ordonnances législatives prévues par la loi. Mais il est en outre question, dans plusieurs dispositions du dernier projet, des ordonnances rendues sur l'initiative des associations professionnelles et dont traite le paragraphe suivant.

3⁰ Les ordonnances prises sur la proposition commune d'associations professionnelles

a) Les solutions projetées

En vertu des art. 48 et 74 du projet de 1945, le Conseil fédéral peut édicter des ordonnances sur la proposition commune d'associations d'employeurs et de travailleurs. Ces ordonnances ont un objet limité: rendre obligatoires pour tous les membres d'une profession des règles sur lesquelles des groupements de cette branche se sont mis d'accord et qui ont trait à la durée du travail. Quoiqu'issues de l'initiative d'associations privées, les ordonnances rendues selon les art. 48 et 74 auront des conséquences de droit public. L'application de ces dispositions est en effet contrôlée d'office et leur violation frappée de sanctions pénales. Les art. 48 et 74 sont toutefois lacunaires. Ils ne fixent pas la procédure d'adoption des ordonnances prévues. Ils n'indiquent pas non plus les critères d'après lesquels le Conseil fédéral peut rejeter les propositions des associations pro-

fessionnelles ou y donner suite. On ignore enfin à quelles conditions il peut abroger ses ordonnances.

Le projet de 1948 a repris, en les développant, les idées qui inspirent les art. 48 et 74 du projet de 1945. De crainte qu'elle ne soit confondue avec les ordonnances législatives prévues à l'art. 91 al. 1, il évite d'appeler par ces termes la réglementation consécutive à une proposition commune des associations professionnelles[55]. Mais en réalité, il s'agit d'une ordonnance législative. Cette réglementation est édictée par le Conseil fédéral ou, si son champ d'application est limité au territoire d'un seul canton, par son gouvernement[56]. Pour devenir obligatoire par voie d'ordonnance, une proposition doit satisfaire aux conditions suivantes: résulter de l'accord d'associations d'employeurs et de travailleurs qui seront soumis à la future réglementation; obtenir l'adhésion de la majorité des employeurs et des travailleurs visés; se conformer à l'intérêt public; tenir compte de la diversité des circonstances; respecter la liberté d'association[57]. Sous les mêmes conditions, une ordonnance rendue sur l'initiative de groupements professionnels pourra être modifiée[58]. Si, manifestement, une ordonnance ne répond plus à la volonté de la majorité des employeurs et des travailleurs visés ou si l'intérêt public exige sa suppression, l'autorité dont elle émane, pourra l'abroger d'office ou sur la proposition des associations intéressées[59]. D'autre part, un accord de groupements professionnels ne peut devenir l'objet d'une ordonnance que si une disposition du chapitre sur la durée du travail et du repos le prévoit expressément ou réserve la promulgation d'une ordonnance[60]. Comme les ordonnances prises en vertu des art. 48 et 74 du projet de 1945, celles qui seront édictées conformément aux art. 36 ss. du projet de 1948, sortiront des effets de droit public.

[55] Procès-verbal Zermatt n° 495.
[56] Art. 38 al. 1.
[57] Art. 37.
[58] Art. 40 al. 1.
[59] Art. 40 al. 2.
[60] Art. 36 al. 1 et 2.

b) Justification des solutions projetées

«L'Etat doit s'attacher surtout, écrit Wilhelm de Humboldt, à amener les hommes, par le chemin de la liberté, à former des communautés dont l'action puisse se substituer à la sienne propre.»[61] C'est sans doute la même pensée qui a conduit les auteurs des projets de 1945 et 1948 à faire participer les associations professionnelles à l'œuvre législative. Cette collaboration profitera à tous. Les travailleurs et les employeurs se soumettront probablement plus volontiers à une réglementation proposée par la majorité d'entre eux qu'à une loi élaborée exclusivement par les organes de l'Etat. Et une ordonnance rendue sur l'initiative des groupements professionnels sera vraisemblablement mieux adaptée aux conditions économiques qu'une loi à la création de laquelle il seraient restés étrangers.

Les art. 36 ss. du projet de 1948 limitent heureusement le pouvoir des associations professionnelles. Elles proposent, mais l'Etat dispose. Leurs accords ne deviendront obligatoires que s'ils répondent, selon le jugement de l'autorité, aux conditions légales, soit en particulier à l'intérêt public. Juridiquement, le rôle des associations, tel que le prévoit le projet de 1948, se distingue essentiellement de celui qu'elles jouent lors de l'élaboration d'une loi ordinaire. Mais en fait, la différence est moins grande. Maintenant déjà, lorsqu'il légifère dans le domaine de l'économie, l'Etat consulte généralement les groupements professionnels. Il arrive qu'ils prennent l'initiative de proposer un texte légal et leurs avis sont souvent déterminants.

Redoutera-t-on qu'en prenant une part accrue à l'œuvre législative, les associations professionnelles ne deviennent en quelque sorte des organes de l'Etat[62]? Mais si les projets confèrent des droits aux groupements d'employeurs et de travailleurs, ils ne leur imposent pas d'obligations. Loin de

---

[61] Cité dans F.F. 1937 p. 852.

[62] Cette crainte a été exprimée par Gysin, Lignes directrices... p. 16 ss. et A.I.L.T. p. 18. Cf. Procès-verbal de la grande commission d'experts n°s 60 et 103 et procès-verbal ad II n° 134.

vouloir s'immiscer dans la vie des associations, contrôler leur activité ou les contraindre à conclure telle entente, l'Etat entend au contraire garantir leur indépendance. «Nous tenons à bien marquer, dit le Conseil fédéral dans son message de 1937 sur la revision des art. 31 ss. C.F., que la liberté de former des associations doit rester intacte. Le nouvel ordre légal aura son point de départ dans les associations économiques et professionnelles existantes. Or, la plus grande somme possible de liberté doit continuer à régner en matière d'association[63].»

Constitutionnellement, les ordonnances édictées sur la proposition commune de groupements professionnels peuvent avoir des effets de droit public[64]. Et aucune raison d'opportunité ne paraît s'y opposer. Pourquoi les lois et les ordonnances législatives ordinaires contiendraient-elles seules les dispositions de droit public qui sont destinées à protéger les travailleurs et dont personne, en principe, ne conteste la nécessité?

c) Les ordonnances prises sur la proposition commune d'associations professionnelles et les contrats collectifs

Les ordonnances issues de l'initiative des groupements professionnels sont proches parentes des décisions donnant force obligatoire générale aux contrats collectifs de travail. Les unes et les autres sont consécutives à un accord d'associations d'employeurs et de travailleurs et le rendent obligatoire pour l'ensemble d'une profession. Les conditions d'adoption d'une proposition commune, telles que les déterminent les art. 36 ss. du projet de 1948, sont presque identiques à celles dont dépend la déclaration de force obligatoire générale d'un contrat collectif. En outre, si la cessation d'un tel contrat entraîne l'extinction de la décision qui étend sa validité[65], il suffira généralement que les associations reviennent sur une proposition commune

[63] F.F. 1937 p. 852.
[64] Supra p. 477a.
[65] Art. 18 de l'arrêté du 23 juin 1943.

pour obtenir, en vertu de l'art. 40 al. 2 du projet de 1948, l'abrogation de l'ordonnance qu'elles avaient sollicitée. Sans doute y a-t-il quelques différences entre la réglementation des art. 36 ss. du projet de 1948 et celle de l'arrêté de 1943 relatif à la force obligatoire générale des contrats collectifs de travail. Les membres des groupements qui ont formulé une proposition commune, pourront probablement y déroger avant qu'elle devienne le contenu d'une ordonnance; en revanche, sous réserve du cas prévu à l'art. 3 du règlement d'exécution de l'arrêté de 1943[66], les contrats collectifs lient les membres des associations contractantes avant d'être déclarés de portée générale. Pour acquérir force obligatoire générale, une proposition commune doit être conforme à l'intérêt public, tandis qu'un contrat collectif aura le même effet s'il ne contient rien de contraire à l'intérêt général[67]. Enfin, à l'opposé des ordonnances édictées sur la proposition de groupements professionnels et qui auront d'importantes conséquences de droit public, les contrats collectifs déclarés de force obligatoire générale conformément à l'arrêté de 1943 ressortissent presque exclusivement au droit privé[68].

Toutefois, par rapport aux similitudes des deux réglementations, leurs différences sont secondaires. Il paraîtrait même opportun de ne faire qu'une institution des décisions conférant force obligatoire aux contrats collectifs et des ordonnances issues de l'initiative des associations. Ces ordonnances peuvent avoir des effets de droit privé aussi bien que de droit public. Aussi rien ne s'oppose à ce qu'elles élargissent le champ d'application d'un accord auquel les

---

[66] Ce cas est d'ailleurs fréquent. Schweingruber, Arbeitsrecht... p. 116.

[67] De négative qu'elle était, la condition est devenue positive.

[68] Selon une opinion répandue, les contrats collectifs de portée générale n'exercent pas d'effets de droit public. Cependant, l'arrêté du 23 juin 1943 (art. 17) et son règlement d'exécution (art. 17) attribuent à l'autorité le pouvoir de contrôler l'observation des contrats. Or, tout contrôle officiel suppose l'existence d'un rapport de droit public entre l'Etat et l'individu.

syndicats contractants entendent attribuer un caractère soit de pur droit privé, soit exclusivement de droit public, ou encore mixte. Il n'y aurait pas d'inconvénients à juxtaposer dans un même texte des règles de droit public et de droit privé. Nombreuses sont les lois où figurent des normes de l'une et l'autre natures.

Cela ne signifie pas que les propositions communes prévues par les projets de 1945 et 1948 devraient être régies par l'arrêté de 1943 sur la force obligatoire générale des contrats collectifs de travail. Il se justifierait plutôt de revoir les dispositions de cet arrêté, en s'inspirant des récents projets. En particulier, la réglementation commune envisagée devrait reprendre les conditions auxquelles le projet de 1948 soumet l'adoption et l'abrogation des ordonnances rendues sur l'initiative des associations professionnelles.

Il conviendrait de renoncer à dénommer «contrats collectifs» les accords professionnels déclarés de portée générale et de réserver cette appellation à l'institution de droit privé régie par les art. 322 et 323 C.O. Dans la procédure qui conduit à donner force obligatoire générale aux accords professionnels, le rôle de l'Etat est plus important que celui des associations contractantes. S'il appartient aux groupements intéressés de proposer une réglementation, seule une décision de l'autorité peut en étendre la portée à toute une profession et lui attribuer un caractère de droit public. Il vaut donc mieux parler d'ordonnances conférant force obligatoire générale aux accords professionnels que d'accords professionnels déclarés de force obligatoire générale[69].

---

[69] Parce que plus large, le terme d'accord peut être préféré à celui de contrat. En effet, alors que le contrat impose des obligations au moins à l'une des parties, l'accord n'a pas nécessairement un caractère obligatoire. D'autre part, «professionnel» est plus précis que «collectif». Des ententes collectives peuvent être conclues en dehors du domaine professionnel, par exemple entre bailleurs et locataires. Le mot «professionnel», d'ailleurs, implique la notion de collectif.

Quoi qu'il en soit, il est désirable que ces problèmes soient examinés dans leur ensemble et en relation avec tous ceux que pose la réglementation du travail. C'est une raison supplémentaire de souhaiter l'élaboration d'un code du travail.

4° L'ordonnance subsidiaire

L'art. 1 al. 2 de la variante prévoit que, sur des sujets déterminés (le règlement d'entreprise et le temps de travail et de repos), la loi se borne à poser des principes que le Conseil fédéral complète dans une ordonnance, eu égard aux particularités régionales et professionnelles [70]. Cette ordonnance est appelée subsidiaire parce que ses dispositions, dit l'art. 1 al. 3 de la variante, peuvent être remplacées par les clauses de contrats collectifs ayant reçu force obligatoire générale. En d'autres termes, l'ordonnance subsidiaire ne vaut qu'en l'absence de contrats collectifs de portée générale et son champ d'application se réduit, comme une peau de chagrin, à mesure de la conclusion de nouveaux contrats collectifs. Le principal but des auteurs de la variante est de soumettre le plus possible les rapports de travail à des règles librement choisies par les associations professionnelles plutôt qu'à des normes imposées par l'Etat [71].

Quoiqu'il doive séduire les adversaires de l'ingérence grandissante de l'Etat dans le domaine économique, le système de la variante paraît cependant comporter plus d'inconvénients que d'avantages.

D'une part, il est complexe. Les mêmes questions seront résolues, sur le principe, dans la loi et, sur les points secondaires, dans l'ordonnance. Les travailleurs et les employeurs curieux de connaître les plus importantes des normes qui les régissent, devront donc nécessairement consulter deux

---

[70] Siegrist et Zanetti, dans «Zur Frage...», et Schweingruber, dans «La législation...», exposent ce système dont ils sont les promoteurs.

[71] Schweingruber, A.I.L.T. p. 119 ss.

textes législatifs, ce qui n'est pas commode. De plus, il semble inévitable que l'ordonnance subsidiaire comprenne des règles de deux ordres: des dispositions moyennes, applicables en l'absence de contrats collectifs, et des dispositions minimums, auxquelles les contrats collectifs ne pourraient déroger qu'en faveur des travailleurs. Les premières seraient destinées à assurer aux travailleurs qui ne sont pas soumis à un contrat collectif, une protection à peu près équivalente à celle qu'il leur vaudrait [72]. Quant aux secondes, elles seraient nécessaires dans tous les cas où les travailleurs, bien que groupés en association, ne parviendraient pas à discuter sur un pied d'égalité avec les représentants des employeurs ou seraient tentés de renoncer à des droits essentiels, en échange, par exemple, d'avantages pécuniaires. Certes, il n'est pas exagéré de taxer de compliqué un système composé d'une loi-cadre qui énonce des principes, et d'une ordonnance où sont juxtaposées des dispositions moyennes et minimums.

D'autre part, la variante fait à l'ordonnance subsidiaire une place qui paraît excessive. A raison de leur importance, nombre des dispositions [73] renvoyées à cette ordonnance devraient figurer dans une loi. Ce n'est pas de l'autorité exécutive, compétente pour édicter une ordonnance, mais de l'autorité législative, qui a seule le pouvoir de faire la loi, qu'elles devraient émaner. Alors même que l'ordonnance subsidiaire serait soumise à son approbation, le Parlement ne l'examinerait certainement pas d'une façon aussi approfondie qu'un projet de loi; il n'aurait d'ailleurs pas même la faculté de la modifier ou de l'abroger de son chef; il ne pourrait qu'inviter le Conseil fédéral à le faire. Une ordonnance du Conseil fédéral a en outre moins de fixité qu'une loi, non seulement parce qu'elle peut être modifiée ou abrogée selon une procédure plus simple, mais aussi parce que le Tribunal fédéral a le pouvoir de se prononcer sur sa

---

[72] Schweingruber, La législation... p. 31.
[73] Cf. en particulier l'art. 25 de la variante.

légalité[74]. Par conséquent, les travailleurs et les employeurs (il s'agira surtout des seconds) qui tiennent à une certaine stabilité dans la réglementation des rapports de travail, auraient intérêt à ce que les dispositions de quelque importance soient contenues dans une loi plutôt que dans une ordonnance.

Les inconvénients du système de la variante seraient supportables si d'appréciables avantages les compensaient. Or, sur ce point, les partisans d'une loi-cadre complétée par une ordonnance subsidiaire semblent s'illusionner. Ce système favorise la conclusion de contrats collectifs en apparence davantage qu'en réalité. Il est en effet douteux que les associations professionnelles concluent de nombreux contrats collectifs sur les questions que réglemente l'ordonnance subsidiaire. D'une part, les travailleurs n'accepteront pas, en règle générale, des clauses qui leur seraient moins favorables que les dispositions moyennes de l'ordonnance subsidiaire. D'autre part, les employeurs, à qui la loi nouvelle impose des charges plus ou moins lourdes, ne consentiront guère à leur personnel des conditions de travail plus avantageuses que le statut légal. Assurément, il n'est pas impossible qu'au prix de concessions réciproques, les parties s'entendent pour s'écarter des dispositions moyennes de l'ordonnance subsidiaire. Mais de tels accords seront probablement rares. C'est dire le peu de poids du principal argument que les auteurs de la variante font valoir en sa faveur.

En conclusion, c'est avec raison que les commissions d'experts ont préféré le système traditionnel de la loi détaillée à celui d'une loi-cadre complétée par une ordonnance subsidiaire. Il est d'ailleurs désirable que la loi détaillée comprenne un nombre élevé de dispositions subsidiaires auxquelles puissent déroger des contrats collectifs.

---

[74] Ruck p. 64.

III. — Les contrats collectifs

1° Les solutions projetées

Rares sont les dispositions du projet de 1945 qui mentionnent les contrats collectifs. L'art. 11 autorise les retenues de salaire prévues par un contrat collectif. Selon l'art. 17 al. 3, un contrat collectif conclu entre associations peut restreindre l'obligation de verser une indemnité de départ. L'art. 25 a trait aux rapports entre règlements d'entreprise et contrats collectifs. D'après les art. 115 et 119, un office de conciliation peut être institué et un compromis d'arbitrage conclu par contrat collectif. Enfin, l'art. 142 al. 2 oblige les organes d'exécution à tenir compte du contrôle exercé en vertu d'un contrat collectif. Exception faite de l'art. 17, ces dispositions ne précisent pas dans quelle mesure un contrat collectif peut déroger à la loi ou la compléter. La solution de ces questions résulte a contrario de l'art. 147, ainsi rédigé: «Sauf prescription contraire de la présente loi, ses dispositions et celles des ordonnances s'y rapportant ne peuvent être conventionnellement ou unilatéralement écartées ou modifiées au préjudice du travailleur.» Il s'ensuit que les contrats collectifs ne peuvent modifier ou compléter la loi et les ordonnances dans un sens défavorable aux travailleurs, hormis dans le cas visé à l'art. 17.

Dans l'intention de favoriser la conclusion de contrats collectifs et, partant, la coopération des associations professionnelles à la réglementation du travail, les auteurs de la variante prévoient le remplacement des dispositions de l'ordonnance subsidiaire par les clauses de contrats collectifs de portée générale. Leur application étant contrôlable et leurs violations punissables officiellement, les contrats collectifs qui dérogent à l'ordonnance subsidiaire, ont des effets de droit public. De plus, il découle a contrario de l'article premier al. 1 de la variante que, sauf disposition contraire de la loi, les contrats collectifs peuvent la modifier ou la compléter en faveur des travailleurs, mais non

pas à leur désavantage. L'art. 13 al. 2, qui détermine le montant des indemnités de départ, fait seul une entorse au principe; il réserve en effet les clauses contraires des contrats collectifs, qui peuvent donc s'écarter du texte légal dans un sens favorable ou défavorable aux travailleurs.

Le projet de 1948 n'accorde qu'une place étroite aux contrats collectifs proprement dits. Il n'en est question qu'aux art. 49 al. 3 (contenu du règlement d'entreprise), 59 al. 1 (indemnité de départ), 59 litt. f (surveillance des institutions sociales) et 68 (compromis d'arbitrage). En revanche, le projet le plus récent prévoit, dans plusieurs dispositions du chapitre sur la durée du travail et du repos, que les propositions communes d'associations professionnelles peuvent recevoir force obligatoire générale. Or, ces propositions rappellent de près les contrats collectifs. Les ordonnances ainsi rendues sur l'initiative des groupements professionnels peuvent déroger à la loi, dans les limites qu'elle trace.

2° La force dérogatoire des contrats collectifs

Les projets admettent que les contrats collectifs, de portée générale ou non, s'écartent de la réglementation légale dans un sens favorable aux travailleurs [75]. C'est avec raison. Destinée avant tout à protéger les travailleurs, la loi nouvelle ne doit pas empêcher les employeurs de consentir à leur personnel des conditions de travail plus fa-

[75] Le Vorort de l'Union suisse du commerce et de l'industrie propose d'admettre les contrats collectifs «dont les clauses sont en partie plus et en partie moins favorables aux travailleurs que les dispositions légales, si dans l'ensemble ces clauses sont dans l'intérêt des travailleurs». Cette proposition n'a pas rencontré beaucoup de faveur. Selon quels critères apprécier si les avantages accordés aux travailleurs compensent les désavantages qui leur sont imposés? D'ailleurs, il peut être contraire au but de la loi de tolérer des dérogations aux prescriptions légales minimums. Cf. Picot, A. I. L. T. p. 50 ainsi que procès-verbaux VII n°s 215 ss. et VIII n°s 60 ss.

vorables que celles qui résulteraient d'une stricte application des dispositions légales. En revanche, pour qu'un contrat collectif puisse s'éloigner librement de la loi, à l'avantage aussi bien qu'au désavantage des travailleurs, il est nécessaire que le législateur l'ait expressément prévu. Adoptée implicitement par les projets, cette solution se justifie. S'il est des situations où le souci de protéger le travailleur doit céder devant le besoin de laisser aux intéressés la latitude de régler eux-mêmes leurs rapports, elles doivent être exactement circonscrites, de crainte que le but de la loi ne soit éludé. Au surplus, les contrats collectifs doivent pouvoir déroger à la loi de même qu'à une ordonnance, et au droit cantonal comme au droit fédéral.

3° L'avenir des contrats collectifs

Même si la nouvelle réglementation du travail porte quelque atteinte au développement des contrats collectifs, leur importance restera considérable. Les groupements d'employeurs et de travailleurs pourront réglementer par cette voie non seulement les questions que la loi leur réservera, mais encore toutes celles qu'elle ne traitera pas, et en particulier le problème des salaires [76]. Ils auront le choix entre le contrat collectif de droit privé réglementé par les art. 322 et 323 C.O., les propositions communes prévues par les art. 36 ss. du projet de 1948 et, si l'arrêté y relatif n'est pas abrogé, les contrats collectifs de portée générale. Il est d'ailleurs désirable que ces deux dernières institutions n'en fassent qu'une [77] et que les associations professionnelles puissent l'utiliser fréquemment. Mais ce serait sortir du cadre normal de ce travail que de préciser les éventualités dans lesquelles la loi devrait laisser un libre champ d'action aux groupements professionnels. Ce n'est pas tant l'affaire du

---

[76] La réglementation des salaires est la mission historique du contrat collectif, dit Schweingruber (A.I.L.T. p. 122 et La législation p. 10).

[77] Supra p. 493a.

juriste que celle des représentants des branches visées par la future réglementation.

Sans doute, si la totalité des travailleurs et des employeurs faisaient partie d'organisations professionnelles, le législateur pourrait-il leur déléguer une grande partie de sa compétence de réglementer les rapports de travail. Cependant, en obligeant les patrons et leur personnel à se grouper, il forcerait une évolution qui se fera peut-être naturellement.

IV. — Les règlements d'entreprise

L'opportunité d'introduire dans la loi nouvelle des dispositions sur le règlement d'entreprise peut être discutée. Elle a cependant été admise, probablement en raison des expériences faites dans les fabriques, par les auteurs des différents projets[78]. Selon l'art. 23 du projet de 1945, le Conseil fédéral ou les cantons peuvent contraindre les employeurs à établir des règlements d'entreprise. Aux termes de l'art. 16 de la variante, l'ordonnance subsidiaire peut prescrire une telle obligation. L'art. 49 du projet de 1948 dispose qu'un règlement d'entreprise doit exister dans tous les établissements industriels et peut être exigé dans d'autres entreprises.

Tel que le prévoient les projets, le règlement d'entreprise est un acte unilatéral de l'employeur. De ce fait, il s'apparente au règlement de fabrique et se distingue du règlement de travail prévu à l'art. 321 C. O.[79].

Le projet de 1945[80] et la variante[81] déclarent punissable l'employeur qui contrevient aux dispositions légales relatives au règlement d'entreprise. Ils confèrent donc à ces dispositions un caractère de droit public, de même

---

[78] Procès-verbaux III n°s 293 ss., VI n°s 259 ss. et Faido n° 154.
[79] Oser/Schönenberger note 4 ad art. 321 C. O.
[80] Art. 128 litt. e.
[81] Art. 77 litt. e.

d'ailleurs que le projet de 1948 [82]. En revanche, les clauses du règlement d'entreprise ne peuvent sortir que des effets de droit privé [83], comme le dit expressément l'art. 50 al. 1 du projet de 1948. Car l'employeur qui les adopte, n'a pas le pouvoir de créer du droit public, même par délégation [84]. Il s'ensuit que l'art. 131 litt. b du projet de 1945, qui punit les infractions aux mesures de sécurité et d'hygiène prescrites par le règlement d'entreprise, n'est pas conforme aux principes du droit. Cette disposition ne se retrouve ni dans la variante ni dans le projet de 1948 [85].

Il est normal que le règlement d'entreprise, émanant de l'employeur, ne puisse déroger à la loi, aux ordonnances et aux contrats collectifs. Tous les projets le statuent expressément [86]. La volonté de l'employeur ne saurait l'emporter sur celle des autorités législative et exécutive ou sur les intentions communes des associations qui sont parties à un contrat collectif.

V. — Les contrats individuels

Le réglementation future visant avant tout à protéger les travailleurs, les contrats individuels ne peuvent déroger à la loi qu'en leur faveur. Ce principe est inscrit à l'art. 147 du projet de 1945 et à l'article premier al. 1 de la variante. Il ne peut souffrir d'exceptions qu'en vertu de dispositions expresses. Seul l'art. 73 al. 3 du projet de 1945, semble-t-il, fait une entorse à la règle. Il réserve les conventions qui restreignent dans une mesure plus rigoureuse que les textes légaux le droit des travailleurs d'exercer une activité pendant le repos prescrit par la loi.

---

[82] Art. 60 al. 1 a contrario.

[83] Contra Schönenberger p. 63 note 79.

[84] Supra p. 478a.

[85] Le contenu du règlement de fabrique est exclusivement de droit privé. Scherrer p. 77.

[86] Art. 24 al. 2 et 25 al. 2 du projet de 1945, 16 al. 2 de la variante et 49 al. 3 du projet de 1948.

Chapitre 7

La nature de la réglementation

I. — Le droit du travail et la distinction entre droits public et privé

Il serait hors de propos d'alimenter les controverses que suscite la distinction entre droit public et droit privé. Il suffit de rappeler les conclusions de la théorie subjective: sont de droit public les rapports auxquels une collectivité publique participe pour sauvegarder l'intérêt général; sont de droit privé les rapports dans lesquels entrent soit des personnes privées, soit une collectivité publique agissant autrement que comme gardienne de l'intérêt général[87]. Un rapport ne saurait être mixte; il ressortit ou bien au droit public, ou bien au droit privé[88]. Mais une disposition légale peut réglementer à la fois un rapport de droit public et un rapport de droit privé; alors, elle a un caractère mixte[89].

La distinction entre droit public et droit privé est importante en droit du travail[90]. Les dispositions de droit public créent des rapports entre l'Etat d'une part et l'employeur ou le travailleur d'autre part, tandis que les dispositions de droit privé régissent des rapports entre employeur et travailleur. L'Etat contrôle l'application des dispositions de droit public et poursuit d'office leurs violations, qui sont passibles de mesures administratives et de sanctions pénales[91]; en revanche, dans la mesure où ils sont liés par un rapport de droit privé, les contractants ne sont pas soumis au contrôle administratif et ne courent pas le risque d'être déférés aux tribunaux pénaux.

Aux liens de droit privé, qui se nouent normalement entre le travailleur et l'employeur, le législateur d'aujourd'hui ajoute ou substitue des rapports de droit public, de

---

[87] Schönenberger p. 75 et 76; Ruck p. 34.
[88] Contra Ruck p. 35.
[89] Schönenberger p. 52 et 77; Kämpfer p. 51.
[90] Schweingruber, Arbeitsrecht... p. 153.
[91] Schönenberger p. 27.

plus en plus nombreux, qui unissent à l'Etat l'auteur ou le bénéficiaire du travail.

L'intérêt du contractant le plus faible, qui est généralement le travailleur, justifie cette tendance du droit moderne. La perspective de perdre son emploi et ses ressources retient parfois le travailleur d'exercer ses droits[92]. Aussi l'Etat, pour suppléer à l'impuissance de fait du travailleur, contraint-il d'office l'employeur au respect de la loi et du contrat. Il édicte donc des règles de droit public.

D'autre part, lorsque l'efficacité des voies de droit civil est problématique, le recours aux moyens de droit public, soit au contrôle officiel et aux sanctions pénales, ne paraît pas critiquable. En effet, la menace d'une action civile est souvent incapable de prévenir les infractions aux dispositions légales ou contractuelles. Une partie redoutera d'autant moins les conséquences de droit privé d'un comportement contraire à la loi et au contrat, qu'elle sera moins solvable ou qu'il sera plus difficile de déterminer le dommage dont elle est l'auteur. En revanche, la crainte de tomber sous le coup d'une norme de droit public peut la détourner d'une violation de ses obligations.

Si la faiblesse d'un des contractants et l'insuffisance des moyens de droit privé motivent l'introduction dans la réglementation du travail de dispositions de droit public, encore convient-il de ne les adopter qu'avec retenue. En effet, bien qu'il accroisse la liberté de fait de l'une d'elles, tout contrôle officiel attente à la liberté de droit des deux parties. Quant aux sanctions pénales, si bénignes soient-elles, elles entament souvent en quelque mesure la considération de celui qui en est l'objet.

II. — La nature de la réglementation d'après les projets de 1945 et 1948

En ce qui concerne la nature de la réglementation, les solutions de la variante sont analogues à celles du projet

[92] Supra p. 470a.

de 1945. Il suffit donc d'examiner ce projet et celui de 1948. Leurs dispositions seront étudiées selon qu'elles sont uniquement de droit privé, de nature mixte ou exclusivement de droit public.

1° Le projet de 1945

a) Dispositions de droit civil

Les art. 14 à 20 relatifs au congé et à l'indemnité de départ sont les rares dispositions qui ressortissent seulement au droit privé. A juste titre, ils ne créent de rapports qu'entre employeurs et travailleurs. Une fois son engagement résilié, le travailleur n'appréhende plus de faire valoir ses droits. Perdant un emploi, il gagne la liberté de discuter, voire de procéder sur un pied d'égalité avec l'employeur. L'Etat n'a donc pas de motifs d'obliger le patron, par des voies de droit public, au respect des dispositions régissant la cessation du contrat.

Il est vrai que, selon l'art. 123, toutes infractions à la réglementation légale peuvent être dénoncées aux organes d'exécution, qui sont chargés de «prendre les mesures nécessaires». A lire cette disposition, il semble que l'autorité peut, sur simple dénonciation, contrôler l'application et exiger l'observation de tous les textes légaux, y compris les art. 14 à 20. Mais les termes de l'art. 123 dépassent sans doute la pensée de ses auteurs. Il résulte en effet de l'art. 16 al. 3 que l'employeur peut renoncer à actionner le travailleur qui a rompu son engagement de façon illégale. Or, l'employeur n'aurait pas cette faculté si l'art. 16 établissait des rapports de droit public entre l'Etat et les contractants. Et les déductions que l'on peut tirer de cette disposition doivent aussi valoir, par analogie, pour tous les articles qui ont trait au congé et à ses conséquences pécuniaires.

b) Dispositions mixtes

Il s'agit d'abord des art. 10 à 13 ainsi que 21 et 22, qui réglementent le paiement du salaire. L'art. 21 prévoit qu'en

cas d'abus dans la rémunération du travailleur, l'autorité administrative intervient d'office ou sur plainte et peut déclencher, si la faute est grave, une poursuite pénale. Mais l'art. 22 al. 2 ajoute que «l'intervention de l'autorité administrative selon l'alinéa 1 ne prive pas le travailleur de son droit d'intenter une action civile contre l'employeur devant les tribunaux». C'est dire que les dispositions sur le paiement du salaire créent des rapports entre les employeurs d'une part et les travailleurs ou l'Etat d'autre part. D'où il suit qu'elles ont un double caractère.

De plus, aux termes de l'art. 89, «lorsque le travailleur se voit privé des vacances auxquelles la loi lui donne droit ou du salaire correspondant, il peut intenter une action civile indépendamment de la dénonciation à l'autorité administrative». Les dispositions relatives aux vacances sont donc également de nature mixte.

c) Dispositions de droit public

D'après une interprétation a contrario des art. 22 al. 2 et 89, toutes les dispositions du projet autres que les art. 10 à 22 et 89, qu'elles aient pour objet le règlement d'entreprise, l'hygiène, la prévention des accidents, la durée du travail et du repos, la protection des jeunes gens et des femmes, les institutions sociales de l'entreprise, la conciliation et l'arbitrage des conflits collectifs, ressortissent exclusivement au droit public. Et un autre raisonnement ne se conçoit guère. Si les auteurs du projet avaient admis en principe l'exercice d'une action civile à côté de l'intervention administrative, ce ne sont pas deux dispositions spéciales, mais une clause générale qui le prévoirait. Ainsi donc, lorsqu'une partie contrevient à une autre norme que les art. 10 à 22 et 89, toute voie de droit civil semble fermée à son cocontractant [93]. Il se justifierait pourtant, au cas où

[93] On peut toutefois se demander si le projet de 1945 ne réserve pas implicitement la possibilité d'ouvrir une action délictuelle.

la règle violée impose une obligation à l'employeur ou au travailleur envers l'autre partie, de sanctionner par un moyen de droit privé l'inexécution de ce devoir. Si le travailleur hésite souvent, pendant la durée des rapports de service, à intenter un procès à l'employeur, il n'y a aucune raison de refuser le bénéfice de l'action civile à la partie qui serait disposée à l'exercer. Il est vrai que l'employeur aussi bien que le travailleur reculera probablement devant les frais d'un procès si l'intervention gratuite de l'autorité administrative ou du juge pénal lui vaut le même résultat. Mais le lésé ne peut obtenir par des voies de droit public la réparation du préjudice qu'il subit. Il ne sera indemnisé qu'à la suite d'une action civile. Pourquoi l'en priver?

L'utilité des rapports de droit public qui se nouent entre l'employeur et l'Etat ne paraît pas contestable. Mais qu'en est-il de ceux auxquels participe le travailleur[94]? L'employeur n'est-il pas en mesure d'exiger de son personnel, sans l'appui de l'autorité administrative et du juge pénal, le respect de la réglementation légale? Ce n'est pas l'avis des auteurs du projet de 1945, dont l'art. 131 déclare le travailleur punissable pour infraction aux dispositions sur: «*a)* Les travaux interdits conformément aux articles 73 et 90; *b)* Les mesures de sécurité et d'hygiène qui lui sont imposées par l'art. 29 ou le règlement d'entreprise; *c)* L'obligation de maintenir la paix pendant la procédure de conciliation et d'arbitrage.» Les dispositions dont l'art. 131 sanctionne la violation créent entre l'Etat et le travailleur des rapports de droit public dont l'opportunité peut être discutée.

Sans doute les infractions aux mesures de sécurité et d'hygiène peuvent-elles avoir de graves conséquences, auxquelles il vaut mieux parer que remédier. Et la crainte d'une condamnation pénale ayant un effet préventif plus sûr que la menace d'une action civile, il se justifie d'imprimer un caractère de droit public aux dispositions qui contraignent le travailleur à se soucier de la sécurité et de l'hygiène.

[94] Scherrer p. 88.

Encore convient-il de réserver le cas où les mesures mises à sa charge sont prescrites par un règlement d'entreprise, dont les clauses, émanant non pas d'un organe de l'Etat, mais d'une personne privée, ne peuvent avoir d'effets de droit public[95]. Les mots «ou le règlement d'entreprise» devraient donc disparaître de la litt. b de l'art. 131.

Quant aux travaux interdits par les art. 73 et 90, il suffirait qu'ils motivent une action civile, à l'exclusion de toute intervention de l'autorité administrative et du juge pénal. On se demande comment un organe officiel pourrait, par une mesure administrative, empêcher un travailleur d'avoir une occupation accessoire. D'autre part, les intérêts de l'employeur n'exigent pas le renvoi devant un tribunal de répression des travailleurs qui exercent une activité interdite en dehors des heures de travail légales ou pendant leurs vacances. Si un dommage est causé à l'employeur, il sera généralement de peu d'importance et, s'il n'est pas facile à déterminer, le juge civil l'estimera ex æquo et bono. En cas d'infraction grave, l'employeur pourra même congédier son employé en vertu de l'art. 352 C. O. Partant, il y aurait lieu de supprimer l'art. 131 litt. a et de ranger les art. 73 et 90 parmi les dispositions de pur droit privé.

Enfin, il ne paraît pas judicieux de frapper d'une sanction administrative ou pénale le travailleur qui viole la paix du travail pendant la procédure de conciliation et d'arbitrage. Certes, les actes hostiles commis durant cette période par leur personnel, sont de nature à causer un préjudice important aux employeurs, qui auront peut-être affaire à une action concertée et ne pourront guère introduire contre chaque travailleur responsable une action en dommages-intérêts. Mais les difficultés d'une poursuite administrative ou pénale ne seraient pas moindres. En particulier, la convocation d'un grand nombre de travailleurs devant les tribunaux répressifs entraverait plus qu'elle ne favoriserait les efforts des conciliateurs et des arbitres. Par conséquent, il serait désirable d'abroger l'art. 131 litt. c et de considérer

[95] Supra p. 478a.

l'obligation du travailleur de respecter la paix du travail comme un devoir de pur droit privé[96].

2° Le projet de 1948

Les auteurs de ce projet ont fait un louable effort pour déterminer exactement la nature juridique des dispositions dont ils proposent l'adoption. Puissent les rédacteurs de la loi définitive s'inspirer du même souci de clarté.

a) Dispositions de droit civil

Les dispositions qui relèvent exclusivement du droit civil sont plus nombreuses dans le projet de 1948 que dans celui de 1945. L'art. 60 al. 1 les énumère. Il s'agit d'abord de l'art. 29; son premier alinéa interdit la renonciation aux vacances et au temps de repos ainsi que leur compensation; quant à son second alinéa, il accorde une prétention à une indemnité au travailleur dont l'engagement prend fin avant les vacances ou le temps de repos auxquels il a droit. C'est ensuite l'art. 30 al. 3, qui prive de son salaire le travailleur occupé pendant ses vacances à un travail interdit. Les art. 49 al. 3 et 50 relatifs au contenu et aux effets du règlement d'entreprise sont également de pur droit civil. Il en est de même des art. 51 à 59 concernant le contrat de travail, soit en particulier le paiement du salaire, la résiliation et l'indemnité de départ. Enfin, les art. 59/a à 59/g sur les institutions sociales des entreprises privées sont aussi classées dans cette catégorie.

Il est naturel d'attribuer un caractère purement civil aux art. 29 al. 2 et 54 à 59, dont le travailleur ne peut se prévaloir qu'à l'expiration de son contrat, soit lorsque le souci de conserver sa situation ne peut plus le détourner d'agir contre l'employeur. Toutes les règles relatives au travail interdit ne devraient être que de nature privée; c'est donc non seulement le troisième alinéa de l'art. 30, mais

[96] L'obligation identique imposée à l'employeur par l'art. 120 devrait avoir naturellement le même caractère.

cette disposition tout entière qu'il y aurait lieu de faire figurer dans l'énumération de l'art. 60 al. 1 [97]. Etabli par l'employeur, le règlement d'entreprise ne peut contenir de clauses de droit public [98]; aussi est-ce avec raison que le projet de 1948, contrairement à celui de 1945, ne lui confère que des effets de droit civil. En revanche, il est souhaitable que l'art. 29 al. 1 de même que les dispositions sur le paiement du salaire et les institutions sociales, soient mixtes. Applicables pendant la durée des rapports de travail, ces règles pourraient n'être pas toujours respectées si l'Etat ne veillait d'office à leur observation. Sans doute l'art. 82, qui charge l'autorité cantonale compétente de faire cesser les abus graves commis dans le paiement du salaire, crée à la fois des rapports de droit public et de droit privé. Mais la distinction entre les abus graves et les autres ne s'impose pas. Toutes les infractions aux dispositions sur la rémunération des travailleurs lèsent leurs intérêts et devraient déclencher sinon une poursuite pénale, du moins une intervention administrative.

b) Dispositions mixtes

L'art. 61 al. 3 autorise le travailleur à agir civilement contre l'employeur qui viole une obligation résultant d'une disposition de droit public et susceptible d'être l'objet d'un contrat privé. Cette règle, qui faisait défaut dans le projet de 1945, comble heureusement une de ses lacunes. Elle aura pour effet de conférer un caractère mixte à une grande partie des normes légales. Il conviendrait cependant d'élargir la portée de l'art. 61 al. 3, en accordant le bénéfice de l'action civile non seulement au travailleur, mais à n'importe quel contractant au cas où une disposition de droit public impose en sa faveur une obligation à l'autre partie. L'extension de l'art. 61 al. 3 serait utile dans l'éventualité où les dispositions sur le travail interdit ne relèveraient pas exclusivement du droit privé. Car il serait juste de per-

[97] Supra p. 508a.
[98] Supra p. 478a.

mettre alors à l'employeur de réclamer par la voie civile la réparation du dommage que lui cause la concurrence du travailleur.

c) Dispositions de droit public

Les dispositions de nature civile et mixte étant nombreuses dans le projet de 1948, rares par conséquent sont les articles qui établissent uniquement des rapports de droit public. Ils ont trait en particulier à l'ouverture des entreprises industrielles et aux obligations des parties envers les organes de l'Etat.

Chapitre 8

Le contenu de la réglementation

Les représentants des associations professionnelles sont plus qualifiés qu'un juriste pour se prononcer sur l'objet des multiples dispositions projetées, qu'il s'agisse des mesures d'hygiène et de sécurité, de la limitation de la durée du travail [99], de la garantie du temps de repos, de la protection des jeunes gens et des femmes. Néanmoins, à raison de leur importance, deux questions méritent d'être traitées dans ce rapport juridique: la résiliation du contrat de travail et les occupations interdites. Peut-être la solution de ces problèmes influera-t-elle de façon décisive sur le sort de la loi.

I. — La résiliation du contrat de travail

1° Le droit en vigueur

Le contrat conclu pour une durée déterminée prend fin au terme qu'il fixe. Quant au contrat qui ne prévoit pas la date de son expiration, il peut être résilié par un avis donné avant les délais d'avertissement conventionnels ou

[99] La limitation de la durée du travail est la question primordiale. Aucun membre des commissions d'experts n'a contesté, en principe, la nécessité de cette limitation, que Charles Maurras considérait comme «une insulte à la dignité de l'ouvrier» (Enquête sur la monarchie)!

légaux. S'ils sont respectés, tout congé est valable en principe, quel qu'en soit le motif. Déroge toutefois à la règle l'art. 23 de la loi sur le travail dans les fabriques, qui est ainsi rédigé: «Le fabricant ne peut pas résilier le contrat de travail: *a)* pendant une incapacité de travail provenant d'accident ou de maladie, si l'incapacité n'est pas imputable à l'ouvrier et aussi longtemps qu'elle n'a pas dépassé quatre semaines; *b)* pour cause de service militaire obligatoire à teneur de la législation fédérale. A l'égard de l'ouvrier appelé à un tel service, le délai de congé est suspendu pendant la durée du service.» De plus, en vertu des art. 2 C.C. et 20 C.O., le congé abusif ou immoral peut être déclaré nul. Mais ces dispositions ont-elles jamais été appliquées à la dénonciation d'un contrat de travail[100]? Est-ce abuser de son droit suivant l'art. 2 C.C. que de résilier un tel contrat en observant les délais conventionnels ou légaux? La réponse est douteuse, les tribunaux ne recourant à cette disposition que pour remédier à une injustice révoltante.

Avec raison, les travailleurs aspirent à être mieux protégés contre les licenciements dont ils sont l'objet. Même si elle survient au terme conventionnel ou légal, la cessation de leur engagement leur cause souvent un préjudice hors de proportion avec l'avantage qu'en tire l'employeur. Elle les expose à un chômage plus ou moins prolongé, soit parfois à la perte de toutes ressources, alors que le maintien du contrat ne nuirait peut-être nullement à l'entreprise qui les occupe.

Plus soucieuse que la loi suisse du sort du travailleur congédié, la législation allemande l'autorise à attaquer une résiliation dont la rigueur n'est pas justifiée par la situation de l'employeur. Ce droit ne peut être exercé qu'après une année de service, dans un délai de deux semaines, par un travailleur qui est engagé dans une entreprise employant dix personnes au moins. Si la dénonciation est abusive, il appartient à l'employeur d'opter entre le maintien du contrat et le paiement d'une indemnité; son silence est pré-

[100] Goldschmidt se prononce négativement (p. 165).

sumé signifier le choix de la seconde solution. Un projet de loi sur les rapports de travail prévoyait même l'application de ces règles dans les entreprises occupant moins de dix personnes[101].

Depuis longtemps, en ce qui concerne la résiliation du contrat de travail, la situation du travailleur est plus favorable en France qu'en Suisse. Selon le droit français, la partie qui résilie un contrat conclu pour une durée indéterminée, doit respecter les délais usuels, à moins qu'une faute de son cocontractant ne légitime la dénonciation. Mais tout congé abusif, fût-il précédé d'un avis régulier, astreint son auteur au paiement de dommages-intérêts[102]. Et la jurisprudence française tient pour abusives des résiliations qui ne motiveraient pas l'application de l'art. 2 C.C., tel que l'entendent actuellement les tribunaux suisses[103].

Peut-être une interprétation élargie des art. 2 C.C. et 20 C.O. vaudrait-elle aux employés suisses la protection dont bénéficient les travailleurs étrangers[104]. Mais l'extension du cadre de ces dispositions impliquerait des inconvénients. Il serait illogique que leur portée soit plus ou moins vaste selon qu'elles s'appliquent à la résiliation du contrat de travail ou à un autre domaine. D'autre part, étant donné l'importance généralement minime du montant litigieux, les décisions relatives aux conflits du travail ne peuvent être attaquées que rarement par un recours en réforme au Tribunal fédéral; c'est dire qu'une jurisprudence interprétant plus hardiment les art. 2 C.C. et 20 C.O. en ce qui concerne les rapports de travail manquerait probablement d'unité et ne procurerait guère de sécurité. Mieux vaut donc

---

[101] Hueck p. 133 ss.; Gœrrig p. 141 et 142; Goldschmidt p. 165 et 166.

[102] Colin et Capitant p. 602; Josserand p. 671; Savatier p. 403; Goldschmidt p. 168.

[103] Cf. les cas d'espèce cités par Colin et Capitant p. 602, Demogue p. 344 et 345, Josserand p. 672, Savatier p. 405 et 406, Goldschmidt p. 168 et 169.

[104] Goldschmidt p. 171.

assurer aux travailleurs, par des dispositions nouvelles, la protection qu'ils réclament. C'est à quoi se sont employés les auteurs des projets de 1945 et 1948.

2° Le projet de 1945

a) La réglementation prévue

Le congédiement du travailleur est injustifié dans cinq cas spéciaux qu'énumère l'art. 14 al. 1:

«*a)* Au cours des six premiers mois d'une incapacité de travail due à la maladie ou à un accident;

»*b)* Au cours des trois mois qui précèdent ou des trois mois qui suivent un accouchement;

»*c)* En raison d'une période de service militaire obligatoire en Suisse ou pendant une telle période de service, ou encore pour cause d'une autre obligation de droit public qui incombe au travailleur et entraîne une interruption de travail temporaire;

»*d)* Du fait de l'appartenance du travailleur à une certaine confession, à une association politique ou professionnelle autorisée par la loi, ou de son activité politique ou syndicale en dehors de l'entreprise;

»*e)* En raison de l'activité du travailleur en tant que membre de la délégation du personnel de l'entreprise.»

L'art. 14 al. 2 contient une clause générale. «Le congédiement est également injustifié, dit-il, si en raison de la situation personnelle du travailleur il a pour ce dernier des conséquences particulièrement graves que la situation de l'entreprise n'exige pas.»

Réglant les conséquences du congédiement injustifié, l'art. 15 prévoit l'allocation au travailleur d'une indemnité dont il fixe le minimum et le maximum. Il réserve en outre le droit du travailleur à des dommages-intérêts.

Quant à l'art. 16, il détermine les effets d'une rupture illégale du contrat par le travailleur.

b) Critique

Les art. 14 et 15 favorisent exclusivement le travailleur. Seule la résiliation qui émane d'un employeur peut être injustifiée au regard de ces dispositions. Cependant, bien que la rupture du contrat soit généralement plus préjudiciable au travailleur qu'à l'employeur, le contraire se conçoit. Par exemple, le départ de son unique ouvrier peut exposer à la ruine un petit artisan malade et chargé de famille. Aussi paraît-il juste de protéger aussi l'employeur contre le travailleur qui dénonce abusivement son contrat.

L'art. 14 al. 2 est rédigé en termes si larges qu'il permet de qualifier d'injustifiées la plupart des résiliations qui ont l'employeur pour auteur. La première condition d'application de cette disposition sera souvent remplie; il arrive en effet fréquemment, sauf en période de pénurie de main d'œuvre, que le congédiement du travailleur lui cause un dommage particulièrement grave. Et il en est de même de la seconde, car il est sans doute rare que la situation de l'entreprise exige le départ d'un travailleur. Généralement, la résiliation rendra service à l'employeur, sans être indispensable à la marche de son entreprise. Par conséquent, si l'art. 14 al. 2 était adopté, le droit de l'employeur de résilier le contrat de travail dans les délais légaux et conventionnels deviendrait presque théorique.

Quelques points secondaires prêtent encore à discussion. Les art. 14 et 15 n'indiquent pas s'ils s'appliquent à tous les contrats ou seulement à ceux qui sont conclus pour une durée indéterminée. Les délais fixés à l'art. 14 al. 1 litt. a et b ainsi qu'aux art. 15 al. 1 et 16 al. 1 ont été critiqués[105]. Il serait logique de parler, à l'art. 14 al. 1 litt. d, non seulement de l'appartenance du travailleur à telle confession ou association, mais aussi de sa non-appartenance. Dans la même disposition, l'adjonction du qualificatif «licite» à l'expression «activité politique ou syndicale» serait opportune. D'autre part, l'art. 15 préciserait utilement que l'indemnité

[105] Résumé p. 78ss.; procès-verbal Faido n° 13.

allouée au travailleur est privilégiée au même titre que le salaire en cas de faillite de l'employeur. Telle semble bien l'intention des auteurs du projet[106]. Mais si la loi ne le prévoyait pas expressément, il ne serait pas évident qu'une indemnité est assimilable au salaire selon l'acception de la L.P. Il y aurait encore lieu d'introduire dans la loi, a-t-on relevé avec raison, une disposition prévoyant qu'un congé n'est pas injustifié par le seul fait qu'au moment de le donner, son auteur ne l'a pas motivé. Enfin, les alinéas 2 et 3 de l'art. 16 relatifs à l'indemnité due à l'employeur par le travailleur, ont une valeur contestable et seront examinés dans le chapitre suivant.

3° Le projet de 1948

a) La réglementation prévue

Les art. 54 ss. distinguent selon que le congé est nul ou abusif.

Aux termes de l'art. 54 al. 1, la résiliation notifiée par l'employeur est nulle si elle a lieu deux semaines avant, pendant ou deux semaines après un service militaire obligatoire du travailleur en Suisse, durant les huit premières semaines d'une incapacité de travail provenant d'une maladie ou d'un accident non imputable au travailleur ainsi qu'au cours des huit semaines qui précèdent ou suivent un accouchement. La nullité de la dénonciation implique le maintien des rapports de service. Cependant, précise le rapport annexé au projet de 1948[107], lorsque les parties ne s'entendent pas au sujet de la continuation du contrat, leurs relations prennent fin et le travailleur a droit à son salaire selon l'art. 54.

D'après l'art. 55 al. 1, la résiliation est abusive si elle est motivée par un service militaire imposé au travailleur en Suisse, l'acceptation ou l'exercice par le travailleur d'une charge publique, l'appartenance ou la non-appartenance du

[106] Procès-verbal VI n° 193.

[107] P. 43.

travailleur à une confession ou à une association légale politique ou professionnelle, l'activité politique ou syndicale du travailleur hors de l'entreprise, l'activité du travailleur comme membre d'une délégation du personnel, le refus de travailler d'une femme enceinte fondé sur l'art. 47 al. 2. La dénonciation abusive est valable, mais oblige l'employeur, en vertu de l'art. 57, à verser au travailleur une indemnité dont le montant dépendra de sa situation dans l'entreprise et des circonstances.

Selon l'art. 55 al. 2, «le congédiement n'est pas abusif du seul fait qu'il n'est pas motivé».

L'art. 58 règle les conséquences de la résiliation illégale lorsqu'elle a pour auteur soit l'employeur en dehors des cas visés à l'art. 55, soit le travailleur.

Les délais dans lesquels doivent agir les demandeurs sont fixés par les art. 56 et 58 al. 2. Les questions de procédure que soulèvent ces dispositions seront examinées dans le chapitre suivant.

b) Critique

En introduisant la distinction entre la résiliation nulle et le congédiement abusif, le projet de 1948 ne perfectionne pas le système du projet de 1945. Dans les cas visés à l'art. 54, on ne conçoit guère qu'après la résiliation frappée de nullité, le travailleur puisse entretenir avec l'employeur des relations normales. Le patron qui congédie son employé mobilisé ou malade, ne le reprendra à son service que de mauvais gré. Si le travailleur introduit un procès contre l'employeur pour faire constater la nullité de la résiliation, leur inimitié s'aggravera. Par conséquent, au lieu de déclarer le congé nul et de maintenir le contrat, il paraît préférable de reconnaître la validité de la dénonciation, d'obliger son auteur à payer des dommages-intérêts à l'autre partie et de mettre fin aux rapports contractuels. Les cas de nullité devraient donc être traités comme ceux de résiliation abusive. D'ailleurs, si les parties le jugent à propos, il leur est loisible de maintenir le contrat. Il est vrai que, d'après le

rapport accompagnant le projet de MM. Germann et Hug, la nullité de la résiliation n'entraîne pas nécessairement la continuation des rapports de service mais que, faute d'entente des parties à ce sujet, le contrat prend fin, sous réserve de l'application de l'art. 58[108]. Cette manière de voir ne ressort pas du texte proposé. De plus, elle ferait perdre toute utilité, semble-t-il, à la distinction entre les dénonciations nulle et abusive. Car l'une et l'autre auraient pour effet, sauf accord contraire, la cessation des rapports contractuels[109].

L'absence d'une clause générale dans le projet de 1948 n'est pas un progrès. Ou bien les cas de résiliation abusive énumérés à l'art. 55 al. 1 sont limitatifs, et l'on ne comprendrait pas pourquoi le congé donné dans des circonstances analogues ne tomberait pas sous le coup de cette disposition. Ou bien les éventualités qu'elle vise ne sont que des exemples[110], et alors la situation des parties sera plus obscure que si elle est régie par une clause générale. Comment tracer la frontière entre la résiliation abusive et le congé justifié? Selon quels critères juger si les conditions dans lesquelles un travailleur est remercié, se rapprochent suffisamment des hypothèses légales pour obliger l'employeur au paiement d'une indemnité? Faut-il ne déclarer abusifs, en dehors des cas prévus par la loi, que les congédiements contraires à l'art. 2 C.C.? Si une clause générale

[108] P. 43.

[109] La combinaison des art. 54 et 58 soulève des difficultés. Selon l'art. 58, si l'employeur résilie illégalement le contrat, le travailleur a droit au salaire convenu jusqu'au terme prévu contractuellement ou jusqu'à l'expiration du délai de congé légal. Si le contrat ne fixe pas de durée, le travailleur congédié au début d'un école de recrues aura-t-il droit à un salaire pendant tout son service militaire et, en outre, durant les délais prévus aux art. 347 et 348 C.O.? Plutôt que d'appliquer l'art. 58, mieux vaudrait laisser le juge arrêter l'indemnité due au travailleur dans les limites fixées par l'art. 57, relatif à la résiliation abusive.

[110] En proposant d'introduire le mot «notamment» à l'art. 55 al. 1, la commission réunie à Chexbres a entendu donner à cette disposition un caractère non exhaustif. Procès-verbal n° 129.

ne levait pas toutes ces difficultés, elle faciliterait du moins leur solution.

Il est regrettable que le projet de 1948, comme celui de 1945, protège seulement le travailleur contre la dénonciation injustifiée de l'employeur, et non pas aussi celui-ci contre le congé abusif dont celui-là est l'auteur.

Les rédacteurs du projet de 1948 ont tenu compte des observations de détail adressées au précédent projet, à ceci près qu'ils n'ont pas distingué, en ce qui concerne l'applicabilité des art. 54 et 55, entre les contrats conclus pour une durée indéterminée et ceux à terme et qu'ils n'ont pas attribué formellement un caractère privilégié à la créance en indemnité du travailleur contre l'employeur.

4° Propositions

Parce que le législateur ne peut prévoir tous les cas de résiliation injustifiée et que la simple énumération d'exemples laisse place à trop d'incertitude, une clause générale semble nécessaire[111]. Mais faut-il substituer à l'art. 14 al. 2 du projet de 1945, dont la portée est trop vaste, une disposition taxant d'injustifiée toute dénonciation dont l'auteur abuse de son droit ? Cette solution, à laquelle se sont ralliés plusieurs des experts réunis à Faido[112], se heurte pourtant à des objections de poids. La notion de l'abus du droit aurait dans la nouvelle réglementation soit le même sens soit une autre acception qu'à l'art. 2 C.C. Dans la première éventualité, l'introduction de cette notion dans la loi projetée serait inutile, l'art. 2 C.C. s'appliquant à tous les domaines du droit civil; de plus, elle ne répondrait pas aux aspirations de ceux qui souhaitent la modification des dispositions actuellement en vigueur en matière de congé. Et dans la seconde hypothèse, il y aurait lieu de déplorer qu'une même expression puisse être entendue différemment

[111] Elle paraît également indispensable pour que les dispositions sur le congé puissent être appliquées en faveur des employeurs aussi bien que des travailleurs.

[112] Procès-verbal Faido n° 103.

selon la disposition qui la contient. Quoi qu'il en soit, plutôt que d'adopter dans la future législation la notion d'abus du droit, il conviendrait de chercher une clause générale qui s'apparente à l'art. 14 al. 2 du projet de 1945, mais restreigne sa portée. La formule suivante[113] semble satisfaire à cette double condition: la résiliation est injustifiée lorsque son auteur n'en tire aucun avantage notable et qu'elle cause à l'autre partie un dommage particulièrement grave. D'après le projet de 1945, un congé est injustifié s'il en résulte pour le travailleur des conséquences particulièrement graves — ce qui est fréquent — et si la situation de l'entreprise ne l'exige pas — ce qui n'est pas rare non plus.— La proposition exprimée ici maintient la première condition, mais aggrave la seconde, rétrécissant ainsi le champ d'application de l'art. 14 al. 2. Pour que le congé soit injustifié, il ne suffit plus que la situation de l'entreprise ne l'exige pas, mais il faut encore que son auteur n'en tire pas un bénéfice appréciable. Or, il arrive sans doute souvent que la résiliation émanant d'un employeur lui profite notablement, sans être imposée par l'état de ses affaires[114].

---

[113] Elle n'est pas inédite. Demogue (p. 369) rappelle une proposition semblable formulée en 1903 déjà: «M. Wahl, dit-il, à propos du congé donné à l'ouvrier a encore été plus loin et il désirerait qu'on vît un abus si le motif de rupture est insignifiant en comparaison du préjudice considérable causé à l'autre partie. Cette idée pourrait être généralisée et on voit combien elle est féconde. On peut estimer qu'il y a abus si on use de son droit pour un léger avantage tout en causant à autrui un grave préjudice. Formule d'avenir fort séduisante, qui rapproche la théorie de l'abus du droit de celle de l'état de nécessité. Il y a abus si l'intérêt général est lésé par le sacrifice d'un intérêt très fort à un autre faible. C'est bien une conception sociale de l'usage du droit.»

[114] Si une entreprise très prospère congédie un ouvrier dont elle peut faire l'économie par suite de l'acquisition d'une machine, la résiliation pourra être injustifiée au regard de l'art. 14 al. 2 du projet de 1945, la situation de l'employeur n'exigeant pas le départ du travailleur. En revanche, d'après la proposition ci-dessus, la dénonciation n'engagerait pas la responsabilité de l'entreprise, qui en tirerait un avantage notable.

D'autre part, la clause proposée a l'avantage de pouvoir être invoquée par l'une et l'autre parties. Certes, l'employeur n'aura pas l'occasion de s'en prévaloir aussi fréquemment que le travailleur. Il est juste cependant, lorsqu'un employé donne son congé par caprice ou dans l'intention de nuire et que son départ cause un préjudice considérable à son patron, que le premier doive des dommages-intérêts au second.

L'adoption d'une clause générale ne rend pas superflue l'énumération de cas particuliers. En effet, plusieurs des éventualités prévues à l'art. 14 al. 1 du projet de 1945 ou aux art. 54 et 55 de celui de 1948 débordent le cadre de la clause générale proposée plus haut. En outre, la combinaison de cette clause et d'exemples aurait l'avantage de faciliter aux tribunaux l'application des dispositions légales, ce qui serait d'autant plus utile que le Tribunal fédéral aura rarement l'occasion de les interpréter. C'e t aussi le système qui renseigne le mieux les justiciables sur leur situation juridique et qui leur procure le maximum de sécurité. N'embrassant pas tous les cas particuliers, la clause générale ne vaudra que subsidiairement, dans l'hypothèse où les dispositions spéciales sont inapplicables. Telle est d'ailleurs la solution du projet de 1945[115].

Il ne serait pas sage de maintenir le contrat contre le gré de la partie qui résilie. Il n'en résulterait que conflits, sabotages, vexations. Toutes les fois que le congé est notifié dans les délais légaux ou conventionnels, les rapports de service doivent prendre fin, même si la dénonciation n'est pas justifiée[116]. Il faut donc faire abstraction de la notion de nullité, qui suppose le maintien du contrat. Mais il est normal que l'absence de motifs valables oblige l'au-

---

[115] En revanche, les exemples énumérés à l'article premier al. 2 de la loi fédérale sur la concurrence déloyale ne sont que des cas d'application de la formule générale du premier alinéa.

[116] C'est la solution unanimement admise en France (Josserand p. 672 et 673, Demogue p. 378, Goldschmidt p. 171) et présumée en Allemagne (Hueck p. 138 et Goldschmidt p. 166).

teur de la résiliation à réparer le dommage qu'il a causé. Il est utile que la loi fixe le minimum et le maximum des dommages-intérêts et il se justifie qu'à l'instar de la loi sur le travail dans les fabriques[117], elle impose une charge plus lourde à l'employeur qu'au travailleur. Elle devra cependant tenir compte qu'il n'existe pas entre le petit commerçant et ses employés, l'artisan et ses ouvriers, la même différence de situation qu'entre le chef d'une grande entreprise industrielle et son personnel. Enfin, il serait opportun d'assimiler expressément, pour qu'elle soit privilégiée selon l'art. 219 L.P., la prétention aux dommages-intérêts du travailleur à sa créance de salaire.

Lorsque les parties ont contracté pour une durée déterminée, elles doivent supposer que leurs rapports finiront au terme prévu. Le dommage qui résulte alors de la cessation du contrat est prévisible et peut souvent être détourné. Il paraît équitable qu'elles le supportent. Aussi convient-il de limiter l'application des dispositions sur le congé injustifié aux contrats conclus pour un temps indéterminé. C'est ce que font implicitement les projets et ce qu'il serait utile de dire expressément. Quid des contrats prévoyant une durée déterminée, mais tacitement reconduits pour un temps indéterminé? Il semble logique qu'ils soient soumis, après le terme stipulé, aux mêmes règles que les contrats conclus d'emblée sans limite de temps.

Au surplus, l'art. 55 al. 2 du projet de 1948, qui a trait aux motifs de la résiliation, devrait figurer dans la réglementation définitive.

II. — Les travaux interdits

Les employeurs font valoir que, s'ils ont l'obligation de se soucier de la santé de leur personnel, en se conformant en particulier aux limitations d'horaires et aux mesures d'hygiène prescrites par la loi, les travailleurs ont le devoir correspondant de se ménager durant les vacances et le temps de repos légal pour conserver leur capacité de tra-

[117] Art. 26.

vail. D'autre part, les employeurs réclament la protection du législateur contre la concurrence que peut leur faire leur personnel pendant ses loisirs[118]. Certains travailleurs eux-mêmes souhaitent que la loi restreigne leur activité en dehors de l'usine ou du bureau. Peut-être craignent-ils que leurs camarades dont les occupations accessoires accroissent les ressources, ne refusent de s'associer aux demandes d'augmentations de salaire.

Quelle que soit leur valeur, ces considérations ne motivent pas l'interdiction d'accomplir tout travail pour une autre personne que l'employeur principal[119]. Ce sont souvent les travailleurs les mieux doués qui œuvrent durant leurs loisirs. Leur but est généralement légitime; ils cherchent l'occasion de se développer et d'améliorer leurs moyens d'existence. Leur activité principale ne souffre pas nécessairement de leur occupation accessoire; il arrive même qu'elle en profite. D'autre part, les dispositions sur le repos des travailleurs doivent leur permettre non seulement de reprendre des forces, mais aussi de se divertir. Or, l'homme peut se récréer dans le travail comme dans le farniente. «Il y a deux excellentes façons d'utiliser ses loisirs, dit Charles Morgan: la première c'est d'exercer une activité qui vous plaît...; la seconde, c'est l'oisiveté.» Tel ouvrier qui s'ennuie et s'épuise au service de son employeur peut s'adonner avec intérêt et sans fatigue à une tâche qu'il a choisie. Il n'est donc pas contradictoire d'accorder aux travailleurs du loisir et de les autoriser à l'employer laborieusement. Les heures de repos légales devraient être le plus possible un temps de liberté. Si le travail forcé est odieux à tous, l'oisiveté imposée l'est au moins à quelques-uns.

Les art. 73 et 90 du projet de 1945 interdisent aux travailleurs d'avoir durant les repos légaux une activité qui

---

[118] Gysin, A.I.L.T. p. 26; procès-verbaux VI n°s 520 ss. et Faido n° 181.

[119] La question a plus d'importance pour les travailleurs du commerce et de l'artisanat que pour les ouvriers de fabrique. Gysin, A.I.L.T. p. 26.

les mettrait en concurrence avec des entreprises soumises à la future réglementation. Que cette activité soit gratuite ou rémunérée, qu'elle s'exerce à titre indépendant ou non, il n'importe. En fait, c'est presque empêcher les travailleurs de rendre quelque service à autrui en dehors de leur travail principal. L'employé d'une maison de commerce ne pourra pas tenir la comptabilité d'un artisan, car il concurrencerait les fiduciaires et les experts-comptables assujettis à la loi. Il n'aura pas même le droit d'enseigner la musique ou la peinture, parce qu'il pourrait priver d'un élève un établissement auquel s'appliqueront les nouvelles dispositions légales. Quant au projet de 1948, il restreint les occupations accessoires des travailleurs à la fois moins et plus que celui de 1945. Son art. 30 n'interdit que le travail professionnel, mais cette défense s'applique à une activité qui ne fait nulle concurrence à une entreprise visée par la loi.

Il est difficile de concilier les intérêts divergents des parties. Certes, l'employeur peut normalement exiger de n'être pas lésé par les occupations accessoires de son personnel. Elles devraient donc être interdites lorsqu'elles font concurrence à l'employeur ou nuisent à l'activité principale des travailleurs. Mais les projets limitent exagérément la liberté de ces derniers en leur défendant d'exercer une activité qui cause préjudice à d'autres employeurs qu'à leur propre patron.

L'art. 30 al. 3 du projet de 1948 prive de son salaire le travailleur qui, durant ses vacances, se livre à une occupation interdite. Cette disposition est d'une rigueur excessive. Il n'est pas juste de faire perdre à un ouvrier la rémunération de plusieurs jours de vacances, parce qu'un travail accessoire lui a rapporté quelques francs.

Chapitre 9

L'application de la réglementation

I. — Le contrôle[120]

1° Le rôle des cantons

En vertu d'un principe qui découle du caractère fédératif de la Suisse, il appartient aux cantons de veiller à l'exécution de la législation fédérale[121]. C'est pourquoi l'art. 137 du projet de 1945 et l'art. 69 de celui de 1948 les chargent de contrôler l'application de la réglementation projetée. Plus exact que l'art. 137, l'art. 69 précise que la surveillance officielle ne s'étend qu'à l'observation des normes de droit public. En raison de leur nature, les règles de droit privé échappent au contrôle de l'Etat.

Les projets obligent les cantons à tenir un registre des entreprises soumises à la loi[122]. Cette formalité, qui alourdira la tâche des organes d'exécution, a été critiquée. Mais sa suppression amoindrirait l'efficacité du contrôle.

2° Le rôle de la Confédération

La compétence des cantons est d'abord limitée par celle de la Confédération, qui exerce, aux termes de l'art. 140 du projet de 1945 et de l'art. 70 de celui de 1948, la haute surveillance sur l'exécution de la future législation. Cette surveillance peut se concevoir de deux manières: ou bien l'autorité fédérale se borne à donner des instructions aux organes cantonaux et à requérir des rapports sur leur activité; ou bien, à côté de ce contrôle indirect, elle délègue ses propres inspecteurs auprès des entreprises assujetties

---

[120] Les questions relatives au contrôle sont généralement peu étudiées. Et pourtant, si son application n'est pas contrôlée officiellement, la législation la plus favorable aux travailleurs ne leur sera guère utile (Schweingruber, Arbeitsrecht... p. 201).

[121] Schweingruber, Arbeitsrecht... p. 212.

[122] Art. 138 al. 1 du projet de 1945 et art. 69 al. 2 de celui de 1948.

à la loi. Les deux projets adoptent le second système[123], qui est le moins respectueux du pouvoir cantonal, mais aussi le plus propre à assurer une application à peu près uniforme de la législation fédérale. Il est souhaitable que les inspecteurs fédéraux ne procèdent qu'aux sondages nécessaires à la surveillance de l'activité des autorités cantonales.

3° Le rôle des associations

Les art. 142 du projet de 1945 et 71 de celui de 1948 permettent aux autorités d'exécution de faire appel au concours des associations d'employeurs et de travailleurs. S'il a l'avantage d'alléger la tâche des agents officiels, l'octroi aux associations d'attributions en matière de contrôle comporte le risque de créer une inégalité entre les individus et les entreprises soumis à la réglementation. L'impartialité des organes professionnels est plus sujette à caution que celle des fonctionnaires. Les mandataires d'une association ne seront-ils pas enclins à favoriser ses membres et surtout les plus influents? Les employeurs et les travailleurs non groupés ne seront-ils pas conduits à s'associer contre leur gré pour éviter une différence de traitement? Aussi serait-il équitable de donner un caractère paritaire aux organes d'exécution professionnels, de façon qu'ils comprennent des représentants non seulement des associations de travailleurs et d'employeurs, mais de toutes les personnes et de toutes les entreprises assujetties à la loi nouvelle.

II. — La poursuite administrative

1° Conditions

Il résulte de l'art. 80 al. 2 du projet de 1948 qu'une poursuite administrative s'engage d'office en cas de violation d'une norme de droit public. D'après la lettre de l'art. 123 du projet de 1945, une infraction à une règle

[123] Ce système est critiqué par Quartenoud (A. I. L. T. p. 37 et 38), mais approuvé par Hug (A. I. L. T. p. 66) et Schweingruber (Arbeitsrecht... p. 205 et 206).

quelconque motiverait une intervention de l'administration. Mais la nature des dispositions de droit privé empêche que leur inobservation déclenche une poursuite administrative.

L'autorité peut agir à la suite d'une dénonciation, fût-elle anonyme. Il serait contradictoire que, d'une part, elle dût intervenir d'office et que, d'autre part, elle ne pût se saisir que d'une plainte de personnes déterminées. Alors que l'art. 123 al. 1 du projet de 1945 habilite toute personne à dénoncer, les auteurs du projet de 1948 ont fait abstraction d'une disposition semblable, qui découle d'un principe du droit administratif et paraît superflue[124].

2° Mesures

L'art. 123 al. 2 du projet de 1945 se borne à prévoir que «les organes d'exécution sont tenus... de prendre les «mesures nécessaires». Toutefois, quelques dispositions éparses dans ce projet indiquent l'objet de certaines mesures: le retrait du droit de prolonger sans autorisation la durée du travail (art. 55), le retrait ou la modification de permis (art. 83), l'interdiction d'utiliser des locaux et des installations, voire l'arrêt de l'exploitation (art. 139). Le projet de 1948 a le mérite de grouper ces dispositions à l'art. 81, qui subordonne les mesures les plus graves à la mise en danger de la vie, de la santé ou de la capacité de travail du personnel, et les décisions de moindre importance à une violation des dispositions sur la durée du travail et du repos.

Les mesures administratives sont souvent plus efficaces qu'une sanction pénale ou la condamnation d'un tribunal civil. L'obligation de payer une amende ou des dommages-intérêts intimidera parfois moins l'employeur que le retrait d'un permis, l'interdiction d'utiliser un local ou l'arrêt de son exploitation. Par conséquent, il importe de préciser l'objet des mesures administratives et leurs cas d'application. L'art. 81 du projet de 1948 tient compte de cette observation.

[124] Rapport de MM. Germann et Hug p. 64.

III. — La poursuite pénale

1° Conditions

Les projets énumèrent un certain nombre d'infractions punissables et les sanctions qui les frappent. En cas d'existence d'une de ces infractions, la poursuite pénale s'engage-t-elle d'office ou sur plainte seulement? Le projet de 1945 ne résout pas cette question. Celui de 1948, dont l'art. 88 al. 1 se réfère aux dispositions générales du C.P.S. relatives aux contraventions, se prononce implicitement et avec raison en faveur de la poursuite d'office.

D'autre part, l'art. 138 al. 3 du projet de 1945 et l'art. 80 al. 3 de celui de 1948 réservent l'application de l'art. 292 C.P.S. Cela signifie qu'en dehors des cas expressément réprimés, la violation d'une norme de droit public n'est sanctionnée pénalement que si le contrevenant a reçu la sommation de l'art. 292 C.P.S. et refusé d'y obtempérer. Il est utile que les organes d'exécution soient autorisés à recourir à cette disposition. Leurs décisions n'en seront que plus efficaces[125].

2° Actes punissables

Le projet de 1948 ne fait aux dispositions pénales qu'une place secondaire[126]. Aussi ses auteurs ont-ils réduit le nombre des actes que le projet de 1945 déférait au juge pénal. Ils ont notamment éliminé la violation du devoir de maintenir la paix pendant la procédure de conciliation et d'arbitrage, les contraventions aux dispositions sur le règlement d'entreprise et à ses clauses ainsi que les infractions aux règles sur les institutions sociales, diverses mesures de contrôle et les travaux interdits. D'après le projet le plus récent, ces actes seront punissables non pas

[125] Conformément à l'opinion dominante, le juge pénal peut se prononcer non pas sur l'opportunité des injonctions violées, mais sur leur légalité et la compétence de leurs auteurs (Lœpfe p. 65 et 71).

[126] Rapport de MM. Germann et Hug p. 66.

directement, mais seulement par le jeu de l'art. 292 C. P. S. C'est un progrès. Ce qui importe, ce n'est pas tant de porter atteinte à la considération des contrevenants que d'assurer le respect des dispositions légales. Or, dans la plupart des cas, les mesures administratives suffisent à cette fin. En outre, les relations entre employeurs et travailleurs, que le législateur vise à améliorer, pourraient être altérées par de trop nombreuses condamnations pénales.

3° Autorités compétentes

Les deux projets chargent les cantons de désigner les autorités compétentes pour instruire et juger les affaires pénales. Selon l'art. 345 al. 2 C. P. S.[127], ces autorités peuvent être administratives, ce qui n'est pas sans inconvénients. En règle générale, exception faite des cas véniels, la justice pénale devrait être rendue par des juges professionnels, à qui sont familières les notions d'intention, de négligence, de sursis, etc., et qui sont accoutumés à tenir compte des droits de l'individu autant que des intérêts de la société. Or, quoique passibles des peines les moins lourdes (amende ou arrêts), les infractions aux dispositions pénales de la réglementation future peuvent être graves. Est-ce à dire qu'elles devraient toujours être renvoyées au juge et qu'il y aurait lieu de déroger à l'art. 345 al. 2 C. P. S.[128]? Il est permis d'hésiter. Une loi spéciale ne doit s'écarter des dispositions d'un code que si un intérêt important l'exige. Il faut du moins souhaiter, au cas où les projets ne seraient pas modifiés, que les cantons choisissent comme autorités de jugement des tribunaux plutôt que des organes de l'administration.

IV. — L'action civile

Parmi les questions que pose l'action civile, les deux suivantes méritent de retenir l'attention: le délai pour agir

[127] Aux termes duquel «le jugement des contraventions peut être attribué à une autorité administrative».

[128] Procès-verbal ad VI n°s 261 et 269.

et les effets civils de la violation des dispositions de droit public.

1° Le délai pour agir

En principe, le droit d'agir des parties n'est limité dans le temps que par les dispositions du code des obligations sur la prescription. Toutefois, d'après les projets de 1945 et 1948, certains droits dérivant de la rupture du contrat de travail ne peuvent être exercés que dans des délais spéciaux.

Lorsque le travailleur rompt son contrat de façon illégale, l'art. 16 al. 2 du projet de 1945 l'autorise à contester, dans les dix jours qui suivent son départ, le droit de l'employeur à une indemnité. Si le travailleur use de ce droit, ajoute l'art. 16 al. 3, l'employeur doit l'actionner dans un même délai, faute de quoi sa prétention est réputée éteinte. Ces dispositions ne valent pas les intentions qui les ont inspirées. La raison d'être de l'art. 16 al. 2 est mystérieuse. Si l'employeur ne fait pas valoir ses droits, le travailleur n'en soupçonnera peut-être pas l'existence et n'aura en tout cas aucun motif de la contester; en revanche, si l'employeur entend exercer une prétention, on se demande pourquoi son action judiciaire devrait être précédée d'une contestation du travailleur. Normalement, il incombe au demandeur d'agir le premier, et non pas au défendeur, qui ne réclame rien. D'autre part, l'art. 16 al. 2 n'indique pas les conséquences du défaut de contestation du travailleur. Il ne saurait en résulter la perte du droit de l'employeur, car l'inaction d'une partie ne doit pas nuire à l'autre. Et l'on ne peut en déduire que le travailleur admet le bien-fondé d'une prétention dont il ignorera parfois l'étendue, sinon l'existence. La contestation prévue par l'art. 16 al. 2 est donc une formalité superflue. Quant à l'art. 16 al. 3, qui oblige l'employeur à introduire action dans les dix jours, les auteurs du projet de 1945 l'ont probablement adopté en vue de protéger le travailleur. Mais en réalité, cette disposition lui serait souvent plus pré-

judiciable qu'utile. En effet, si une partie est tenue d'agir à brève échéance sous peine de perdre ses droits, un procès est presque inévitable. En revanche, si elle dispose d'un plus long délai, elle aura le temps de peser les chances et les risques d'une action judiciaire, y renoncera peut-être ou éventuellement transigera[129].

La réglementation du projet de 1948 est différente. Ce n'est pas au cas où il rompt illégalement son contrat que le travailleur doit agir, mais dans l'éventualité où il tient pour abusive la résiliation émanant de l'employeur. Selon l'art. 56 al. 1, il doit alors faire opposition à la dénonciation dans le délai d'une semaine. Et à défaut d'entente entre parties, l'art. 56 al. 2 accorde au travailleur trente jours dès son congédiement pour actionner l'employeur. Ces dispositions ne sont guère moins critiquables que l'art. 16 du projet de 1945. A quoi servira l'opposition du travailleur? Perdra-t-il ses droits s'il n'intervient pas dans la semaine[130]. Ce serait excessivement rigoureux[131]. Le délai de trente jours fixé par l'art. 56 al. 2 n'est-il pas trop court? N'expirera-t-il pas avant que le travailleur ait pu mesurer l'étendue de son dommage? D'autre part, lorsque le travailleur rompt illégalement son contrat, l'art. 58 al. 2 présume que l'employeur renonce[132] à ses droits s'il n'intente pas action dans un délai de trente jours à partir de la dénonciation. La durée de ce délai peut être également discutée.

Aussi longtemps qu'il n'est pas question de résiliation, les parties hésiteront à s'assigner en justice, le travailleur de peur de perdre sa situation, et l'employeur aussi, dans

---

[129] Ancien président de conseils de prud'hommes, l'auteur en a fait l'expérience.

[130] Telle est l'opinion des auteurs du projet. Rapport de MM. Germann et Hug p. 43.

[131] Le point de savoir s'il y a eu opposition ou non serait souvent contesté. La protestation adressée par le travailleur au comptable qui lui verse son dernier salaire vaudrait-elle opposition?

[132] Il s'agit d'une présomption irréfragable. Rapport de MM. Germann et Hug p. 45.

certains cas, par crainte de s'aliéner son personnel. Les obliger alors à agir à brève échéance, serait les placer devant l'alternative d'ouvrir un procès ou de renoncer à leurs droits. Par conséquent, pendant la durée des rapports de service, il n'y a pas lieu de déroger aux dispositions du code des obligations sur la prescription. Mais après l'expiration du contrat, il se justifie de mettre fin rapidement aux conflits qui subsistent entre les parties, peu importe qu'ils dérivent de la résiliation ou qu'ils aient une autre cause. Une fois leurs relations rompues, les contractants se perdent souvent de vue, le travailleur change fréquemment de domicile et les moyens de preuve diminuent bientôt de valeur ou même disparaissent. Aussi ne conçoit-on guère qu'une année ou deux après la rupture du contrat, employeur et travailleur puissent encore s'actionner à raison de leurs anciens rapports. Mais s'il limitait outre mesure la liberté d'agir des parties, le législateur manquerait son but: au lieu de couper court aux litiges, il provoquerait plutôt les procès. C'est pourquoi il paraît raisonnable d'étendre à trois mois les délais de dix ou trente jours prévus par les projets. Ainsi donc, tous les droits résultant du contrat de travail s'éteindraient trois mois après sa cessation. Il n'y aurait aucune raison de distinguer selon que ces droits sont issus de la violation d'une disposition sur le congé ou d'une autre norme. Au surplus, le législateur pourrait sans inconvénient faire l'économie des formalités de la contestation et de l'opposition.

2° Effets civils de la violation des dispositions de droit public

Les auteurs du projet de 1945 se sont efforcés de résoudre cette question, se conformant à un vœu exprimé à l'occasion de la réunion de la Société suisse des juristes de 1933[133]. L'art. 61 al. 1 statue la nullité de toute convention qui serait contraire aux dispositions de droit public ou

[133] Schönenberger p. 43, 47 et 383; Scherrer p. 83 et 84.

par laquelle le travailleur renoncerait à leur application au profit de l'employeur. Toutefois, dit l'art. 51 al. 2, lorsque le contrat enfreint une défense d'embaucher, le travailleur peut refuser sa prestation et résilier immédiatement les rapports de service.

L'art. 61 distingue deux cas. S'il viole une interdiction d'engager, le contrat est nul ex nunc, c'est-à-dire à partir de sa dénonciation, et le travailleur a droit à son salaire pour la période où il a travaillé. En revanche, s'il contrevient à une autre règle de droit public, le contrat est nul ex tunc, c'est-à-dire radicalement, et le travailleur ne peut faire valoir, en échange de ses services, qu'une prétention fondée sur l'enrichissement illégitime de l'employeur. Cette distinction ne paraît pas fondée. Toutes les infractions aux normes de droit public, que celles-ci aient pour objet la limitation de la durée du travail, la prévention des accidents ou l'interdiction d'embaucher, devraient avoir le même effet, soit la nullité ex nunc du contrat, et laisser intact le droit du travailleur à son salaire pour la durée de ses services. Ce serait d'élémentaire équité lorsque le travailleur ignorait l'illicéité du contrat. Et s'il la connaissait, la même solution se justifierait[134]. Admettre dans cette dernière hypothèse la nullité ex tunc du contrat, serait priver de tout ou partie de sa rémunération le travailleur dont la mauvaise foi peut être souvent excusée par le souci d'obtenir ou de conserver un emploi. La nullité ex tunc exclurait toute prétention au salaire; l'art. 66 C. O. ferait obstacle à la demande fondée sur l'enrichissement de l'employeur; quant à l'action délictuelle, son sort serait douteux en raison de la faute concomittante du travailleur.

Plutôt que d'annulabilité, mieux vaut parler de nullité ex nunc[135]. L'annulabilité peut être couverte par l'écoulement du temps ou l'attitude des parties et n'est pas retenue d'office. Or, un contrat contraire à une disposition

---

[134] Contra Schönenberger p. 43 et 47.

[135] Il n'est pas question d'introduire ces mots dans la loi, d'où doivent être exclues toutes les expressions hermétiques.

de droit public ne saurait être validé après un certain délai ou par une manifestation de volonté des parties. D'autre part, son invalidité doit être constatée d'office par l'autorité judiciaire ou administrative.

L'application de l'art. 61 n'exclut pas celle de l'art. 20 al. 2 C. O. Il n'est pas conforme au but de la loi de déclarer entièrement nul un contrat dont seule une clause secondaire viole une disposition de droit public. Ce serait une singulière façon de protéger le contractant généralement le plus faible que de lui faire perdre son emploi. Si les travailleurs sont autorisés à se prévaloir de l'art. 20 al. 2 C. O., il n'y a aucune raison de refuser le même droit aux employeurs. Point n'est besoin que la loi future le réserve expressément aux uns et aux autres. Autant que possible, une législation spéciale doit éviter les renvois aux dispositions générales.

Chapitre 10

La réglementation de droit cantonal

Il s'agit de déterminer enfin dans quelle mesure les cantons auront le pouvoir de réglementer, après l'entrée en vigueur de la législation fédérale projetée, les rapports de travail dans le commerce et l'artisanat, éventuellement dans l'industrie. C'est donc la compétence législative des cantons qui est en cause, non pas leurs attributions en tant qu'organes d'exécution du droit fédéral[136]. La question du maintien ou de la suppression de la souveraineté cantonale doit se résoudre en considération du double but de la loi future: protéger les travailleurs contre les abus de pouvoir des employeurs et empêcher que les entreprises soucieuses de bien traiter leur personnel ne pâtissent de la concurrence de patrons moins bienveillants[137]. Il convient de tenir compte que, de ces deux buts, le premier est le plus important, la limitation de la concurrence entre employeurs n'étant en somme qu'une conséquence des mesures protectrices des travailleurs.

[136] Supra p. 525a. [137] Supra p. 471a.

I. — Législation cantonale complétant le droit fédéral

1° Domaines[138] régis par la législation fédérale

L'art. 150 al. 1 du projet de 1945 et l'art. 94 al. 2 du projet de 1948 abrogent, sauf disposition expresse de la loi, les prescriptions cantonales relatives aux domaines qu'elle régit. C'est dire que, dans ces secteurs, les cantons ne peuvent compléter le droit fédéral que s'il les y autorise formellement. En telle matière, il serait particulièrement difficile de délimiter les attributions de la Confédération et des cantons au moyen d'une clause générale. La méthode énumérative, qu'adoptent les projets, est donc préférable. On peut toutefois se demander si les exceptions qu'ils statuent en faveur des cantons ne pourraient pas être étendues. Les bornes imposées à ce rapport ne permettent pas d'approfondir cette question. Il suffit d'observer que la législation cantonale devrait pouvoir compléter le droit fédéral, dans les domaines qu'il régit, lorsqu'il importe de tenir compte des particularités régionales ou que la réglementation légale ne peut influer sur la capacité de concurrence des entreprises.

2° Domaines étrangers à la législation fédérale

Il résulte a contrario de l'art. 150 al. 1 du projet de 1945 et de l'art. 94 al. 2 de celui de 1948 que les cantons peuvent continuer de réglementer les questions qu'ignore le droit fédéral. On peut tirer la même déduction de l'art. 97 al. 2 de la variante, qui prévoit l'abrogation des dispositions cantonales contraires à la loi. Ainsi donc, d'après les projets, la loi sur les rapports de travail dans le commerce et l'arti-

---

[138] Le mot «domaine», correspondant en allemand à «Sachgebiet», doit être entendu dans un sens étroit. Les «domaines régis» par la future réglementation, ce sont les «points qu'elle traite» et non pas toutes les questions qui se rattachent de plus ou moins près à ces derniers.

sanat ne serait pas exhaustive[139]. C'est d'ailleurs aussi le cas de la loi sur le travail dans les fabriques. Statuant sur une plainte dirigée contre la loi bâloise qui étend aux ouvriers de fabrique le bénéfice des vacances payées, le Conseil fédéral a décidé le 17 novembre 1945, contrairement à sa jurisprudence antérieure, que la loi sur le travail dans les fabriques ne s'applique d'une façon exclusive qu'aux matières qu'elle gouverne expressément[140].

Une autre conception serait-elle défendable? La Confédération devrait-elle réglementer de manière limitative le domaine du travail, privant ainsi les cantons de toute compétence législative dans ce vaste secteur? Mais le but principal de la loi envisagée ne commande pas une aussi grave entorse à leur souveraineté. Des dispositions cantonales applicables aux questions que ne régit pas le droit fédéral, favoriseront vraisemblablement le contractant le plus faible. Autrement dit, elles contribueront à la protection des travailleurs et concourront à la fin que visent les auteurs des projets. Peut-être réduiront-elles la capacité de concurrence des employeurs qu'elles assujettiront, et créeront-elles quelque inégalité entre eux. Quoique réel, ce risque n'est pas très inquiétant. En droit civil, les cantons n'auront aucune compétence. Quant au droit public, la réglementation fédérale aura un champ d'application trop étendu pour que les domaines abandonnés à la législation cantonale soient de beaucoup d'importance. Il n'y a donc pas, semble-t-il, de raison suffisante de paralyser toute initiative des cantons dans les matières étrangères au droit fédéral. Au contraire, le rôle de précurseurs que jouent les cantons, particulièrement dans la réglementation du travail, est utile à l'ensemble de la Confédération, qui profite des expériences de ses membres les plus novateurs. D'autre part, la légis-

---

[139] En particulier, ils conservent la compétence d'édicter des prescriptions de police, par exemple sur les heures d'ouverture ou de fermeture des magasins (art. 95 litt. a et d du projet de 1948). Quartenoud, A.I.L.T. p. 32.

[140] Tschudi p. 37.

lation cantonale est souvent mieux adaptée que le droit fédéral aux circonstances qui, dans le domaine des rapports de travail peut-être plus qu'ailleurs, varient d'une région à l'autre.

II. — Législation cantonale contraire au droit fédéral

1° Législation cantonale antérieure à la réglementation fédérale

Selon les art. 150 al. 1 du projet de 1945 et 94 al. 2 de celui de 1948, cette législation est abolie, à moins que le droit fédéral n'en prévoie expressément le maintien. Il incombe aux cantons de désigner, sous réserve de l'approbation du Conseil fédéral, les dispositions qui resteront en vigueur et celles qui deviendront caduques. Toutefois, les buts assignés à la réglementation fédérale n'exigent pas que les dispositions cantonales actuellement en force soient amputées aussi profondément. Sans doute n'est-il pas question de laisser subsister la législation cantonale, sauf réserve expresse, dans la mesure où elle serait moins favorable aux travailleurs que la future loi fédérale. Ce serait leur retirer, en même temps qu'il leur serait accordé, le bénéfice des nouvelles dispositions protectrices. Mais il se peut que certaines prescriptions cantonales déjà édictées soient plus avantageuses pour les employés ou les ouvriers que la réglementation envisagée. Supprimer ces prescriptions priverait les travailleurs d'une situation qu'ils peuvent considérer comme acquise, et irait à l'encontre du but de protection qui est la raison d'être de la loi projetée[141]. D'autre part, le maintien des dispositions cantonales existantes ne créerait pas une nouvelle inégalité entre employeurs. Il ne ferait que prolonger un état de choses qu'ils supportent, maintenant déjà, plus ou moins volontiers. C'est pourquoi, dans la mesure où elles sont plus favorables

[141] Par exemple, on ne conçoit guère que la réglementation nouvelle abolisse la loi bâloise qui a introduit, en 1920, la semaine de 48 heures (Gysin, Arbeitsrecht p. 126).

aux travailleurs que la future législation fédérale, les dispositions cantonales actuellement en vigueur, devraient le rester. Par souci de clarté, les deux dernières phrases des art. 150 al. 1 du projet de 1945 et 94 al. 2 de celui de 1948 pourraient subsister, c'est-à-dire que les cantons devraient faire entre les dispositions abrogées et les autres une distinction que le Conseil fédéral serait chargé d'approuver.

2° Législation cantonale postérieure à la réglementation fédérale

Les projets excluent cette législation, sauf réserve expresse. Parmi les dispositions[142] qui sauvegardent la compétence législative des cantons, l'art. 31 du projet de 1948 est particulièrement important. Il autorise les cantons à réglementer la durée du travail et du repos concernant le personnel du commerce de détail, des boucheries, des boulangeries et confiseries, des salons de coiffure, des établissements d'éducation et d'enseignement, des œuvres sociales, des hôpitaux ainsi que des entreprises qui ne sont pas exposées à la concurrence d'employeurs d'autres cantons. Les pouvoirs que cette disposition réserve au législateur cantonal ne sont pas trop étendus.

Certes, dans l'éventualité où les entreprises de cantons différents peuvent se concurrencer, la législation cantonale ne doit s'écarter de la réglementation fédérale que dans des cas étroitement limités. Sinon, les entreprises situées dans des cantons qui leur imposeraient de lourdes charges seraient défavorisées par rapport à celles que régiraient des dispositions moins exigeantes à l'égard du patronat. Le désavantage pourrait être notable et légitimer l'opposition des employeurs à la loi future.

En revanche, dans les domaines où les entreprises de divers cantons n'entrent pas en concurrence, rien ne paraît

---

[142] Les art. 88 al. 3 du projet de 1945 et 28 al. 4 de celui de 1948 autorisent les cantons à faire bénéficier les travailleurs, en matière de vacances, de dispositions plus favorables que celles de la loi fédérale.

s'opposer à ce que la législation cantonale se montre plus favorable aux travailleurs que la réglementation fédérale. Sans que la capacité de concurrence des employeurs soit atteinte, les travailleurs y auront tout bénéfice. On objectera peut-être que les entreprises des cantons qui protègent le moins efficacement les travailleurs recruteront difficilement ceux dont elles ont besoin. Mais il est loisible à ces entreprises, même en l'absence de dispositions légales, d'améliorer les conditions de travail de leur personnel. D'ailleurs, il n'est guère probable que les travailleurs se laisseront guider, dans le choix d'une situation, par la protection plus ou moins étendue que leur assureront les dispositions cantonales dérogeant au droit fédéral. Ces dispositions n'auront pas trait aux salaires, que ne réglemente pas la législation fédérale. Or, ce qui incline le plus souvent le travailleur à préférer tel emploi à tel autre, c'est l'importance de la rémunération qui lui est offerte.

III. — Conclusions

Les développements précédents peuvent se résumer dans les propositions suivantes:

1° la législation cantonale ne peut compléter le droit fédéral, dans les domaines qu'il régit, que s'il le prévoit expressément;

2° elle peut le compléter librement dans les domaines qu'il ne régit pas;

3° la législation cantonale antérieure et contraire au droit fédéral peut subsister dans la mesure où elle est plus favorable que lui aux travailleurs;

4° la législation cantonale postérieure au droit fédéral peut y déroger librement en faveur des travailleurs, dans les domaines où les entreprises de cantons différents ne peuvent se concurrencer;

5° la législation cantonale postérieure au droit fédéral ne peut y déroger que s'il le prévoit expressément, dans les

domaines où les entreprises de cantons différents peuvent se concurrencer.

Si les cantons étaient autorisés à s'écarter du droit fédéral et à le compléter selon ces règles, certains d'entre eux useraient probablement de cette faculté, leur exemple ne tarderait guère à être suivi par d'autres et, finalement, la Confédération serait peut-être amenée à reviser sa législation. Par conséquent, étendre la compétence que les projets réservent aux cantons, c'est considérer la future loi fédérale non pas comme un aboutissement, mais comme une étape dans une évolution favorable à l'amélioration de la condition des travailleurs. Il n'est donc pas étonnant que tels de leurs représentants se montrent particulièrement soucieux du maintien de la souveraineté cantonale[143].

Le pouvoir législatif accordé aux cantons entraverait-il la conclusion de contrats collectifs? Assurément, s'il est applicable sur le territoire de plusieurs cantons, un contrat collectif devra avoir égard au droit de chacun d'eux. Autrement dit, il faudra que son contenu se conforme aux dispositions les plus progressistes, dont la validité sera ainsi étendue au delà du territoire d'un seul canton. La crainte de cette conséquence retiendra peut-être certaines associations d'employeurs de s'engager par contrat collectif. Mais elle ne justifierait guère une restriction de la compétence législative des cantons. Car, dans tous les cas, rares seront les contrats collectifs qui auront pour objet des matières réglementées par la législation fédérale[144].

---

[143] Gysin, Lignes directrices... p. 11. Le projet de 1935 de l'Union syndicale fait une place très large à la compétence législative des cantons. Selon l'art. 106 al. 2, «Les dispositions de lois cantonales sur la protection du travail restent en vigueur:

»a) si elles règlent une matière sur laquelle la présente loi ne renferme pas de prescriptions ou n'édicte manifestement que des prescriptions minima;

»b) en tant que, sur une matière quelconque, elles prévoient une protection plus étendue des travailleurs.»

[144] Supra p. 497a.

Bibliographie

Bureau International du Travail, Les conventions collectives, Genève, 1936.
— Méthodes de collaboration entre les pouvoirs publics, les organisations professionnelles ouvrières et les organisations professionnelles patronales, Genève, 1940.

Burckhardt, Walter, Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung, 3e éd., Berne, Stämpfli & Co., 1931.

Colin, A., et *Capitant, H.*, Cours élémentaire de droit civil français, tome II, 3e éd., Paris, Dalloz, 1921.

Demogue, René, Traité des obligations en général, tome IV, Paris, Rousseau, 1924.

Duguit, Léon, Traité de droit constitutionnel, tome II, Paris, de Boccard, 1928.

Fleiner, Fritz, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, J.C.B. Mohr, 1923.
— Les principes généraux du droit administratif allemand, Paris, Delagrave, 1933.

Germann, O.A., Methodische Grundfragen, Verlag für Recht und Gesellschaft AG., Basel, 1946.

Giacometti, Zaccaria, Die Auslegung der schweizerischen Bundesverfassung, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1925.

Goerrig, Franz, Das neue deutsche Arbeitsrecht, Revue de droit suisse, NS 53 p. 130 ss.

Goldschmidt, Robert, Unsoziale Kündigung im Arbeitsrecht, Revue suisse de jurisprudence, 36 p. 165 ss.

Gysin, Arnold, Lignes directrices et revendications à propos de la protection ouvrière dans les arts et métiers, Cahiers syndicaux n° 7, 1934.
— Arbeitsrecht, Polygraphischer Verlag AG., Zurich, 1943.
— Allgemeine Orientierung über den Vorentwurf zu einem Bundesgesetz über die Arbeit im Handel und in den Gewerben, Association intercantonale de législation sur le travail (A. I. L.T.), octobre 1945, p. 12 ss

Holer, Oscar, Contrat collectif de travail, Fiches juridiques suisses nos 841 à 843,

Horand, Fritz, Das Angestelltenrecht, VSA., Zurich, 1928.

Huber, Hans, Die staatsrechtliche Bedeutung der Allgemeinverbindlicherklärung von Verbandsbeschlüssen und -vereinbarungen, Revue de droit suisse, NS 59 p. 331 ss.

Hueck, Alfred, et *Nipperdey, H. C.*, Lehrbuch des Arbeitsrechts, J. Bensheimer, 1932.

Hueck, Alfred, Deutsches Arbeitsrecht, Junker- & Dünnhaupt-Verlag, Berlin. 1938.

Hug, Walther, Die Regelung der Arbeits- und Ruhezeit im Gesetzesvorentwurf, Association intercantonale de législation sur le travail (A. I. L.T.), octobre 1945, p. 57 ss.

Imboden, Max, Bundesrecht bricht kantonales Recht, Thèse Zurich, 1940.

Josserand, Louis, Cours de droit civil positif français, tome II, 2e éd., Sirey, Paris, 1933.

Kaempfer, Walter, Die Rechtssetzungskompetenz des Bundes und der Kantone auf dem Gebiete des Arbeitsrechts, Thèse Berne, 1943.

Kaskel, Walter, Arbeitsrecht, 4e éd., Julius Springer, Berlin, 1932.

Loepfe, Rolf, Ungehorsam gegen amtliche Verfügungen, Thèse Zurich, 1946.

Meyer, Manfred, Ausgewählte Fragen zur AVE. von GAV., Thèse Zurich, 1944.

Oser, Hugo, et *Schönenberger, Wilhelm*, Das Obligationenrecht, 2e éd., Schulthess & Co., Zurich.

Pfister, H., La législation fédérale sur l'industrie, l'artisanat et le commerce, Journal suisse des artisans et commerçants, nos 19 et 20, octobre 1929.

Picot, Albert, Les rapports de l'avant-projet de la loi avec les contrats collectifs, Association intercantonale de législation sur le travail (A. I. L.T.), octobre 1945, p. 45 ss.

Quartenoud, Maxime, Les compétences de la Confédération et des cantons d'après l'avant-projet de la loi, Association intercantonale de législation sur le travail (A. I. L.T.), octobre 1945, p. 29 ss.

Richard, Albert, Les rapports entre le contrat de travail et la législation protectrice du travail, Revue de droit suisse, NS 52 p. 105 ss.

Ruck, Erwin, Schweizerisches Verwaltungsrecht, tome I, Polygraphischer Verlag AG., Zurich.

Savatier, René, Cours de droit civil, tome II, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1944.

Scherrer, Léo-Joseph, Öffentliches und privates Recht im Arbeitsschutz, Thèse Fribourg, 1946.

Schönenberger, Wilhelm, Das Verhältnis des Arbeitsnehmerschutzrechts zum Dienstvertrag, Revue de droit suisse, NS 52 p. 1 ss.

Schreurs, Lothar, Die soziale Entwicklung des Arbeitsrechtes, Thèse Berne, 1946.

Schweingruber, Edwin, Das Arbeitsrecht der Schweiz, Polygraphischer Verlag AG., Zurich, 1946.

— La législation et les contrats collectifs, Union syndicale suisse, 1946.

— Gesamtarbeitsverträge und Übernahme von Kollektivrecht in das öffentliche Recht, Association intercantonale de législation sur le travail (A. I.L.T.), octobre 1946, Soleure, p. 119 ss.

Siegrist, W., et *Zanetti, B.*, Zur Frage der Gestaltung eines Rahmengesetzes in Handel und Gewerbe, Revue suisse de jurisprudence, 1946, p. 97 ss.

Silberschmidt, W., Beiträge der Schweiz zum Arbeitsrecht, Revue de droit suisse, NS 55 p. 254 ss.

Thalmann, Helene, Die Allgemeinverbindlichkeit der Gesamtarbeitsverträge, Polygraphischer Verlag AG., Zurich, 1944.

Tschudi, H. P., Neue Entwicklungen im schweizerischen Arbeitsrecht, Revue suisse de jurisprudence, 1947 p. 33 ss. et 56 ss.