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: 70 (1951)

Heft: 5

Artikel: Des rapports entre le droit civil fédéral et le droit public cantonal

Autor: Grisel, André

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-896482

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: 07.01.2026

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

Des rapports entre le droit civil fédéral et le droit public cantonal

Par André Grisel,
professeur à l'Université de Neuchâtel

En Suisse, la compétence législative se partage entre l'Etat fédéral et les cantons. La délimitation de leurs pouvoirs pose trois sortes de problèmes: les uns concernent les rapports entre le droit public fédéral et le droit public cantonal; d'autres ont trait aux relations du droit civil de la Confédération avec celui des cantons; les derniers, enfin, naissent de la coexistence du droit privé fédéral et du droit public cantonal.

Il est souvent malaisé de tracer une frontière entre les domaines que visent les dispositions fédérales de droit public et les règles cantonales de même nature. Toutefois, les controverses que soulèvent les rapports entre ces prescriptions portent moins sur des principes que sur l'interprétation de tel ou tel article. Elles intéressent donc surtout le praticien.

D'autre part, les relations du droit civil de la Confédération avec le droit privé cantonal ont perdu pour ainsi dire toute importance, l'entrée en vigueur simultanée du code civil suisse et du nouveau code fédéral des obligations ayant entraîné l'abolition presque totale du droit privé des cantons. Par exemple, parmi les dispositions du code des obligations relatives au contrat de travail, seul l'art. 324 accorde quelque compétence aux cantons en matière de droit civil. Et encore ne s'agit-il que d'autoriser les organes qu'ils désignent à rédiger des contrats-types.

Quant aux rapports entre le droit privé fédéral et le droit public cantonal, ils sont réglés en principe par l'art. 6

al. 1 CC, qui est ainsi rédigé: «Les lois civiles de la Confédération laissent subsister les compétences des cantons en matière de droit public.» A première vue, il semble qu'en raison de leur nature différente, le droit privé fédéral et le droit public cantonal peuvent être juxtaposés sans risque de conflits. Il n'en est rien. Ici, comme ailleurs, la distinction du droit civil et du droit public suscite des divergences qui sont loin d'être aplanies. En outre, lorsque les dispositions cantonales de droit public s'appliquent aux mêmes situations que le droit privé de la Confédération, elles peuvent empiéter sur son domaine. C'est dire que la coexistence de cette double réglementation engendre maintes difficultés.

Sans doute plusieurs auteurs ont-ils déjà tenté de les résoudre[1]. De plus, avant et surtout après l'adoption du code civil suisse et la première revision du code fédéral des obligations, le Tribunal fédéral fut appelé assez souvent à se prononcer sur l'accord du droit privé de la Confédération avec le droit public cantonal. Cependant, les critiques adressées à sa jurisprudence justifient, maintenant encore, un nouvel examen des relations entre l'un et l'autre droits.

---

[1] Citons, parmi les ouvrages spéciaux et les articles, ceux de: Brügger, F., Die Kompetenzausscheidung zwischen Bund und Kanton, thèse Fribourg 1922; Burckhardt, W., Grundsätzliches über die Abgrenzung der Gesetzgebungskompetenzen zwischen Bund und Kantonen, Rev. jur. bern. v. 68 p. 305ss.; Kämpfer, W., Die Rechtssetzungskompetenz des Bundes und der Kantone auf dem Gebiete des Arbeitsrechts, thèse Berne 1943; Mutzner, R., Bundeszivilrecht und kantonales öffentliches Recht, thèse Zurich 1939; Schweingruber, E., Das Arbeitsrecht der Schweiz, Zurich 1946; Schönenberger, W., Das Verhältnis des Arbeitnehmerschutzrechts zum Dienstvertrag, Rev. dr. suisse NS vol. 52 p. 1a ss.; Sträuli, H., Die Kompetenzausscheidung zwischen Bund und Kantonen auf dem Gebiete der Gesetzgebung, thèse Zurich 1932; Tschudi, H., Die Ferien im schweizerischen Arbeitsrecht, Bâle 1948; Vetter, G., Beziehungen zwischen Bundeszivilrecht und kantonalem öffentlichem Recht, thèse Zurich 1920; Wackernagel, J., Zur Frage der Grenzziehung zwischen Bundeszivilrecht und kantonalem öffentlichem Recht, Schw. Zentralbl. für Staats- und Gemeindeverw. vol. 28 p. 449ss.

Depuis quelque vingt ans, c'est dans le domaine de la protection des travailleurs que ces rapports ont fait naître les différends les plus nombreux. Aussi, lorsqu'il s'agira de chercher des critères d'interprétation, d'analyser certains arrêts ou d'émettre quelques réflexions de lege ferenda, est-ce vers la législation du travail que s'orientera notre étude.

I. La portée de la réserve statuée par l'art. 6 al. 1 CC

A. Les critères adoptés par le Tribunal fédéral

A quelles conditions le droit public cantonal est-il admissible au regard du droit civil de la Confédération? Le Tribunal fédéral a répondu à cette question avec assez de constance et de précision pour que certains principes se dégagent de sa jurisprudence. Il est vrai, toutefois, qu'il a varié sur un point et qu'il a montré peut-être plus de stabilité dans l'énoncé des principes que dans leur application.

1. Le Tribunal fédéral a d'abord défini le droit public cantonal. Il considère comme tel le droit que les cantons édictent principalement dans l'intérêt public[2]. En d'autres termes, pour qu'une disposition cantonale appartienne au droit public, «il faut que le législateur ait eu premièrement en vue de sauvegarder ou de promouvoir le bien de la collectivité»[3]. Ainsi, parmi les théories appliquées pour distinguer le droit public du droit privé, la Cour suprême s'arrête à celle de l'intérêt en cause, sans d'ailleurs expliquer son choix.

Cependant, constate-t-elle, les dispositions qui visent à satisfaire un besoin collectif créent «envers l'Etat des droits et des devoirs dont la sanction est avant tout assurée... par les moyens de la contrainte administrative et de la peine»[4]. C'est dire que, du moins en règle générale, ces dispositions engendrent des liens entre les individus et l'Etat

[2] RO 58 I 30, 73 I 52, 76 I 314 et 326.
[3] RO 76 I 314.
[4] Eodem loco.

agissant comme gardien de l'intérêt commun. Pour autant, d'après la jurisprudence fédérale, une norme ne relève pas nécessairement du droit public parce qu'elle fait naître des rapports auxquels un organe de l'Etat participe en sa qualité officielle ou qui se nouent entre des sujets dont l'un est subordonné à l'autre. Le Tribunal fédéral précise en effet que le recours aux mesures administratives ou pénales «ne suffit pas à donner à une règle déterminée un caractère de droit public, si elle vise simplement à protéger des intérêts privés»[5]. Il s'écarte[6] donc des théories qui distinguent le droit public du droit privé d'après la qualité des sujets en cause ou l'existence entre eux d'un lien de subordination[7].

2. Selon la jurisprudence fédérale, les dispositions cantonales ne se concilient avec le droit civil de la Confédération que si elles se justifient par des raisons plausibles ou pertinentes d'ordre ou d'intérêt public. Posée dans un arrêt déjà ancien et rappelée à diverses occasions[8], cette exigence n'est pas motivée.

3. D'autre part, dit le Tribunal fédéral, le droit public cantonal ne doit pas éluder le droit privé de la Confédération ni en contredire la lettre ou l'esprit[9]. Sont en particulier incompatibles avec le droit civil fédéral, fussent-elles de droit public, les dispositions cantonales applicables à un domaine d'où la Confédération a entendu bannir toute ingérence des cantons[10]. Toutefois, d'après deux arrêts[11], les prescriptions cantonales de droit public ne peuvent être annulées aussi longtemps que le droit privé fédéral ne les

---

[5] Eodem loco.

[6] A une exception près: RO 51 I 426. Cf. Kämpfer, op. cit. p. 189.

[7] Ce sont, selon la terminologie allemande, la «Subjektstheorie» et la «Subjektionstheorie».

[8] RO 43 I 286, 58 I 178, 61 II 355, 63 I 173, 65 I 80, 70 I 224, 73 I 54, 76 I 314 et 326.

[9] RO 58 I 30, 63 I 173, 64 I 27, 65 I 80, 70 I 224, 73 I 54, 76 I 314 et 326.

[10] RO 42 I 354, 58 I 32, 63 I 173, 64 I 29, 65 I 80 et 70 I 224.

[11] RO 58 I 33 et arrêt Schild non publié du 31 mars 1939.

exclut pas de façon tout à fait claire, «ganz unzweideutig». Par conséquent, suivant cette jurisprudence, le droit public cantonal resterait en vigueur lorsqu'il y aurait un doute sur son admissibilité.

Enfin, aux termes de deux jugements récents[12], pour que des dispositions cantonales de droit public puissent valablement régir une matière soumise au droit privé de la Confédération, il faut qu'elles apparaissent nécessaires eu égard au but d'intérêt général qu'elles visent.

4. A plusieurs reprises[13], le Tribunal fédéral avait décidé que les cantons ne pouvaient utiliser que des moyens de droit public. Il leur avait notamment refusé la faculté de déclarer nuls certains contrats ou d'instituer des règles nouvelles de droit privé, à moins que la législation civile de la Confédération ne les y eût expressément autorisés. Il est cependant revenu sur cette jurisprudence[14], en considérant ce qui suit: «...il serait excessif d'empêcher un canton qui, pour le bien commun, introduit une réforme sociale en harmonie avec le droit privé fédéral, d'en accroître l'efficacité par un moyen de droit civil. Lorsqu'une institution cantonale se concilie avec le droit privé fédéral, la légitimité des moyens mis en œuvre ne doit pas s'apprécier selon des critères purement formels.»

B. Critères proposés

Après cette analyse sommaire des principes de la jurisprudence fédérale, hasardons quelques suggestions.

1. Dans la mesure où il admet l'existence du droit public cantonal à côté du droit civil fédéral, l'art. 6 al. 1 CC consacre la division traditionnelle du droit public et du droit privé. C'est un fait dont doivent tenir compte les interprètes de cette disposition. Il n'importe pas qu'ils approuvent ou non les auteurs qui nient toute différence de nature entre les normes juridiques. Une telle conception ne peut avoir de

[12] RO 76 I 314 et 326.

[13] RO 37 I 46 et 527, 63 I 173, 64 I 28, 65 I 80 et 70 I 224.

[14] RO 73 I 229. Cf. aussi 76 I 314 et 326.

valeur, aux yeux du juriste suisse, que dans le cadre d'une théorie générale du droit. A qui doit appliquer notre loi positive, elle est sans utilité.

Pour délimiter les domaines du droit public et du droit privé, d'aucuns recourent à la théorie des personnes en cause, qui fait rentrer dans le droit public les relations juridiques auxquelles un organe de l'Etat participe en vertu de son imperium. Toutefois, la qualité des sujets en présence ne saurait être la clef de la distinction qu'établit l'art. 6 al. 1 CC entre la législation civile de la Confédération et le droit public cantonal. Si tout rapport de droit qui lie une autorité comme telle appartenait au droit public dans l'acception de l'art. 6 al. 1 CC, les cantons pourraient donner à une norme quelconque un caractère de droit public; à cet effet, il leur suffirait de prévoir des sanctions administratives ou pénales, c'est-à-dire de créer des relations auxquelles un organe de l'Etat prend part en sa qualité officielle. Or, la distinction entre droit public et droit privé, telle que l'admet l'art. 6 al. 1 CC, ne rimerait à rien si le législateur cantonal avait la faculté de qualifier de droit public toutes les règles qu'il édicte. Cette disposition pourrait tout aussi bien statuer, sans plus ample précision, que la législation civile fédérale laisse subsister le droit cantonal, ce qui serait contraire à l'art. 3 CF ainsi qu'à l'art. 51 du Titre final du CC. Au surplus, l'emploi du critère subjectif dans l'application de l'art. 6 al. 1 CC entraînerait peut-être une extension exagérée de l'appareil étatique. En effet, pour éviter que leurs prescriptions ne soient annulées en vertu de la force dérogatoire de la réglementation fédérale, les cantons pourraient être tentés de leur imprimer un caractère de droit public en imposant une intervention officielle dans des cas où elle ne se justifie pas.

La méthode qui se fonde sur l'existence d'un rapport de puissance, celle qui considère comme droit public les dispositions applicables d'office[15] et celle qui assimile ce droit au

[15] Gysin ne connaît aucun cas où cette méthode ne vaudrait pas en droit du travail (Privatrecht und öffentliches Recht im

jus cogens, se heurtent aux mêmes arguments. Aucune d'elles n'empêcherait les cantons d'attribuer librement à leur législation la qualité de droit public.

Faute d'un autre critère efficace, c'est donc avec raison que le Tribunal fédéral a adopté la théorie ulpienne de l'intérêt en jeu, qui tient pour droit public les normes établies dans l'intérêt de la collectivité et pour droit privé celles qui ont égard à l'intérêt des individus. Ce mode de distinction n'est plus guère en honneur aujourd'hui[16]. On lui oppose notamment que l'intérêt général est toujours la somme d'intérêts particuliers et qu'en conséquence, toute règle applicable à plusieurs personnes, c'est-à-dire toute disposition légale, sert à la fois des intérêts collectifs et individuels. Par exemple, lorsque le Tribunal fédéral qualifie de droit public la législation édictée principalement dans l'intérêt commun, on peut lui objecter qu'une telle réglementation favorise non seulement l'intérêt général, mais autant les multiples intérêts privés qui le composent. Il n'en est pas moins vrai qu'une norme peut satisfaire des besoins d'importance variable. Si l'on appelle droit public les dispositions qui sauvegardent des intérêts spécialement dignes d'être protégés et que l'on réserve la dénomination de droit privé aux autres règles, on obtiendra un critère peu précis sans doute, mais tout de même utile.

En général, les normes dont l'Etat contrôle d'office l'application ou punit la violation, appartiendront au droit public dans l'acception de l'art. 6 al. 1 CC. Mais il n'en sera pas nécessairement ainsi[17]. Il se peut que l'autorité veille à l'exécution et sanctionne l'inobservation de règles d'importance secondaire, que la théorie de l'intérêt en cause inclut dans le droit privé. Il advient aussi qu'elle

Arbeitsrecht, Rev. jur. bern. v. 87 p. 60). N'y a-t-il pas lieu de faire une exception lorsqu'il s'agit d'appliquer l'art. 6 al. 1 CC?

[16] Cf. les récentes critiques de Molitor (Über öffentliches Recht und Privatrecht, 1949, p. 30) et de Gysin (op. cit. p. 51ss.).

[17] Nous nous écartons ainsi de l'opinion de Schönenberger, qui combine la théorie de l'intérêt en cause et le critère subjectif (op. cit. p. 78a).

renonce à assurer d'office le respect de prescriptions qui touchent de vastes intérêts et, pour ce motif, relèvent du droit public tel qu'il vient d'être défini[18]. Par exemple, si les individus sont en mesure de faire valoir eux-mêmes les droits que leur accorde la loi, le législateur peut estimer superflu de la faire appliquer d'office.

2. Pour être valables au regard de l'art. 6 al. 1 CC, il ne suffit pas que les dispositions cantonales aient égard à des intérêts qui méritent une sollicitude particulière et que, partant, elles soient censées ressortir au droit public. Supposé que les cantons aient la faculté d'édicter n'importe quelle norme de droit public au sujet de la résiliation du contrat de travail, certaines règles du code des obligations qui visent le même objet pourraient devenir lettre morte. En effet, en recourant à des moyens de droit public tels qu'une surveillance officielle ou la menace de sanctions pénales, les cantons seraient à même de faire prévaloir leur propre législation sur le droit privé de la Confédération. Cela serait inconciliable avec la primauté que l'art. 3 CF attribue au droit fédéral. Il s'agit donc de déterminer jusqu'où peut s'étendre le droit public cantonal sans empiéter à l'excès sur le droit civil fédéral. Pour fixer cette limite, distinguons selon que la réglementation de la Confédération a un caractère exclusif ou non.

a) Certaines prescriptions du droit civil fédéral sont de nature exclusive, c'est-à-dire qu'elles ne souffrent pas d'être précisées ou complétées par le droit cantonal. Or, en vertu de sa prééminence, la législation fédérale prive les cantons du pouvoir d'édicter des dispositions applicables à un objet qu'elle régit d'une façon absolue. Par conséquent, le droit public cantonal n'est valable que s'il gouverne un domaine qui n'est pas soumis de manière exhaustive au droit privé fédéral.

On ne peut juger que de cas en cas, en interprétant les normes fédérales de droit civil, si elles sont exclusives ou

---

[18] Contra Nawiasky, Allgemeine Rechtslehre, 1948, p. 298.

non. Toutefois, en règle générale, la compétence des cantons d'établir des prescriptions de droit public peut être admise plus largement dans les secteurs où la Confédération a également adopté une législation de droit public que dans ceux où elle n'est intervenue que par une réglementation de droit privé. D'autre part, il ressort de la genèse du code civil suisse et du code fédéral des obligations que la plupart des dispositions fédérales de droit privé sur le contrat de travail font une certaine place au droit public cantonal. Dans l'exposé des motifs qu'il a rédigé à l'appui de l'avant-projet du département fédéral de justice et police, Eugène Huber reconnaît que la législation fédérale exige d'être complétée par des normes que les cantons ont la compétence de créer, à condition de ne pas modifier le droit civil comme tel[19]. A titre d'exemple, il prévoit que le législateur cantonal peut prescrire des mesures protectrices des travailleurs. Il accorde même à la réserve statuée en faveur du droit public cantonal, soit à l'actuel art. 6 al. 1 CC, la plus grande importance dans le domaine des réformes sociales. Au surplus, s'il est vrai que le principe de l'autonomie de

[19] P. 32 et 33. Quant au message du 28 mai 1904 du Conseil fédéral, il n'éclaire pas les intentions du législateur. «Nous pouvons nous abstenir, dit-il, de tous commentaires relativement au sens des renvois à la législation cantonale et aux réserves faites en faveur du droit public des cantons, y compris la prohibition du commerce de certaines choses» (p. 14 et 15). Il serait vain de chercher plus de lumière dans les débats des Chambres fédérales. Au Conseil national, le rapporteur de langue allemande, Eugène Huber, n'a parlé de l'art. 8 CC (l'actuel art. 6) que pour expliquer brièvement le sens de son second alinéa et le rapporteur de langue française, Virgile Rossel, s'est borné à affirmer que le maintien des prérogatives cantonales en matière de droit public se justifie pour des raisons évidentes (Bulletin sténographique 1906 p. 1037 et 1040). D'autre part, le rapporteur du Conseil des Etats, Arthur Hoffmann, a passé sous silence la réserve générale statuée en faveur du droit public cantonal, se limitant à commenter sommairement la disposition spéciale qui autorise les cantons à prohiber ou à restreindre le commerce de certaines choses (Bulletin sténographique 1907 p. 115). Au surplus, dans aucune des deux Chambres, l'actuel art. 6 ne suscita quelque discussion.

la volonté domine le droit des obligations, il ne prévaut pas sans partage dans le chapitre du contrat de travail. Les dispositions que contenait à ce sujet le premier code des obligations étaient déjà complétées par des réglementations fédérales et cantonales de droit public. Par conséquent, dès avant l'unification de tout le droit privé, la législation du travail se caractérisait comme une réglementation protectrice des employés. D'où l'on peut supposer que les auteurs du code civil suisse et du code des obligations revisé n'étaient pas hostiles en principe aux interventions du législateur cantonal en faveur des salariés[20] et qu'in dubio, en matière de rapports de travail, le droit privé fédéral n'est pas de nature exclusive.

MM. Schönenberger[21] et Schweingruber[22] ont examiné quelles dispositions du code des obligations sur le contrat de travail admettent on refusent d'être complétées par le droit public cantonal. Il serait sans doute peu utile de refaire ici la même étude. Qu'il suffise de rappeler certaines des conclusions généralement concordantes de leurs recherches. A leur avis, l'art. 321 sur le règlement de travail, l'art. 336 relatif au travail supplémentaire et à sa rémunération, l'art. 339 qui oblige l'employeur à veiller à la santé de son personnel, les art. 150 et 340 concernant les retenues de salaire et la compensation du salaire avec une créance du patron, l'art. 341 qui a trait au repos de l'employé, de même que l'art. 342 prévoyant la délivrance d'un certificat ne s'opposent pas à leur renforcement par des prescriptions de droit public cantonal. En revanche, ces auteurs inclinent à attribuer un caractère exclusif à l'art. 339 qui fixe le terme de paiement du salaire, ainsi qu'aux art. 347 et suivants applicables à la résiliation et à ses délais.

b) Lorsqu'il tolère d'être complété, le droit privé fédéral laisse-t-il aux cantons toute latitude d'adopter des dispositions de droit public dans le secteur auquel il s'applique?

[20] Kämpfer, op. cit. p. 196.
[21] Op. cit. p. 84a ss.
[22] Op. cit. p. 170 ss.

En outre, la législation cantonale de droit public peut-elle régir librement les objets que ne réglemente pas le droit civil de la Confédération? En d'autres termes, quelle est l'étendue de la compétence cantonale dans les domaines où le législateur fédéral n'intervient pas d'une manière exclusive ou qu'il ignore? Par exemple, aucune disposition du droit privé fédéral n'ayant trait aux vacances des employés, faut-il en déduire que les cantons peuvent imposer aux employeurs, par des règles de droit public, l'obligation d'accorder des vacances à leur personnel et de le rémunérer pendant leur durée ?

En principe, les cantons ont la faculté de soumettre à leur droit public les matières que le droit civil de la Confédération ne gouverne pas exhaustivement ou qu'il s'abstient de viser. Sinon, la réserve de l'art. 6 al. 1 CC, à laquelle les auteurs de l'avant-projet assignaient une grande importance, n'aurait pas de sens. Toutefois, la compétence du législateur cantonal est restreinte lorsqu'il limite la liberté contractuelle.

Sans doute, si le droit privé fédéral n'a pas un caractère exclusif, les cantons doivent-ils pouvoir déroger, du moins dans une certaine mesure, au principe de l'autonomie de la volonté. En effet, toutes les fois que le législateur cantonal adopte une disposition de droit public en faveur des salariés, il empiète nécessairement sur la faculté des parties au contrat de travail d'en arrêter le contenu, c'est-à-dire qu'il porte atteinte à l'autonomie de leur volonté. Par conséquent, en refusant aux cantons le droit de restreindre cette autonomie, on les empêcherait d'édicter des règles protectrices des travailleurs, ce qui impliquerait que les normes du droit civil fédéral sur le contrat de travail sont toutes exhaustives. Or, la plupart d'entre elles — nous venons de l'admettre — sont d'une autre nature.

Mais on ne saurait non plus reconnaître à la législation cantonale de droit public le pouvoir illimité de réduire la liberté contractuelle dans les domaines que ne régit pas exclusivement le droit privé fédéral. Si la Confédération

renonce à légiférer sur un objet déterminé ou à donner un caractère exhaustif à sa réglementation, c'est parfois, sinon toujours, pour que les individus puissent modeler à leur gré leurs relations juridiques. L'extension sans frein du droit public cantonal aboutirait ainsi à supprimer l'autonomie de la volonté précisément dans les secteurs où le législateur fédéral entendait la conserver. Autrement dit, un des buts du droit privé fédéral serait éludé.

Il s'agit donc d'harmoniser le développement du droit public cantonal avec la sauvegarde de la liberté contractuelle. La solution de ce problème difficile peut résulter, semble-t-il, de la comparaison des intérêts en présence[23]. Tentons de le démontrer.

Quand il édicte une norme, tout législateur pèse les intérêts qu'elle est destinée à protéger. Selon leur plus ou moins grande importance, il créera du droit public ou privé. Or, ce qui est vrai lorsque n'importe quel législateur exerce sa compétence, doit l'être aussi au cas où les cantons, conformément à l'art. 6 al. 1 CC, statuent des règles de droit public en marge du droit civil fédéral. Il n'y a aucune raison plausible pour qu'en cette occurrence, le législateur cantonal ait des droits plus ou moins étendus que tout autre législateur. Il paraît donc logique de lui reconnaître la faculté d'établir une réglementation de droit public dans l'hypothèse où le ferait normalement un autre législateur, c'est-à-dire lorsque la comparaison des intérêts en cause le justifie. D'où l'on peut tirer une double conclusion: si la législation cantonale de droit public tend à satisfaire un besoin plus important que le maintien de l'autonomie de la volonté, elle bénéficiera de la réserve de l'art. 6 al. 1 CC; en revanche, s'il est plus opportun de préserver la liberté contractuelle que d'admettre la validité des normes cantonales qui la violent, c'est en vain que l'autorité dont elles émanent se prévaudrait de la disposition précitée. En cas de doute sur la prépondérance de l'un ou l'autre des intérêts

---

[23] Kämpfer, op. cit. p. 202.

en jeu, il n'y a pas lieu de donner le pas au droit cantonal sur le droit fédéral ou inversement, tous deux se trouvant au même rang.

Une telle balance d'intérêts n'est pas un critère précis. On objectera qu'elle oblige le juge à faire œuvre de politicien plus que de juriste. Mais ce ne serait pas le seul cas où il devrait fonder sa décision sur des facteurs étrangers à la technique du droit. Par exemple, lorsqu'il qualifie une norme en vertu de la théorie de l'intérêt en cause, il s'appuie sur des notions qui ne ressortissent pas exclusivement à la science juridique. De même, s'il statue sur la revision d'une décision administrative, il doit peser deux besoins contradictoires, l'opportunité d'adapter le droit aux changements de faits et le souci de maintenir les situations acquises[24]. Cela n'implique pas d'ailleurs que, dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation, il tiendra compte uniquement de ses idées personnelles. Certes, il ne pourra s'en abstraire entièrement. Il s'efforcera cependant d'avoir égard à un élément objectif, soit aux conceptions que révèle l'orientation générale du droit positif.

Comme ces conceptions varient, la jurisprudence ne sera pas immuable. De plus en plus, le principe de l'autonomie de la volonté est battu en brèche. Par conséquent, dans la comparaison des intérêts en jeu, ce principe a moins de poids aujourd'hui qu'il y a quelques décennies. En raison des atteintes que le législateur ne cesse de porter au libéralisme économique, le juge sera peut-être amené à reconnaître la validité de dispositions cantonales de droit public qui, auparavant, lui auraient paru incompatibles avec le droit privé de la Confédération. Par exemple, si une loi fédérale accorde un nouvel avantage à telle catégorie de travailleurs, il se peut que le Tribunal fédéral, revenant sur une jurisprudence précédente, admette qu'une loi cantonale fasse bénéficier de la même faveur d'autres salariés.

---

[24] RO 56 I 194, 74 I 433 et 75 I 285.

C. Critères écartés

1. Plusieurs arrêts[25] font dépendre la validité du droit cantonal non seulement de son appartenance au droit public selon le critère de l'intérêt en cause, mais encore de sa justification par des motifs plausibles ou pertinents d'ordre ou d'intérêt public. La première de ces conditions rend la seconde superflue. D'après la théorie qui tient compte de l'importance des intérêts en présence, la législation cantonale ne relève du droit public que si elle tend à satisfaire des besoins spécialement dignes de protection. Or, on ne conçoit guère qu'elle puisse répondre à cette exigence sans que des motifs plausibles d'ordre ou d'intérêt public la légitiment.

2. On peut se demander si les cantons n'ont pas le droit de prescrire par une loi ce qu'ils peuvent imposer en donnant à un contrat collectif de travail force obligatoire générale[26]. Dans l'affirmative, les prérogatives cantonales seraient des plus vastes en ce qui concerne les rapports de travail. Toutefois, si les arrêtés fédéraux de 1941 et 1943 autorisent les cantons à rendre généralement obligatoires des contrats collectifs qui peuvent déroger au droit civil dispositif de la Confédération, ils ne le font qu'à des conditions déterminées. On ne saurait déduire de ces actes législatifs qu'il est loisible aux cantons, sans observer les mêmes conditions, d'édicter des règles de droit public qui s'écartent dans une égale mesure de la réglementation civile fédérale. D'autre part, la genèse de la loi et de la déclaration de portée générale, leur champ d'application, les motifs de leur abrogation ainsi que leurs effets sont si différents que la compétence de soumettre l'ensemble d'une profession aux clauses d'un contrat collectif n'implique pas celle d'adopter les mêmes

---

[25] Supra p. 296.

[26] Dans un avis de droit concernant la loi genevoise de 1949 sur l'indemnisation des jours fériés, M. le prof. H. Huber s'est posé cette question, que M. le prof. H. Zwahlen a résolue négativement dans une consultation relative à la même loi.

dispositions dans une loi applicable à tous les sujets de droit d'un canton[27].

3. Avec raison, la jurisprudence fédérale a renoncé à exiger du législateur cantonal qu'il se borne à recourir à des moyens de droit public[28]. Une loi cantonale peut autoriser les individus à faire valoir leurs droits par les voies civiles ordinaires, sans empiéter nécessairement sur le droit privé fédéral. D'ailleurs, si le respect des normes cantonales ne pouvait être assuré que par des procédés de droit public, les individus supporteraient l'inconvénient et les cantons la charge d'inutiles contrôles.

4. Le Tribunal fédéral distingue les fins visées par la législation cantonale et les moyens dont elle se sert pour y parvenir. S'il lui suffit que des motifs plausibles d'intérêt public justifient le *but* des prescriptions cantonales, il exige que les cantons, dans la mesure où ils régissent une matière soumise au droit privé fédéral, n'usent que des *moyens* nécessaires pour atteindre leurs fins[29]. Les conséquences que la jurisprudence fédérale tire de cette distinction entre le but et les moyens paraissent restreindre la compétence cantonale plus que ne l'exige le droit privé de la Confédération.

De deux choses l'une: ou bien ce droit s'applique de façon exclusive à un domaine déterminé, ou bien il n'a pas un caractère exhaustif et laisse place au droit cantonal. Dans la première éventualité, les cantons sont privés de la faculté de légiférer sur les objets visés par le droit fédéral. En revanche, dans la seconde, il leur est loisible de réglementer, par des dispositions de droit public, les situations déjà gouvernées par le droit civil de la Confédération. Comme nous nous sommes efforcé de le démontrer[30], leur compétence n'est alors réduite que dans la mesure où la sauvegarde de l'autonomie de la volonté, c'est-à-dire la

---

[27] RO 65 I 255: «...si la déclaration fait loi, elle n'est pas une loi».

[28] Supra p. 297.

[29] Supra p. 297.

[30] Supra p. 304.

comparaison des intérêts en cause le justifie. Mais en empêchant les dispositions cantonales de prévoir tout moyen que leur but ne nécessite pas, la jurisprudence fédérale limite leur champ d'application plus étroitement que nous ne l'avons fait. Elle semble fondée sur l'idée que le législateur fédéral ne tolère qu'exceptionnellement les empiétements du droit public cantonal. Au contraire, lorsque le droit civil fédéral n'est pas de nature exclusive, il admet en principe que les cantons régissent les mêmes domaines que lui.

Au surplus, la distinction entre but et moyens est-elle applicable sans quelque arbitraire? Toutes les normes ne sont-elles pas à la fois but et moyen? La disposition qui contraint le patron à payer le salaire de ses employés pendant leurs vacances a un but en elle-même: compenser la perte de gain que les travailleurs subiraient peut-être sans l'intervention du législateur. Mais elle constitue aussi un moyen en tant qu'elle permet aux salariés de prendre du loisir et d'en jouir.

D'ailleurs, la jurisprudence fédérale n'observe pas toujours strictement l'exigence d'un rapport de nécessité entre les voies utilisées par le législateur cantonal et les fins auxquelles il tend. Elle admet actuellement que les cantons, même s'ils édictent des prescriptions de droit public dans un domaine soumis au droit civil fédéral, se servent de moyens de droit privé[31]. Or, le recours à de tels procédés n'est jamais indispensable. Par exemple, pour assurer le respect des lois cantonales sur les vacances payées, point n'est besoin que les travailleurs puissent faire valoir une prétention civile devant les tribunaux ordinaires; il suffit que l'Etat intervienne par des contrôles, des mesures administratives ou des sanctions pénales. Néanmoins, en l'occurrence, le Tribunal fédéral admet la légitimité de certains moyens de droit privé que les règles cantonales mettent à la disposition des individus[32].

---

[31] Supra p. 297.

[32] RO 73 I 229.

D. Conclusions

Selon la jurisprudence fédérale, pour que le droit cantonal soit admissible au regard de l'art. 6 al. 1 CC, il faut: 1. qu'il ait été édicté principalement dans l'intérêt public; 2. qu'il se justifie pour des raisons plausibles d'ordre public; 3. qu'il n'élude pas le droit privé fédéral et n'en contredise ni la lettre ni l'esprit. En ce qui nous concerne, nous avons subordonné la validité du droit cantonal aux conditions suivantes: 1. il doit appartenir au droit public selon la théorie de l'intérêt en cause; 2. viser des rapports que le droit civil de la Confédération ne régit pas de façon exclusive; 3. tendre à satisfaire un besoin plus important que celui de sauvegarder l'autonomie de la volonté. Nous avons donc retenu le premier critère posé par la Cour supérieure, abandonné le deuxième et précisé le dernier. De plus, contrairement à la jurisprudence fédérale, nous n'exigeons pas que la législation cantonale ne prévoie que des moyens nécessaires pour parvenir à son but, lorsqu'elle s'applique à un domaine gouverné par le droit privé fédéral.

L'examen de quelques arrêts illustrera en quoi nos conceptions se rapprochent de celles du Tribunal fédéral et sur quels points elles s'en séparent.

II. Cas d'espèce

Les décisions analysées ci-après ont été choisies en raison de la parenté de leur objet. Toutes ont trait, en effet, à des dispositions cantonales de droit public qui imposent aux employeurs l'obligation d'indemniser les travailleurs durant les vacances et les jours fériés.

A. La loi bâloise de 1931 sur les vacances payées (arrêt Rapp)[33]

Cette loi accorde à tous les salariés occupés dans le demi-canton de Bâle-Ville, sous réserve de certaines exceptions et des prescriptions contraires de la législation fédérale, le

[33] RO 58 I 26.

bénéfice de vacances payées. Le Tribunal fédéral a écarté le recours interjeté contre elle.

Il constate que la plupart des travailleurs ne pourraient pas profiter de leurs vacances s'ils ne recevaient aucun salaire pendant ce temps. Par conséquent, à son avis, qu'elles obligent l'employeur à octroyer des vacances à son personnel ou à l'indemniser de sa perte de gain, les normes attaquées sont toutes imposées dans l'intérêt de l'ordre et de la santé publics et relèvent ainsi du droit public.

L'arrêt étudie ensuite les rapports de la réglementation litigieuse avec le droit privé fédéral. Il pose en principe que, si une réglementation cantonale de droit public s'applique à des domaines régis par le droit civil de la Confédération, elle ne doit en contredire ni le sens ni l'esprit. Il en déduit que les cantons peuvent soumettre les rapports de travail à des dispositions de droit public dans la mesure seulement où la législation fédérale ne protège pas de façon exclusive les intérêts de la communauté. Or, il admet qu'en règle générale, le droit fédéral des obligations ne fait pas obstacle aux prescriptions cantonales édictées dans la branche des arts et métiers, quand bien même il en résulte une limitation de la liberté de conclure un contrat de travail. Il va jusqu'à tenir pour valables de telles prescriptions, à moins que le droit fédéral ne s'y oppose de manière claire et nette. Comme les normes cantonales sur l'octroi de vacances payées ne lui ont pas paru exclues par le code des obligations, le Tribunal fédéral a refusé d'annuler la loi contestée. Toutefois, ainsi qu'il a pris soin de le préciser, cette décision ne signifie pas qu'un canton pourrait, sans violer le principe de la force dérogatoire du droit fédéral, imposer des vacances payées de n'importe quelle durée.

Pour qualifier la loi bâloise de réglementation de droit public, la Cour supérieure s'est fondée sur le critère des intérêts en jeu. Son argumentation prête à la controverse. On peut faire observer que les dispositions entreprises ont été établies en faveur de certains salariés plutôt qu'au profit de la collectivité. Si le législateur cantonal n'avait pas obligé

les employeurs à accorder des vacances payées à leur personnel, il n'en serait résulté vraisemblablement aucun préjudice pour l'Etat. En effet, les travailleurs ne lui auraient sans doute pas demandé de faire les prestations auxquelles leurs patrons se refusaient. En revanche, l'inaction du législateur aurait atteint directement tous les salariés que leurs employeurs ne faisaient pas bénéficier de vacances payées. Toutefois, il ne s'ensuit pas que les prescriptions litigieuses appartiennent au droit privé selon la théorie de l'intérêt en cause. Si oui, il en serait de même de la plus grande partie de la réglementation protectrice des employés et, en vertu de la primauté du droit civil fédéral, les cantons seraient dépouillés presque totalement du droit de légiférer en leur faveur. On aboutirait ainsi à une solution contraire non seulement aux intentions des auteurs de l'avant-projet de code civil, mais au sens que la doctrine et la jurisprudence ont constamment donné à l'art. 6 al. 1 CC[34]. C'est pourquoi il faut bien plutôt considérer que les règles attaquées favorisent un cercle étendu d'individus, qu'elles leur accordent un avantage très appréciable, que nombre de travailleurs ne bénéficieraient pas, sans elles, de vacances payées, que les sanctions dont elles menacent sont un indice de leur importance, bref qu'elles ont égard à des intérêts particulièrement dignes d'être protégés. Aussi, quoique avec une certaine hésitation, peut-on approuver le Tribunal fédéral de leur avoir attribué le caractère de droit public. Cependant, quand il soutient que l'octroi de vacances payées se justifie pour des raisons de santé publique, on peut se demander s'il porte l'accent sur l'aspect le plus important du problème. Admettons que la généralisation de cette mesure sociale ait pour effet de réduire le nombre des maladies[35]. Il n'en est pas moins vrai que certains individus

---

[34] Supra p. 301 et 302.

[35] Ce n'est pas incontesté. Dans le rapport qu'il a présenté à la Chambre de droit public au sujet de la loi genevoise de 1949 sur l'indemnisation des jours fériés, M. le juge fédéral Couchepin a observé que, «si l'on faisait une statistique établissant le niveau

jouissent de vacances et sont toujours fatigués alors que d'autres s'en passent et ne s'en trouvent pas plus mal[36]. En réalité, il s'agit surtout d'un avantage moral et matériel accordé aux salariés.

Dans sa seconde partie, la décision analysée considère que, faute d'être exclue clairement par le droit civil fédéral, la loi bâloise est admissible. Cette affirmation mériterait d'être nuancée. Si les cantons pouvaient édicter librement des dispositions de droit public dans tous les domaines que le législateur fédéral n'a pas manifesté l'intention de régir, ils auraient la faculté de porter atteinte à la liberté contractuelle dans les cas mêmes où le droit fédéral entendait la respecter[37]. En relevant qu'il n'est pas loisible aux cantons de prescrire valablement des vacances payées de n'importe quelle durée, le Tribunal fédéral s'est d'ailleurs rendu compte que, même dans les secteurs où la Confédération n'est pas intervenue, la compétence cantonale d'établir des règles de droit public n'est pas illimitée. Mais il n'a pas fixé la frontière jusqu'où peut s'étendre l'activité législative des cantons.

Malgré ces réserves, la solution adoptée se justifie d'après les critères que nous avons proposés. Conformément à la théorie de l'intérêt en cause, la loi bâloise appartient au droit public. En outre, elle ne s'applique pas à un domaine que le droit privé de la Confédération gouverne de façon exhaustive. Enfin, les intérêts qu'elle tend à favoriser paraissent plus importants que la sauvegarde de l'autonomie de la volonté: d'une part, pour les travailleurs visés par les dispositions attaquées, c'est un précieux avantage que de jouir de vacances payées; d'autre part, l'expérience a montré qu'un canton peut imposer une telle mesure sans compromettre la situation de son économie.

moyen de la santé des ouvriers et de leur longévité avant et après l'introduction des vacances payées, il n'y aurait pas un millimètre de différence dans la courbe».

[36] Les névroses ne sont-elles pas plus fréquentes dans le monde des oisives que chez les ouvrières d'usine?

[37] Supra p. 303 et 304.

B. La loi genevoise de 1934 modifiant la législation sur les jours de fêtes légales

(arrêt Ateliers des Charmilles)[38]

En décrétant le 1er juin jour férié, cette loi interdisait toute déduction de salaire pour les féries légales. Une entreprise genevoise a fermé ses usines le 1er juin mais a refusé de rémunérer ce jour-là ceux de ses ouvriers qui travaillaient à l'heure ou aux pièces. Condamnée par un tribunal de prud'hommes à payer une indemnité correspondante au salaire d'une journée de travail, elle recourut au Tribunal fédéral avec succès.

La Cour compara d'abord la loi genevoise aux dispositions bâloises qui avaient été reconnues valables. Elle a distingué les vacances qui, non payées, deviendraient pour beaucoup de travailleurs un luxe irréalisable, et le jour férié durant lequel les employés peuvent se reposer, comme le dimanche, même sans recevoir de salaire. Elle semble avoir contesté aux prescriptions attaquées, sinon en termes exprès du moins implicitement, le caractère d'une législation de droit public.

Le Tribunal fédéral reproche ensuite au texte en cause d'empiéter d'une manière inadmissible sur le domaine du droit privé, que l'art. 64 CF soumet à la compétence législative de la Confédération. Il infère a contrario des art. 334 et 336 CO qu'en principe, le salaire n'est dû qu'en retour d'un travail fourni. A son avis, cette règle serait confirmée par l'exception que l'art. 335 CO statue en faveur des employés engagés à long terme et empêchés de travailler sans leur faute. En conséquence, il estime que «le législateur a déterminé ainsi lui-même la mesure dans laquelle l'intérêt des salariés et partant l'intérêt public de la communauté méritait une protection spéciale quant au paiement du salaire, ce qui exclut le droit des cantons de s'ingérer dans cette réglementation».

---

[38] RO 61 II 353.

Ces considérants appellent des observations. Si l'on distingue le droit public du droit privé d'après la théorie de l'intérêt en jeu, est-il exact de rattacher la loi bâloise au premier et la loi genevoise au second? Par des moyens identiques, toutes deux visent à faire bénéficier les employés d'un salaire durant une période où ils ne travaillent pas. Nous voulons bien croire que l'octroi de vacances contribue plus que l'institution de jours fériés à améliorer la santé publique. Mais les féries, qu'elles favorisent la célébration de fêtes religieuses, les réunions de famille ou l'exercice des sports, sont-elles moins bienfaisantes que les vacances? Il faut admettre aussi que les travailleurs peuvent se passer plus facilement de leur gain à l'occasion des jours fériés que pendant les vacances. Toutefois, cette différence paraît être de degré plutôt que de nature. En tout cas, elle semble moins importante que les similitudes qui existent entre les réglementations bâloise et genevoise. Pour la plupart des individus, les féries sont de courtes vacances. Si le paiement du salaire durant une ou deux semaines de vacances est un avantage particulièrement important pour les salariés, il en est de même de l'indemnisation de six ou huit jours fériés. Aussi peut-on attribuer à l'une et l'autre mesures un caractère identique et, pour les motifs développés au sujet de l'arrêt Rapp, les ranger dans la catégorie du droit public.

En tant qu'il déclare les règles entreprises contraires au droit civil fédéral, le jugement Ateliers des Charmilles n'est pas à l'abri des réserves. On cherche vainement, parmi les articles du code des obligations sur le contrat de travail, quelque disposition qui exclue la loi genevoise. Sans doute peut-on déduire des art. 334 et 336 CO le principe que le salaire n'est dû qu'en échange de services. Mais ces normes sont de droit privé et la règle qu'en tire le Tribunal fédéral vaut dans le cadre de ce droit. Prétendre qu'elle a une portée plus vaste et que le droit public cantonal ne peut y déroger valablement, c'est prêter au législateur fédéral une intention qu'il n'a probablement pas eue et qu'en tout

cas il n'a pas manifestée. En effet, lors de l'adoption du code des obligations revisé, les travailleurs étaient déjà protégés par des prescriptions cantonales de droit public. Or, loin de vouloir porter atteinte à cette législation, les auteurs de l'avant-projet de code civil ont adopté la réserve de l'art. 6 al. 1 CC et relevé l'importance de cette disposition dans le domaine des réformes sociales. C'est pourquoi nous avons admis qu'in dubio, en matière de rapports de travail, le droit fédéral n'est pas de nature exclusive[39]. Autrement dit, pour que la réglementation du contrat de travail par le code des obligations prive les cantons du pouvoir de soumettre à des normes de droit public les relation entre employeurs et employés, il faudrait que le législateur fédéral eût imprimé clairement un caractère exclusif aux dispositions qu'il a édictées. Mais, ni dans leur lettre ni dans leur esprit, les art. 334 et 336 CO ne paraissent exhaustifs. L'interprétation a contrario à laquelle recourt le Tribunal fédéral est donc fragile.

Toutefois, cela ne signifie pas encore que la loi genevoise soit admissible selon les critères que nous avons retenus. Pour se prononcer sur ce point, il s'agirait de comparer les intérêts qu'elle cherche à protéger et l'utilité de maintenir la liberté contractuelle. Une telle confrontation suppose la connaissance de faits qui nous échappent, soit en particulier de la situation de l'économie genevoise en 1934, des avantages dont les travailleurs bénéficiaient alors en vertu de contrats individuels ou collectifs, et des charges qu'à cette époque, le patronat était en mesure de supporter.

C. La loi soleuroise de 1938 concernant la fête fédérale et les autres jours commémoratifs (arrêt Schild)[40]

Aux termes de cette loi, l'après-midi du 1er août est fériée et la perte de salaire subie durant le congé doit être

[39] Supra p. 301 et 302.

[40] Cet arrêt n'est pas publié au recueil officiel, mais résumé dans Zentralbl. für Staats- und Gemeindeverw. v. 40 p. 237ss.

compensée. Alors que la 1ère Cour civile avait statué au sujet de la loi genevoise, c'est la Chambre de droit public qui a examiné la compatibilité de la loi soleuroise avec le droit fédéral. Et c'est peut-être leur composition différente qui explique qu'elles se soient prononcées en sens contraire. En effet, quoique les dispositions genevoises prescrivant le paiement du salaire les jours fériés aient été jugées inconciliables avec le droit civil fédéral, les règles soleuroises qui imposent une prestation analogue ont été tenues pour admissibles.

En qualifiant ces dernières de droit public, le Tribunal fédéral considère qu'elles visent un but d'intérêt général: faire participer tous les citoyens à l'anniversaire de la naissance de la Confédération. D'autre part, comme dans l'arrêt Rapp, il admet que le droit civil fédéral laisse place, même dans le domaine des salaires, à une réglementation cantonale de droit public. Contrairement à l'opinion qu'il avait émise dans le jugement Ateliers des Charmilles, il conteste que l'art. 335 CO régisse de façon exhaustive la question de la rémunération du travailleur en l'absence de contre-prestation de sa part. Il pose bien plutôt le principe que, pour exclure le pouvoir des cantons d'édicter une législation de droit public, le droit privé de la Confédération doit manifester l'intention, sinon expressément du moins d'une manière non équivoque, de sauvegarder la liberté contractuelle. Et l'arrêt Schild de constater que le code des obligations ne s'oppose pas à une loi cantonale qui prescrit l'indemnisation de l'après-midi férié du 1er août.

Sans doute le Tribunal fédéral s'est-il efforcé d'harmoniser les motifs des décisions différentes qu'il a rendues à propos des lois genevoise et soleuroise. Il a jugé que la seconde était destinée à permettre à tous les citoyens de prendre part à la fête nationale et que, pour atteindre son but, elle devait prévoir l'indemnisation de la demi-journée fériée. En revanche, il estima que la décision des autorités genevoises d'instituer le 1er juin jour férié n'exigeait pas la compensation de la perte de salaire subie par les travailleurs.

Cette argumentation n'est pas tout à fait convaincante. D'abord, pour les raisons développées plus haut[41], on peut ne pas tenir pour décisive l'existence d'un rapport de nécessité entre le moyen utilisé par le législateur cantonal (l'indemnisation du temps de chômage) et le but qu'il s'est assigné (favoriser la participation des employés à des cérémonies officielles). De plus, s'il est vrai que les textes litigieux ne sont pas exactement semblables, leur différence permet-elle de juger l'un admissible et l'autre sans valeur au regard du droit civil fédéral? Nous en doutons. Certes, la loi soleuroise ne prévoit que l'indemnisation du 1er août, tandis que la loi genevoise, tout en décrétant le 1er juin jour férié, interdisait les déductions de salaire pour n'importe quelle férie. Mais si les ouvriers soleurois ont besoin de leur gain pour célébrer avec ferveur l'anniversaire national, leurs camarades genevois peuvent-ils se passer plus facilement du leur à Noël, à Nouvel-An et aux fêtes de Pâques? Ne doit-on pas admettre que, ces jours-là, qui sont l'occasion de réunions de famille et d'échange de cadeaux, c'est-à-dire de dépenses supplémentaires, les employés ne se récréeront pas sans arrière-pensée s'ils sont privés de leur salaire?

Au demeurant, la loi soleuroise satisfait aux conditions de validité du droit public cantonal, telles que nous les avons posées. Parce qu'elle tend à encourager la participation des salariés à une fête patriotique, on peut estimer qu'elle appartient au droit public selon la théorie de l'intérêt en cause. En outre, elle ne s'applique pas à un domaine que le droit privé fédéral entend régir exclusivement. Enfin, les charges qu'elle impose à l'économie cantonale paraissent légères. C'est dire que son but est plus important que la sauvegarde de l'autonomie de la volonté.

---

[41] Supra p. 307 et 308.

D. La loi genevoise de 1949 sur l'indemnisation des jours fériés

(arrêt Fédération des syndicats patronaux)[42]

Selon l'art. premier de cette loi, les employeurs sont tenus d'indemniser, à concurrence de huit jours par an, ceux de leurs employés et de leurs apprentis dont le gain est réduit par suite de l'observation de jours fériés légaux ou de jours chômés contractuellement. Saisie d'un recours, la Chambre de droit public a décidé de demander à la 1ère Cour civile, conformément à l'art. 16 OJF, l'autorisation de déroger à l'arrêt Ateliers des Charmilles. Cette cour ayant confirmé sa jurisprudence, les deux chambres se sont réunies en séance commune. Faute d'avoir obtenu l'autorisation qu'elle avait requise, la Chambre de droit public admit le recours et annula la loi de 1949 ainsi qu'un règlement d'application.

Ce dernier arrêt rappelle les trois conditions dont la jurisprudence fédérale fait dépendre la validité des dispositions cantonales de droit public: il est d'abord nécessaire qu'elles ressortissent au droit public, c'est-à-dire qu'elles aient été édictées principalement dans l'intérêt général; il faut ensuite qu'elles se justifient par des motifs d'intérêt public pertinents, plausibles; enfin, elles ne doivent pas éluder le droit civil fédéral ni en contredire la lettre ou l'esprit.

La Chambre de droit public admet que les cantons ont la compétence de décréter des jours fériés. En revanche, dit-elle, «l'obligation d'indemniser un employé travaillant à la journée, à l'heure ou à la tâche pour le gain perdu à raison d'une cessation de travail légale ou contractuelle sera de droit public si, sans cette indemnisation, le but de l'institution des jours chômés ne peut être atteint». Or, estimant que les travailleurs peuvent jouir des féries sans être dédommagés de leur perte de salaire, c'est-à-dire que le résultat recherché peut être atteint sans le moyen utilisé, le Tribunal fédéral conclut que la réglementation attaquée

[42] RO 76 I 314.

vise à créer une obligation de droit privé et viole le principe de la force dérogatoire du droit fédéral.

Il est inutile de reprendre ici les arguments que nous avons déjà opposés à la distinction que la jurisprudence fédérale établit entre le but et moyen[43]. La décision qui vient d'être résumée met en évidence le caractère incertain de cette discrimination. Lorsque la Chambre de droit public considère l'institution des jours fériés comme un but et le paiement du salaire comme un moyen, elle s'écarte des intentions du législateur cantonal. Le but de la loi genevoise de 1949 n'était pas de créer de nouvelles féries, mais de faire bénéficier les travailleurs de leur salaire habituel pendant les jours chômés[44]. Or, selon les critères qu'applique le Tribunal fédéral, ce but était admissible si des motifs plausibles et pertinents d'ordre public le justifiaient. Point n'était besoin qu'il eût le caractère de nécessité que lui conteste l'arrêt attaqué. D'ailleurs, quoi qu'il en soit, il ne paraît pas moins nécessaire de rémunérer les ouvriers genevois durant les jours fériés que d'indemniser les travailleurs soleurois pour la perte de gain qu'ils subissent l'après-midi du 1er août.

A notre avis, la législation attaquée aurait pu être tenue pour valable, du moins dans ses principes. Comme la loi genevoise de 1934 et pour les mêmes raisons, elle relève du droit public. D'autre part, le droit civil fédéral n'exclut pas une réglementation cantonale sur l'indemnisation des jours fériés. Assurément, il n'est pas aisé de décider si les intérêts que les dispositions entreprises tendent à favoriser prévalent sur l'utilité de sauvegarder la liberté contractuelle. Une réponse affirmative semble toutefois justifiée. Aujourd'hui,

---

[43] Supra p. 307 et 308.

[44] C'était du moins son but principal. «La loi attaquée, dit le Tribunal fédéral, n'interdit pas — du moins directement — aux employeurs de faire travailler leurs employés pendant les jours fériés légaux ou contractuellement chômés. Elle ne modifie pas à cet égard l'état de choses existant, tel qu'il résulte de la loi ou des conventions» (RO 76 I 315).

dans une trentaine de pays, les travailleurs sont rétribués en vertu de la loi durant les jours fériés. En Suisse, de nombreux contrats collectifs leur accordent cet avantage; plus de cent d'entre eux sont en vigueur dans le seul canton de Genève. Aux termes d'une décision du 17 janvier 1947, le Tribunal arbitral horloger a jugé «équitable d'accorder aux ouvriers horlogers la satisfaction d'un besoin social si généralement reconnu». S'il est vrai que le dernier projet d'une loi fédérale sur le travail ne contient pas de dispositions semblables à celles de la loi genevoise de 1949, le Conseil national avait toutefois adopté le 5 avril 1946 un postulat relatif à l'obligation d'indemniser les jours fériés[45]. D'autre part, l'art. 15 al. 1 de la loi fédérale du 6 mars 1920 concernant la durée du travail dans l'exploitation des chemins de fer et autres entreprises de transport et de communications, statue que «Les entreprises sont tenues de payer les salaires pour les jours de repos et les vacances prescrits par la présente loi». Bref, l'indemnisation des féries est une mesure que réclament l'ensemble des salariés et qui s'introduit de plus en plus dans les conventions privées aussi bien que dans les dispositions légales. Elle répond de surcroît à un besoin qui peut être qualifié prépondérant. En effet, les charges que la loi genevoise eût imposées à l'économie cantonale auraient été d'autant moins intolérables qu'une grande partie des associations d'employeurs les avaient déjà acceptées par contrats collectifs[46].

---

[45] Il s'agit du postulat Moser ainsi rédigé: «La majeure partie des salariés subissent une perte de salaire chaque fois qu'un jour férié officiel ou à caractère local tombe un jour de semaine. Le Conseil fédéral est invité à examiner s'il n'y aurait pas lieu d'édicter des prescriptions obligeant les employeurs dans le commerce, l'industrie, l'artisanat et les entreprises de transport à payer le salaire pour ces jours fériés.»

[46] Sur ces questions, que nous ne pouvons qu'aborder, nous renvoyons au rapport présenté à la Chambre de droit public par M. le juge Couchepin.

III. De lege ferenda

Telle que l'interprète maintenant le Tribunal fédéral, la réserve de l'art. 6 al. 1 CC n'ouvre plus de vastes perspectives au législateur cantonal, du moins dans le domaine des rapports de travail. Sans doute la jurisprudence n'empêche-t-elle pas les cantons de protéger les salariés par des dispositions de droit public sur l'hygiène, la durée du travail, le repos dominical ou les allocations familiales. Toutefois, plusieurs d'entre eux ont déjà légiféré sur ces différents points. D'ailleurs, le jour où elle entrerait en vigueur, la future loi fédérale sur le travail abolirait toutes les prescriptions cantonales applicables aux objets qu'elle réglementerait.

Les uns se félicitent de cette limitation du droit public cantonal[47]. Ils redoutent que la diversité des législations des cantons ne crée une inégalité entre les employeurs concurrents, n'aggrave leur rivalité et ne soit préjudiciable, en définitive, à l'économie nationale. Ils craignent aussi que le développement du droit public, cantonal ou fédéral, ne rende inutile la conclusion de contrats collectifs de travail et n'entrave ainsi la création du droit dit autonome, auquel ils attribuent le mérite d'être plus souple que le droit étatique et de répondre mieux à la volonté des intéressés. Ils font en outre valoir que les associations patronales hésiteront de plus en plus à s'engager par des contrats collectifs si le législateur prend prétexte du nombre de ces derniers et de l'étendue de leur champ d'application pour imposer par des dispositions de droit public les avantages qu'ils accordent aux travailleurs[48].

Mais d'autres jugent trop étroit le champ d'activité que le droit fédéral mesure au législateur cantonal. Ce sont ceux qui, favorables à l'évolution du droit du travail, souhaitent que les cantons puissent y contribuer par l'adoption de

[47] Cf. en particulier «L'ordre professionnel» du 7 juillet 1950.

[48] Comme l'écrit Ripert: «Les conventions collectives imposent des règles qui annoncent les règles légales de demain» (Le déclin du droit, 1949, p. 57).

règles dont la Confédération s'inspirera peut-être un jour. Ils prétendent que, si tel canton progressiste n'avait pris l'initiative d'édicter certaines mesures de protection ouvrière et n'avait ainsi démontré que le patronat était à même d'en supporter la charge, jamais le législateur fédéral ne se serait hasardé à les imposer. Ils ajoutent que les contrats collectifs ne rendent pas superflue l'intervention de l'autorité fédérale ou cantonale, d'abord parce que leur conclusion dépend de la bonne volonté, parfois défaillante, des parties en cause, mais aussi parce que leur champ d'application est habituellement moins étendu que celui d'une loi.

Il ne convient pas ici de prendre parti entre ces conceptions. Force est toutefois de constater que, malgré l'arrêt rendu récemment au sujet de la loi genevoise de 1949, une incertitude subsiste. En effet, il ne paraît pas exclu que, suivant l'évolution des circonstances, la majorité du Tribunal fédéral tienne demain pour valable ce qu'hier, elle jugeait inadmissible. Par conséquent, la jurisprudence fédérale ne découragera pas nécessairement de nouvelles tentatives de reprendre les dispositions condamnées. Elle fera cependant naître des hésitations auxquelles une norme légale aurait l'avantage de couper court. Sans doute n'est-il pas question de proposer la revision de l'art. 6 al. 1 CC. Seules d'impérieuses raisons, dont l'existence ne semble pas démontrée dans le cas particulier, autorisent le législateur à modifier une loi fondamentale. D'ailleurs, il serait peut-être difficile de rédiger une formule plus satisfaisante que le texte actuel. Mais ne se justifierait-il pas de préciser, dans la future loi fédérale sur le travail, le champ d'application du droit public cantonal par rapport à celui du droit fédéral? Certes, une telle loi ne viserait que les relations entre employeurs et salariés. C'est pourtant dans ce domaine qu'il serait le plus utile de délimiter les pouvoirs des autorités fédérales et cantonales.

Publié en décembre 1950 par l'Office fédéral de l'industrie, des arts et métiers et du travail, le dernier projet

d'une loi fédérale sur le travail n'exige pas d'être complété en ce qui concerne les vacances. Il en fixe la durée[49], accorde aux travailleurs le droit d'être rémunérés pendant ce temps[50] et réserve aux cantons la compétence d'édicter, en cette matière, des prescriptions plus favorables au personnel[51]. Son adoption n'annihilerait donc pas le pouvoir des cantons de légiférer dans le secteur des vacances payées.

En revanche, quant aux jours fériés, le texte proposé mérite d'être revu. Il est vrai qu'il abrogera, dès son entrée en vigueur, les prescriptions cantonales relatives aux domaines qu'il régira[52]. Mais il n'est pas certain que l'indemnisation des féries rentre dans l'un d'eux. En effet, le projet autorise le législateur cantonal à fixer huit jours fériés par an et les assimile au dimanche[53]. Or, s'il interdit en principe le travail du dimanche et, partant, celui des féries[54], il ne prévoit nulle part que les salariés sont indemnisés ou non pour ces jours-là. Faut-il en déduire que, sous réserve de la compétence des cantons de déterminer les jours fériés, il entend réglementer complètement les questions qui s'y rapportent et exclure les dispositions cantonales qui auraient le même objet ? Le point est douteux. Et si la législation fédérale n'est pas exhaustive, le problème des relations du droit public cantonal et du droit civil fédéral restera posé et devra se résoudre par l'application de l'art. 6 al. 1 CC. Partant, l'incertitude actuelle menace de se prolonger. Ne serait-il pas opportun d'introduire dans le nouveau texte une disposition qui dissipe ces obscurités ? Nous nous permettons de le suggérer, sans ignorer d'ailleurs que nous encourons le reproche d'ajouter un sujet de divergences à tous ceux que soulève la loi projetée.

---

[49] Art. 27.
[50] Art. 28.
[51] Art. 29 al. 3.
[52] Art. 84 al. 3.
[53] Art. 25 al. 2.
[54] Art. 25 al. 1.