

GABRIEL AUBERT
PROFESSEUR A LA FACULTE DE DROIT
DE L'UNIVERSITE DE GENEVE

1206 Genève, le 28 janvier 2015
4, ch. des Crêts-de-Champel
tél. 022 789 34 68
E-mail aubertlaw@bluewin.ch

Servizi del Gran Consiglio
A l'attention
de M. Christian Luchesa
Residenza governativa
Piazza Governo
6501 Bellinzone

Concerne: ouverture des magasins / convention collective étendue

Mesdames, Messieurs,

Vous avez bien voulu me demander mon avis sur la possibilité de subordonner l'entrée en vigueur d'une loi de police en matière d'horaires d'ouverture des commerces à l'adoption d'une convention collective de travail déclarée de force obligatoire.

Il s'agit de déterminer si le droit fédéral permet au canton du Tessin d'adopter une telle réglementation.

A. – Distinction fondamentale

Le démarcation entre les compétences fédérales et cantonales dans le domaine du travail a donné lieu à une jurisprudence abondante.

Il faut distinguer, d'une part, les cas dans lesquels les cantons sont compétents pour adopter des normes et, d'autre part, ceux dans lesquels ils ont perdu cette compétence.

B. – Cas où les cantons conservent la compétence de légiférer: exemple d'une loi cantonale sur l'aide aux entreprises

Les cantons jouissent de la compétence de légiférer dans le domaine de l'aide aux entreprises. Cependant, en exerçant cette compétence, ils doivent s'assurer que les dispositions qu'ils adoptent sont conformes aux normes supérieures de droit fédéral, c'est-à-dire qu'elles sont justifiées par un intérêt public pertinent et qu'elles n'éluent ni ne contredisent le sens ou l'esprit du droit fédéral, en particulier le droit constitutionnel (ATF 124 I 107 consid. 2a).

Ces principes sont illustrés par l'arrêt *Parti socialiste jurassien* (ATF 124 I 107).

Dans cette affaire, le Tribunal fédéral a admis que les cantons, en légiférant sur l'aide aux entreprises, ont la compétence d'adopter des mesures de protection des travailleurs pour faciliter une application large des conventions collectives de travail (ATF 124 I 107 consid. 2a).

Ainsi, la juridiction fédérale permet aux cantons de subordonner leur aide à la condition que les entreprises bénéficiaires *respectent les conditions de travail* telles qu'elles figurent dans une convention collective de travail (ATF 124 I 107 consid. 4).

En revanche, selon la juridiction suprême, il serait contraire au droit fédéral de subordonner cette aide à la condition que les entreprises *concluent* une convention collective de travail: d'abord, la condition ne s'accorderait pas avec les procédures d'extension des conventions collectives de travail (arrêt cité, consid. 2e); en outre, elle serait disproportionnée au regard de la liberté du commerce et de l'industrie (arrêt cité, consid. 3) et de la liberté d'association (arrêt cité, consid. 4).

En résumé, dans le cas qui précède, le canton jouissait de la compétence de légiférer, mais avait excédé les limites posées par le droit fédéral.

C. – Cas où les cantons ont perdu la compétence de légiférer: la protection des travailleurs dans les magasins

a) Dans d'autres cas, le droit fédéral a privé les cantons de la compétence de légiférer. Il suffit alors de constater l'absence de compétence législative cantonale, sans se demander si les normes envisagées ou adoptées sont justifiées par un intérêt public pertinent et si elles éluent ou contredisent le sens ou

l'esprit du droit fédéral (cf. la jurisprudence citée ci-dessus, ATF 124 I 107 consid. 2a).

b) S'agissant du personnel de vente dans les magasins, le problème se pose de la façon suivante.

La loi fédérale sur le travail règle notamment la durée hebdomadaire du travail de ce personnel (art. 9 LTr), les limites du travail de jour ou du soir (art. 10 LTr), le travail de nuit (art. 17 ss LTr), le travail dominical (art. 18 ss LTr), la demi-journée de congé hebdomadaire (art. 21 LTr) et, partiellement, les jours fériés (art. 20a LTr).

Cependant, cette même loi réserve expressément la compétence des cantons d'adopter des lois de police sur les heures d'ouvertures des magasins (art. 71 let. c LTr).

Il a donc incombé à la jurisprudence de dire quelles lois de police les cantons pouvaient adopter sans empiéter sur les compétences déjà exercées par la Confédération dans la loi sur le travail (art. 49 Cst. féd.).

c) Sur ce point, le Tribunal fédéral a posé une règle claire, qu'il n'a cessé de confirmer.

Ainsi, les juges de Lausanne ont statué que, depuis l'entrée en vigueur de la loi fédérale sur le travail, la *protection du personnel* de vente, en droit public, est régie exclusivement par la loi sur le travail. Les cantons n'ont donc aucune compétence pour légiférer sur cette protection dans le cadre des dispositions cantonales relatives à la fermeture des magasins (ATF 130 I 279 consid. 2.3.1 avec les références suivantes: ATF 122 I 90 consid. 2c p. 93; ATF 119 Ib 374 consid. 2b/bb p. 379; ATF 101 Ia 484 consid. 7a p. 486; ATF 98 Ia 395 consid. 3 p. 400 s; ATF 97 I 499 consid. 3b/3c p. 503 s et consid. 5b p. 507; ATF 2P.184/1998 du 16 novembre 1999, consid. 1b/aa non publié in ATF 125 I 431; 2P.270/1996 du 21 mars 1997, publié in Pra 86/1997 No 101 p. 545 ss et in SJ 1997, p. 421 ss, consid. 2c; P.1155/1986 du 3 avril 1987, publié in ZBl 88/1987 S. 451 ss, consid. 6a; 2P.31/1992 du 29 juin 1992, consid. 2a, et 2P.50/2003 du 7 août 2003, consid. 2.2). Cette jurisprudence a encore été confirmée dans un ATF 2P.48/2005 du 21 septembre 2005, consid. 2.3.

Cependant, selon le Tribunal fédéral, les cantons peuvent adopter des règles de police sur l'ouverture des magasins dans la mesure où ils poursuivent un but indépendant de la protection des travailleurs couverts par la loi sur le travail. Par exemple, les cantons peuvent prescrire la fermeture des magasins le soir, la nuit et le dimanche à des fins de *tranquillité publique*, mais non pas pour protéger les travailleurs (cf. ATF 130 I 279 consid. 2.3.1 p. 284 et la juris-

prudence citée). Ils peuvent aussi réglementer l'ouverture des magasins pour protéger la santé des personnes qui n'entrent *pas dans le champ d'application* de la loi sur le travail, par exemple les exploitants eux-mêmes et leur famille (ibidem).

d) Cette jurisprudence est conforme à l'intention du législateur (cf. message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant un projet de loi sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce, du 30 septembre 1960, FF 1960 II 901). Elle est approuvée par la doctrine presque unanime (VISCHER/MÜLLER, *Der Arbeitsvertrag*, 4e éd., Bâle 2014, N 19, p. 480; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, *Arbeitsvertrag*, Zurich 2012, N 12 *ad art.* 356b CO, p. 1461; VISCHER/ALBRECHT, *Der Arbeitsvertrag*, Commentaire zurichois, Zurich 2006 N 14 *ad art.* 356a CO; MAHON/BENOIT, *in Geiser/von Kaenel/Wyler*, *La loi sur le travail*, Berne 2005, N 21 *ad art.* 71 LTr; *contra*: BIANCHI, *in Andermatt et al.*, *Droit collectif du travail*, Bâle 2010, N 19 *ad art.* 356b CO, p. 215-216).

D. – Tentatives cantonales d'adoption de normes de protection du personnel des magasins

Dès lors qu'ils ont la compétence de légiférer sur les heures d'ouverture des magasins, les cantons subissent la tentation d'excéder cette compétence en adoptant des dispositions visant, explicitement ou non, la protection des travailleurs.

En voici quelques exemples. Commençons par deux arrêts du Tribunal fédéral examinant diverses dispositions de droit cantonal genevois et bâlois, avant de commenter quelques autres réformes genevoises et neuchâteloise, à la lumière du droit fédéral.

1. Un arrêt du Tribunal fédéral de 1997 (SJ 1997 p. 421)

La loi genevoise de 1994 sur la fermeture des magasins contenait une disposition (remontant à 1941 !) selon laquelle l'heure de fermeture de certains magasins était fixée à 19 h. 30; toutefois, le personnel devait être libéré plus tôt, à 19 heures. Cette disposition visait à favoriser le personnel. Les propriétaires pouvaient cesser leur activité plus tard, lors de la fermeture, à 19 h. 30.

Par arrêt du 21 mars 1997, le Tribunal fédéral a déclaré cette disposition contraire au droit fédéral.

Certes, l'art. 71 lettre c LTr autorise les cantons à adopter des prescriptions de police, mais ces prescriptions peuvent viser seulement des buts autres que la protection des travailleurs (SJ 1997, p. 426, cf. aussi p. 424-425).

Or, il s'agissait ici d'une norme de protection des travailleurs, incompatible avec la loi sur le travail, car cette protection est "régie maintenant exclusivement par la loi fédérale" (loc. cit.).

C'est un des plus anciens arrêts constatant l'absence de toute compétence cantonale en vue de la protection du personnel des magasins (cf. § C ci-dessus). Un arrêt plus récent confirme cette jurisprudence.

2. Un arrêt du Tribunal fédéral de 2004 (ATF 130 I 279)

a) Une loi adoptée par le canton de Bâle-Ville en 1998 autorisait le Conseil d'Etat à prolonger les heures d'ouverture des magasins à condition que les organisations patronales et syndicales donnent leur accord.

Le Tribunal fédéral a considéré cette condition comme contraire au droit fédéral, car les considérations relatives aux conditions de travail, dans ce domaine, ne relèvent nullement du droit cantonal. Dès lors, la condition ne pouvait produire aucun effet (ATF 130 I 279 consid. 2.3.2).

b) En outre, par un règlement de 2003, le Conseil d'Etat de Bâle-Ville a habilité l'autorité administrative à prolonger l'ouverture des magasins jusqu'à 20 heures et – un jour par semaine – jusqu'à 21 heures, dans la mesure où les conditions de travail des salariés sont équivalentes à celles prévues dans la convention collective de la vente du soir ("Gesamtarbeitsvertrag für den Abendverkauf") du 1er mai 2002.

Le Tribunal fédéral a jugé que la condition posée par le Conseil d'Etat était incompatible avec le droit fédéral. Il a rappelé que, selon sa jurisprudence constante, la législation cantonale sur les heures d'ouverture des magasins ne peut pas viser la protection des salariés, car cette dernière découle exclusivement de la loi fédérale sur le travail (consid. 2.3.1, avec de nombreuses références; cf. § C ci-dessus).

D'une manière générale, en tant qu'elle obligeait indirectement les employeurs à respecter la convention collective de travail, cette réglementation constituait un moyen de pression ("Druckmittel") incompatible avec le droit fédéral (consid. 2.3.2).

Enfin, la réglementation bâloise violait la primauté du droit fédéral sous un autre angle: elle obligeait les employeurs à respecter la convention collective sans égard aux conditions formelles et matérielles prévues par la loi fédérale sur l'extension du champ d'application de la convention collective de travail (R.S./221.215.311 ; ATF 130 I 279 consid. 2.4).

Confirmant une longue jurisprudence antérieure, cet arrêt, relativement récent, est déterminant. Il fait échec aux législations cantonales qui viseraient à protéger les travailleurs par le biais de la réglementation sur les heures d'ouverture des magasins.

Examinons maintenant trois autres réformes législatives, à Genève et à Neuchâtel, sur lesquelles le Tribunal fédéral ne s'est pas prononcé.

3. La révision de la loi genevoise sur la fermeture des magasins, de 1994

En 1994, le Grand Conseil genevois s'est posé la question de savoir si le canton était autorisé à ne retarder l'heure de fermeture des magasins qu'en faveur des commerces qui se seraient engagés à respecter les usages de la convention collective de travail, c'est-à-dire, en réalité, la convention collective de travail du secteur.

A cette occasion, il a examiné des avis de droit du professeur Alexandre BERENSTEIN, de Me Pierre SIDLER et du professeur Pierre-Louis MANFRINI. Ces avis sont résumés ci-dessous dans la mesure utile¹.

Aux yeux du professeur BERENSTEIN, en contraignant les entreprises à respecter les usages de la convention collective de travail, le canton ne réglementerait pas les conditions de travail de façon différente de celle qui avait été choisie par le législateur fédéral, mais se bornerait à mettre en œuvre une faculté laissée aux cantons (la fixation de l'heure d'ouverture des magasins) sans agir au détriment des travailleurs. Me SIDLER a abondé dans ce sens. En conséquence, selon ces deux consultants, la loi sur la fermeture des magasins pouvait obliger les employeurs à respecter les usages de la convention collective de travail.

Aux yeux du professeur MANFRINI, au contraire, la législation cantonale sur l'ouverture des magasins ne pouvait pas comporter des dispositions de

¹ Rapport de la commission de l'économie chargée d'étudier le projet de loi du Conseil d'Etat modifiant la loi sur les heures de fermeture des magasins (R.S./GE J 3 14), PL7093, http://www.ge.ch/grandconseil/memorial/data/530109/30/530109_30_partie10.asp.

protection des travailleurs; vu l'art. 71c LTr, les dispositions de police adoptées par le législateur cantonal ne devaient pas viser cette protection à titre principal. Cependant, le professeur MANFRINI a proposé un libellé nuancé: le Conseil d'Etat pouvait définir dans un règlement les conditions d'octroi de la dérogation (ouverture prolongée), après consultation des partenaires sociaux intéressés; dans les limites de la législation fédérale sur le travail (expressément rappelée), le Conseil d'Etat, en élaborant son règlement, pouvait veiller à ce que, à défaut d'accords entre les partenaires sociaux dans la branche, l'octroi des dérogations n'entraîne pas de détérioration de la situation du personnel.

Bien qu'elle fût approuvée par le professeur BERENSTEIN et par Me SIDLER, le Grand Conseil a rejeté la proposition d'obliger les employeurs à respecter les usages des conventions collectives. Il a suivi l'avis du professeur MANFRINI, dont il a adopté la proposition. Le texte du nouvel art. 14 de la loi se lisait ainsi:

Fermeture hebdomadaire

¹ Une autorisation peut être accordée par le département permettant aux magasins de rester ouverts un soir par semaine jusqu'à 20 h en dérogation aux heures normales de fermeture.

² Le Conseil d'Etat définit par règlement les conditions d'octroi de cette autorisation dérogatoire, après consultation des partenaires sociaux intéressés.

³ Dans les limites de la législation fédérale sur le travail, le Conseil d'Etat en élaborant son règlement veille notamment à ce que, à défaut d'accords entre les partenaires sociaux dans la branche, l'octroi des autorisations n'entraîne pas de détérioration de la situation du personnel².

Dans son arrêt, postérieur, de 1997, commenté ci-dessus (cf. D a), le Tribunal fédéral s'est expressément écarté de l'avis du professeur BERENSTEIN, exprimé lors des travaux préparatoires de cette loi genevoise de 1994 (SJ 1997, p. 426).

Davantage : à la lumière de la jurisprudence plus récente du Tribunal fédéral (cf. § C ci-dessus), même l'avis du professeur MANFRINI doit être considérée comme allant trop loin. En effet, vu que les conditions d'octroi des dérogations ne peuvent pas viser la protection des travailleurs, la consultation des partenaires sociaux, prévue à l'art. 14 al. 2 de la loi de 1994, est contraire au droit fédéral. En outre, il n'appartenait pas au Conseil d'Etat d'examiner les conditions de travail des salariés, que ce soit en présence ou en l'absence d'une convention collective. L'art. 14 al. 3 de la loi est donc également contraire au droit fédéral.

² http://www.ge.ch/grandconseil/memorial/data/530109/31/530109_31_partie2.asp, in fine.

Ainsi, l'art. 14 de la loi de 1994 était contraire au droit fédéral. Cette disposition a été abrogée en 2002 (pour d'autres motifs sans pertinence ici).

4. La révision de la loi genevoise sur la fermeture des magasins, de 2002

a) En 2002, le Grand Conseil genevois a adopté de nouvelles modifications de la loi sur les heures d'ouverture des magasins (LHOM, R.S.GE/I 1 05)³. En rapport avec le droit collectif du travail, la nouvelle loi prévoit deux dispositions qui appellent un bref commentaire.

b) La première disposition est la plus curieuse.

L'art. 18 LHOM habilite le département à déroger à l'interdiction du travail le 31 décembre, jour défini à Genève comme férié au sens de l'art. 20a al. 1 LTr (cf. l'art. 1 al. 1 de la loi genevoise sur les jours fériés, R.S./GE J 1 45).

Une telle dérogation est subordonnée à la condition qu'un accord ait été conclu entre les partenaires sociaux pour répondre à un besoin manifeste. Le département doit prendre acte des compensations fixées par les associations professionnelles intéressées (art. 18 LHOM). Cette règle figure encore dans la loi actuelle. En conséquence, les dérogations afférentes au travail le 31 décembre demeurent subordonnées à un accord entre les partenaires sociaux (sans qu'il soit expressément précisé que cet accord doit revêtir la forme d'une convention collective étendue).

En l'occurrence, force est de constater que le législateur genevois a utilisé la loi sur la fermeture des magasins pour améliorer la protection du personnel de ces magasins. Or, comme on sait (cf. § C ci-dessus), il n'a pas de compétence pour ce faire. Cette réglementation est contraire au droit fédéral.

Remarquons que la dérogation prévue à l'art. 18 LHOM pose un autre problème. En effet, le 31 décembre est un jour férié. Or, selon l'art. 20a al. 1 de la loi fédérale sur le travail, les jours fériés désignés par la législation cantonale sont assimilés à un dimanche, de sorte que le travail est interdit en vertu du droit fédéral (art. 18 al. 1 LTr).

Il est fort douteux que le canton soit habilité à accorder une dérogation générale à cette interdiction, pour cause de besoin économique, en dehors de toute procédure administrative individuelle; d'ailleurs, même si l'autorisation

³ Voir le texte de la loi sous <http://www.ge.ch/grandconseil/data/loisvotee/L08440.pdf>.

était délivrée, les salariés demeureraient libres de refuser le travailler le 31 décembre (art. 19 al. 5 LTr).

Les remarques relatives à ce jour férié ne concernent pas directement notre sujet. Elles montrent toutefois quels trésors d'imagination un parlement cantonal peut déployer pour satisfaire des besoins locaux, en perdant parfois de vue la primauté du droit fédéral.

c) Selon la seconde disposition, la loi cantonale devenait caduque de plein droit si l'extension du champ d'application de la convention collective-cadre dans le commerce de détail n'était pas prononcée dans un délai de six mois à compter de sa promulgation (art. 3).

Cette condition ne concernait que l'année 2002, durant laquelle devait être adoptée la décision d'extension de la convention collective. La décision ayant été prise, la loi modificative est définitivement entrée en vigueur, quel que puisse être le sort ultérieur de la convention collective. La condition posée en 2002 ne produit donc plus aucun effet.

Cependant, on remarquera que le législateur genevois s'est servi de ses compétences en matière de fixation des heures d'ouverture des magasins pour favoriser l'application d'une convention collective de travail au personnel de ces magasins. Ce faisant, il est intervenu en vue de la protection du personnel, nonobstant la jurisprudence fédérale. Il a utilisé un moyen de pression ("Druckmittel") prohibé (ATF 130 I 279 consid. 2.3.2).

Dès lors, l'art. 3 de la loi genevoise de 2002 est contraire au droit fédéral.

5. La révision de la loi neuchâteloise sur l'ouverture des commerces, de 2013

En 2013, le canton de Neuchâtel a adopté une modification de la loi sur les heures d'ouverture des commerces (LHOCom, R.S./NE, 941.011), dont l'art. 16 al. 3 prévoit qu'elle n'entrera en vigueur que si le champ d'application de la convention collective de travail neuchâteloise du commerce de détail, du 12 juin 2012, est étendu. Si le champ d'application est étendu, le Conseil d'Etat fixe la date d'entrée en vigueur de la loi. Dans le cas contraire, la loi est caduque de plein droit et le Conseil d'Etat constate la caducité par arrêté.

Cette disposition vise l'entrée en vigueur de la loi, laquelle ne dépend que d'une décision: l'extension d'une convention collective; il ne s'agit pas de n'importe quelle convention, mais précisément de celle du 12 juin 2012. Ainsi,

une fois décidée l'extension de cette convention, la loi est entrée en vigueur. Le sort ultérieur de la convention ou de l'extension ne joue donc aucun rôle.

Comme on le voit, cette disposition reprend la règle figurant à l'art. 3 de la loi genevoise de 2002, précitée. Elle s'attire les mêmes objections que ci-dessus. Selon la jurisprudence fédérale, le législateur cantonal n'est pas autorisé à utiliser ses compétences en matière de fixation des heures d'ouverture des magasins pour améliorer les conditions de travail des employés. Il ne peut pas utiliser des moyens de pression (ATF 130 I 279 consid. 2.3.2).

Dans cette mesure, la disposition neuchâteloise est contraire au droit fédéral. C'est d'ailleurs l'avis du Conseil d'Etat neuchâtelois⁴.

F. Conclusions

Il résulte d'une jurisprudence fédérale constante que les cantons ne jouissent d'aucune compétence pour améliorer les conditions de travail des employés des magasins en édictant des règles sur les heures d'ouverture de ces derniers.

Certes, les tentatives cantonales en sens contraire sont notables. Elles résultent d'un accord entre les partenaires sociaux, les uns étant intéressés à l'ouverture des magasins, les autres demandant en échange une meilleure protection des employés. Pour tenir compte des circonstances locales, le législateur cantonal souhaite favoriser ces accords, en perdant parfois de vue le droit fédéral, qui prime.

On peut approuver le désir des autorités cantonales, proches des réalités quotidiennes, d'améliorer les conditions de travail des employés des magasins. Ce vœu est d'autant plus compréhensible que, dans d'autres domaines, les cantons jouissent de moyens importants pour susciter la conclusion ou développer l'application des conventions collectives de travail. C'est dans cet esprit qu'il faut rappeler les opinions de BERENSTEIN et de BIANCHI, précitées (§ A et D 1). D'ailleurs, le fait d'inciter les partenaires sociaux à adopter une convention collective qui soit étendue ne contourne nullement les dispositions fédérales en matière d'extension.

Malheureusement, la question n'est pas là, puisque, selon la jurisprudence fédérale, les cantons ne jouissent d'aucune compétence pour protéger les emp-

⁴ Cf. Rapport du Conseil d'Etat au Grand Conseil à l'appui d'un projet de loi sur les heures d'ouverture des commerces (LHOCom), du 5 novembre 2012, p. 4:
http://www.ne.ch/autorites/GC/objets/Documents/Rapports/2012/12060_CE.pdf.

loyés des magasins par le biais de la réglementation relative à l'ouverture de ces derniers.

Rien ne donne à penser que le Tribunal fédéral pourrait modifier sa jurisprudence constante. Au reste, dans son rapport explicatif à l'appui d'un avant-projet de loi fédérale sur les heures d'ouverture des magasins, le SECO n'envisage pas de conférer aux cantons des compétences en matière de protection des employés⁵.

Il convient donc de répondre négativement à la question de savoir si le canton du Tessin peut subordonner l'entrée en vigueur d'une loi sur les horaires d'ouverture des magasins à l'adoption d'une convention collective de travail déclarée de force obligatoire.

Demeurant à votre disposition, je vous prie d'agréer, Mesdames, Messieurs, l'expression de mes sentiments distingués.



Gabriel Aubert

⁵ Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche (DEFR), Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO), Rapport explicatif à l'appui d'une loi fédérale sur les heures d'ouverture des magasins (LOMag), Rapport explicatif, Berne, 2014, p. 13. Voir aussi: <http://www.seco.admin.ch/aktuell/00277/01164/01980/index.html?lang=fr&msg-id=54137>.