

Salaire minimum cantonal et conventions collectives étendues : l'étonnante histoire de la motion *Ettlin*

Salaire minimum

Pascal Mahon
Newsletter DroitDuTravail.ch
du 24 octobre 2024



Salaire minimum cantonal et conventions collectives étendues : l'étonnante histoire de la motion *Ettlin*¹



Prof. Pascal Mahon

Professeur émérite de l'Université de Neuchâtel, droit constitutionnel suisse et comparé

Sommaire

<i>Résumé</i>	2
<i>I. Introduction</i>	4
<i>II. Histoire des salaires minimaux cantonaux et de la motion Ettlin</i>	6
<i>A. Le rejet de l'initiative populaire fédérale « Pour la protection de salaires équitables »</i>	6
<i>B. L'instauration de salaires minimums dans les cantons et communes</i>	7
1. <i>Le salaire minimum dans le Canton de Neuchâtel et l'arrêt du Tribunal fédéral qui s'y réfère</i>	7
2. <i>Le salaire minimum dans le Canton du Jura</i>	10
3. <i>Le salaire minimum dans le Canton du Tessin</i>	12
4. <i>Le salaire minimum à Genève</i>	14
5. <i>Le salaire minimum à Bâle-Ville</i>	15
6. <i>Le salaire minimum dans les communes de Zurich et de Winterthur ainsi que les tentatives dans d'autres cantons et communes</i>	16
<i>C. L'histoire de la motion Ettlin</i>	17
1. <i>La motion Ettlin et son acceptation</i>	17
2. <i>La procédure de consultation sur l'avant-projet de mise en œuvre de la motion</i>	20
<i>III. Appréciation des arguments des deux camps opposés</i>	24
<i>A. Bref rappel des arguments du Conseil fédéral, des cantons, de la gauche et des syndicats</i>	24
<i>B. Rappel des arguments des associations patronales, des milieux économiques et des partis bourgeois</i> ..	26
<i>C. Appréciation</i>	29
1. <i>La critique de l'avis de droit</i>	29
2. <i>Les autres éléments d'appréciation</i>	32
<i>IV. Conclusions</i>	39

¹ Proposition de citation : « MAHON PASCAL, Salaire minimum cantonal et conventions collectives étendues : l'étonnante histoire de la motion *Ettlin*, in : Newsletter DroitDuTravail.ch du 24 octobre 2024 de l'Université de Neuchâtel ». L'auteur remercie les collègues, Mme Karine Lempen, professeure à l'Université de Genève, Mme Nesa Zimmermann et M. Jean-Philippe Dunand, tous deux de l'Université de Neuchâtel, ainsi que Mme Fanny Matthey et M. Eloi Jeannerat de leur lecture de la présente contribution et de leurs précieuses observations. Il remercie également les autres personnes qui ont bien voulu relire ce texte.

Résumé

Cinq cantons (Neuchâtel, Jura, Tessin, Genève et Bâle-Ville) et deux communes (Zurich et Winterthur) ont introduit récemment un salaire minimum légal applicable sur leur territoire. Dans deux de ces cantons, actuellement, ce salaire légal cantonal prime sur les salaires minimums prévus par des conventions collectives, mêmes étendues à l'échelle nationale, à moins que ceux-ci ne soient supérieurs au minimum légal cantonal. Intitulée « Protéger le partenariat social contre des ingérences discutables » et déposée en décembre 2020, la motion 20.4738 *Ettlin Erich* demandait une révision de la loi fédérale permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail (LECCT), du 28 septembre 1956, de manière à y introduire une disposition prévoyant au contraire la primauté des salaires minimums fixés par les conventions collectives de travail déclarées de force obligatoire au plan national par le Conseil fédéral sur les salaires minimums légaux éventuellement décidés par les cantons et les communes, et ce même si les premiers sont inférieurs aux seconds. La motion tend ainsi à modifier, ou à corriger, par le biais d'une modification d'une loi fédérale, l'état du droit tel que fixé par la jurisprudence du Tribunal fédéral relative aux salaires minimums des cantons, jurisprudence que certains milieux, qui l'ont provoquée, n'ont pas appréciée et n'acceptent pas, et qui, selon eux, et pour reprendre les termes de la motion, met « à rude épreuve un partenariat social qui en Suisse a fait ses preuves ».

La motion a été acceptée par les Chambres, contre l'avis du Conseil fédéral, en juin et en décembre 2022, à une courte majorité au Conseil national. Tout en rappelant son opposition à la motion, le Conseil fédéral a présenté et mis en consultation, en janvier 2024, un projet de loi destiné à la concrétiser, invitant toutefois le Parlement à ne pas accepter ce projet. Les résultats de la consultation font apparaître deux camps fortement opposés et polarisés. D'un côté, tous les cantons, à une exception près, ainsi que les partis de gauche et les syndicats, se rallient au Conseil fédéral et rejettent vivement la motion – et sa mise en œuvre –, qui représente à leurs yeux une atteinte à la répartition des compétences et à la souveraineté cantonale, donc au fédéralisme, ainsi qu'une atteinte aux droits populaires et, donc, à la démocratie directe, de même qu'une atteinte au système du droit du travail. De l'autre côté, pratiquement d'une seule voix, là aussi à une exception près, les milieux économiques et les associations professionnelles patronales soutiennent la motion et critiquent, souvent en termes vifs, la position et l'analyse juridique du Conseil fédéral, se fondant en particulier sur un avis de droit demandé par Gastro-Suisse.

La contribution présente tout d'abord, dans sa première partie, l'histoire récente des salaires minimaux en Suisse, spécialement dans les cantons, ainsi que l'histoire de la motion *Ettlin*. Elle se concentre ensuite sur l'analyse juridique proprement dite, reprenant tout d'abord, brièvement, les divers arguments avancés par les deux camps, pour en proposer une appréciation.

Analysant notamment de manière critique l'avis de droit demandé par Gastro-Suisse, elle montre que comme le soutiennent le Conseil fédéral et pratiquement tous les cantons, et quoi qu'en disent ses partisans, la concrétisation de la motion *Ettlin*, par une simple modification d'une loi fédérale, toucherait la répartition constitutionnelle des compétences fixée aujourd'hui par la Constitution, telle qu'interprétée par le Tribunal fédéral – mais aussi par le Conseil fédéral et, du moins jusqu'ici, par l'Assemblée fédérale elle-même –, et porterait donc atteinte à la souveraineté des cantons et au fédéralisme.

Cela d'autant plus que la réalisation de la motion pourrait bien avoir pour effet de soutenir indirectement certaines branches économiques, dont les conventions collectives, même étendues, prévoient des salaires inférieurs aux minimums cantonaux, et ce au détriment de l'aide sociale – et donc en partie au moins aux frais des contribuables – des cantons concernés.

Dans la mesure où les salaires minimums dans les cantons et les communes ont tous été acceptés, lors de votations populaires, par la majorité des citoyennes et citoyens concernés, la concrétisation de la motion constituerait également une forme de mépris des droits populaires dans les cantons, et donc de la démocratie directe.

Sa concrétisation porterait en outre atteinte, doublement, au système même du droit du travail, et notamment de la hiérarchie des sources de ce droit du travail, dans la mesure où elle ouvrirait une double brèche dans le principe de la primauté – jusqu'ici toujours admise – du droit public, fédéral mais aussi cantonal, sur les conventions collectives de travail, même étendues, sous réserve de l'exception – elle aussi toujours admise jusqu'ici en droit du travail – du principe de la clause « la plus favorable » (qui veut que seules les dérogations au droit public stipulées en faveur des travailleuses et des travailleurs restent valables, à moins que le droit impératif ne l'exclue expressément). Un principe que la concrétisation de la motion renverserait, en prévoyant, au contraire, que c'est la clause la plus défavorable aux travailleuses et aux travailleurs qui prime.

La contribution s'étonne enfin de ce que le prix à payer pour sauver ou « protéger » ce partenariat social qui serait ainsi mis « à rude épreuve » – toujours pour reprendre les termes de la motion – consiste à permettre à ce même partenariat, ou à quelques branches, de convenir des salaires minimums inférieurs à ce qui est considéré, généralement par la majorité de la population des cantons et communes intéressés, comme le minimum indispensable pour mener une existence digne.

I. Introduction

1. **La promesse de belles empoignades politico-juridiques.** – La concrétisation législative de la motion 20.4738 *Ettlin Erich*, intitulée « Protéger le partenariat social contre des ingérences discutables »², que le Parlement fédéral devrait traiter en cette fin d’année, ou au début de la prochaine, promet de belles empoignades et un débat politico-juridique animé. Déposée le 18 décembre 2020, et acceptée par le Parlement en 2022, contre l’avis du Conseil fédéral, la motion obligeait celui-ci à présenter un projet de révision de la *loi fédérale permettant d’étendre le champ d’application de la convention collective de travail (LECCCT)*, du 28 septembre 1956³, de manière à y introduire une disposition prévoyant que les règles d’une « convention collective de travail étendue qui concernent le salaire minimum, le treizième mois de salaire et le droit aux vacances l’emportent sur le droit cantonal »⁴.

2. **L’objet, l’objectif et la motivation de la motion Ettlin.** – La motion *Ettlin* a donc pour objet les salaires minimums prévus par les conventions collectives de travail étendues, c’est-à-dire déclarées de force obligatoire, par le Conseil fédéral et elle a pour objectif de faire primer ces salaires minimums, même s’ils sont inférieurs, sur ceux que prévoient ou pourraient prévoir les réglementations cantonales instituant un salaire minimum. Elle entend ainsi modifier – ou contourner –, sur un point précis, la jurisprudence du Tribunal fédéral.

L’idée est en effet, pour reprendre les termes de l’auteur de la motion, que ces réglementations cantonales, qui instaureraient, par hypothèse, un salaire minimum obligatoire, de droit cantonal, plus élevé que ceux négociés par les partenaires sociaux et prévus par certaines conventions collectives mettraient « à rude épreuve un partenariat social qui en Suisse a fait ses preuves », cela d’autant plus « que depuis un arrêt controversé rendu par le Tribunal fédéral en août 2017, ce salaire minimum s’applique également aux entreprises des secteurs qui ont conclu une convention collective de travail étendue au niveau national (CCT étendue) ». Or, comme le Canton de Genève a entretemps, le 27 septembre 2020, approuvé lui aussi, après Neuchâtel, « une initiative populaire demandant la mise en place d’un salaire minimum de 23 CHF, celui-ci s’appliquant également aux secteurs liés par une CCT étendue » et que « d’autres cantons pourraient suivre ces exemples », il conviendrait donc, toujours selon l’auteur de la motion, « de préciser aujourd’hui que les conventions entre associations syndicales et associations patronales que le Conseil fédéral déclare de force obligatoire pour toute la Suisse l’emportent sur certaines dispositions cantonales »⁵.

3. **L’opposition « constructive » du Conseil fédéral à la motion et la procédure de consultation.** – Bien qu’opposé dès le départ à la motion, qu’il a combattue, le Conseil fédéral

² En allemand : « Sozialpartnerschaft vor umstrittenen Eingriffen schützen ». Le texte de la motion se trouve sous <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefte?AffairId=20204738> (consulté pour la dernière fois, comme toutes les autres références en ligne utilisées, le 10 octobre 2024).

³ RS 221.215.311.

⁴ Pour la référence au texte de la motion, cf. note 2.

⁵ Pour la motivation de la motion, dont sont tirées toutes les citations figurant dans le texte ci-dessus, voir la référence en note 2.

s'est exécuté et, en janvier 2024⁶, il a mis en consultation, par l'intermédiaire du Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche (DEFR), un projet de modification de la loi évoquée⁷, tout en rappelant son opposition de principe et en précisant qu'il la maintenait⁸.

La procédure de consultation a pris fin le 1^{er} mai 2024 et a fait ressortir l'existence de deux fronts radicalement opposés : d'un côté, l'ensemble (ou presque) des associations économiques et professionnelles patronales, qui soutiennent pratiquement d'une seule voix la motion et la majorité du Parlement qui l'a acceptée, tout en critiquant parfois assez vertement la position du Conseil fédéral ; de l'autre, tous les cantons, à l'exception d'un seul – celui du motionnaire, le Conseiller aux États obwaldien du Centre *Erich Ettl* –, qui se rangent aux côtés du Conseil fédéral, en compagnie des partis de gauche et des syndicats, pour rejeter vivement la motion (et sa mise en œuvre), considérant qu'elle porte atteinte à la répartition des compétences et à la souveraineté des cantons, donc au fédéralisme, ainsi qu'aux droits populaires dans les cantons, donc à la démocratie (directe).

Les deux camps s'affrontent à coup d'arguments politiques mais aussi juridiques, parfois avis de droit à l'appui, considérations juridiques qui relèvent à la fois du droit constitutionnel et du droit du travail.

4. L'objet et le plan de la présente contribution. – La présente contribution a pour objet de présenter et de discuter ces divers arguments, d'un point de vue juridique essentiellement. Elle est divisée en deux parties principales. La première se propose de rappeler, de manière descriptive et factuelle, l'histoire récente de la question des salaires minimaux en Suisse, spécialement dans les cantons, ainsi que l'histoire de la motion *Ettl* (ch. II). La seconde se concentrera sur l'analyse juridique proprement dite, reprenant tout d'abord, brièvement, les divers arguments avancés par les deux camps, pour en proposer une appréciation (ch. III). Le tout sera suivi d'une brève conclusion (ch. IV).

Avant d'entrer dans le vif du sujet, quelques considérations sur les enjeux concrets du débat ne semblent pas inutiles.

5. Les enjeux concrets : cantons et personnes directement concernées. – Au stade actuel, la motion *Ettl* ne concerne à vrai dire que deux des cantons – et des communes – qui ont introduit un salaire minimal, à savoir Neuchâtel et Genève. En effet, sur les cinq cantons (Neuchâtel, Jura, Tessin, Genève et Bâle-Ville) et les deux communes (Zurich et Winterthur) qui, ainsi qu'on le verra encore, ont aujourd'hui instauré une réglementation prévoyant un tel salaire minimal, seules les dispositions neuchâteloises et genevoises prévoient à ce stade que le salaire minimal de droit cantonal l'emporte même sur les éventuels salaires minimaux

⁶ Voir le communiqué de presse « Ouverture de la procédure de consultation relative à la modification de la loi permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail », Berne, 24 janvier 2024, <https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiqués.msg-id-99801.html>.

⁷ Voir DEFR, *Modification de la loi fédérale permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail (LECC)*, *Rapport explicatif relatif à l'ouverture de la procédure de consultation*, Berne, 24 janvier 2024 (cité ci-après *Rapport explicatif*), accessible sous <https://www.news.admin.ch/news/message/attachments/85829.pdf>.

⁸ Le Conseil fédéral indique, dans son *Rapport explicatif* (cité note précédente), qu'il a aussi étudié, parmi les diverses variantes examinées, celle consistant à ne pas exécuter la motion, et à la classer pour impossibilité juridique, c'est-à-dire au motif qu'il ne serait « juridiquement pas possible de la mettre en œuvre, conformément à l'art. 122, al. 3, let. a de la loi du 13 décembre 2002 sur l'Assemblée fédérale (LParl) », mais qu'il a finalement renoncé à cette variante (p. 7 du rapport).

institués par des conventions collectives étendues au niveau national, à moins que ceux-ci ne soient plus élevés que le salaire minimum cantonal⁹. Les réglementations des autres cantons sont différentes, en ce sens qu'elles excluent du champ d'application du salaire minimum cantonal les salaires prévus par des conventions collectives, tout simplement, ou par des conventions collectives étendues. Dès lors, actuellement, seules les réglementations de Neuchâtel et Genève posent le « problème » évoqué par la motion *Ettlin*.

Il n'en demeure pas moins que celle-ci aurait, si elle devait être concrétisée, des conséquences non négligeables pour les travailleuses et les travailleurs concernés, c'est-à-dire celles et ceux qui, à l'heure actuelle, bénéficient d'un salaire minimum fixé par le droit cantonal par hypothèse supérieur à celui de la convention collective de travail étendue au plan national. Ces personnes-là subiraient, si la motion *Ettlin* était concrétisée, une baisse concrète de salaire, dont l'importance semble difficile à chiffrer de manière générale et abstraite, mais qui ne serait apparemment pas négligeable, pouvant atteindre plusieurs centaines de francs par mois¹⁰. Même s'il paraît aussi difficile de le déterminer avec précision, cela concernerait vraisemblablement quelques milliers de travailleuses et de travailleurs¹¹.

Quoi qu'il en soit, au-delà de ces effets concrets qu'aurait la motion si elle devait être mise en œuvre, les deux camps font de ce débat une question de principe, comme on le verra encore.

II. Histoire des salaires minimaux cantonaux et de la motion *Ettlin*

A. Le rejet de l'initiative populaire fédérale « Pour la protection de salaires équitables »

6. **L'initiative populaire et son rejet.** – Le 23 janvier 2012, l'Union syndicale suisse (USS) a déposé une initiative populaire fédérale « *Pour la protection de salaires équitables (Initiative sur les salaires minimums)* », qui demandait l'introduction dans la Constitution fédérale d'un nouvel article 110a, intitulé « Protection des salaires », lequel prévoyait, entre autres, que la « Confédération fixe un salaire minimum légal », « applicable à tous les travailleurs en tant que limite inférieure contraignante », à l'échelon fédéral¹².

⁹ Il en ira de même, lorsqu'elles seront en vigueur, des réglementations des deux villes de Zurich et de Winterthur ; voir à ce sujet le N 21 ci-dessous.

¹⁰ Pour des chiffres à ce sujet, voir les réponses à la consultation mentionnées au N 31 ci-dessous, notamment note 126.

¹¹ Selon une interview de la Conseillère d'État en charge de l'Économie et de l'Emploi à Genève, Mme Delphine Bachmann, quelque 6,8% des personnes salariées exerçant leur activité dans le canton, soit environ 20 000 personnes, selon les données de 2018, avaient un salaire inférieur au nouveau salaire minimum cantonal, les secteurs les plus concernés étant la coiffure, l'esthétique, le nettoyage, l'hôtellerie et la restauration ; *Le Temps* du 14 mars 2024, p. 9.

¹² Une disposition transitoire prévoyait un salaire minimum de 22 francs l'heure. Pour le dépôt de l'initiative, et son texte, cf. FF 2012 2845-2846. Voir aussi DANTHE MARIE-GISÈLE, Le salaire minimum en Suisse, Le point de la situation, *Jusletter* 12.2.2018, NN 8 à 11, pp. 3-4, ainsi que MAHON PASCAL/STEFFANINI FEDERICA, Le salaire minimum neuchâtelois est conforme à la Constitution fédérale – Commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral 2C_774/2014, *Newsletter DroitDuTravail.ch* octobre 2017, pp. 4-5 (avec un aperçu aussi des interventions parlementaires contenant des revendications au sujet de la fixation de salaires minimaux qui s'étaient succédées dans les années 1990).

Combattue par le Conseil fédéral¹³ et par les Chambres, qui en recommandaient le rejet¹⁴, l'initiative a été clairement rejetée, lors de la votation du 18 mai 2014, par plus de 75% des votantes et des votants (76,3%), ainsi que par tous les cantons¹⁵.

7. **Les autres initiatives rejetées aux plans fédéral et cantonal.** – Le peuple et les cantons avaient d'ailleurs déjà rejeté aussi, peu auparavant, en novembre 2013, une autre initiative populaire fédérale, l'initiative « 1:12 – Pour des salaires équitables »¹⁶, tout comme ils ont rejeté plus tard, en juin 2016, dans un registre toutefois quelque peu différent, une initiative « Pour un revenu de base inconditionnel »¹⁷.

Comme le souligne une auteure, il résulte de ces diverses votations populaires que « l'idée de fixer sur le plan fédéral un salaire minimum légal fait actuellement l'objet d'un fort rejet »¹⁸.

La situation semble cependant quelque peu différente à l'échelon régional ou local, ou du moins dans certains cantons, et ce même si, dans d'autres cantons, diverses initiatives populaires avaient aussi échoué – parfois dans un premier temps, seulement – devant le peuple¹⁹.

B. L'instauration de salaires minimums dans les cantons et communes

1. Le salaire minimum dans le Canton de Neuchâtel et l'arrêt du Tribunal fédéral qui s'y réfère

8. **L'acceptation du nouvel article 34a de la Constitution cantonale le 27 novembre 2011.** – Dans le Canton de Neuchâtel, en effet, les citoyennes et les citoyens avaient déjà accepté, le 27 novembre 2011, soit deux ans et demi environ avant la votation populaire fédérale, l'introduction dans la Constitution cantonale d'un nouvel article 34a, imposant à l'État d'instituer « un salaire minimum cantonal dans tous les secteurs d'activité économique [...]

¹³ Message relatif à l'initiative populaire « Pour une protection de salaires équitables (Initiative sur les salaires minimums) », du 16 janvier 2013, FF 2013 1109-1152.

¹⁴ FF 2013 8697, pour l'arrêté fédéral du 13 décembre 2013.

¹⁵ L'initiative a été rejetée par 2 210 192 non contre 687 571 oui et refusée par tous les cantons. Pour les résultats du vote, FF 2014 6121, 6125. Cf. aussi DANTHE, précitée (note 12), N 12, p. 5, ainsi que COLLETTE MARLÈNE, Le salaire minimum cantonal est-il mort ? Bref aperçu juridique des enjeux de la motion 20.4738 « Protéger le partenariat social contre des ingérences discutables », in : *Newsletter de l'Institut du Fédéralisme*, 2023/1, pp. 1-10, spéc. 2.

¹⁶ Initiative déposée le 21 mars 2011 (FF 2011 3505). Cf. FF 2012 503, pour le message du Conseil fédéral, du 18 janvier 2012, et 2013 2205, pour l'arrêté fédéral, du 22 mars 2013. Pour les résultats de la votation du 24 novembre 2013, FF 2014 1693, 1695 (rejet par 1 796 930 non contre 954 787 oui et rejet de tous les cantons).

¹⁷ Initiative déposée le 4 octobre 2013 (FF 2013 7771). Cf. FF 2014 6303, pour le message du Conseil fédéral, du 27 août 2014, et 2015 8727, pour l'arrêté fédéral, du 18 décembre 2015. Pour les résultats de la votation du 5 juin 2016, FF 2016 6559, 6564 (rejet par 1 897 528 non contre 568 660 oui et rejet de tous les cantons).

¹⁸ Sur ces rejets et pour cette affirmation, DANTHE, précitée (note 12), NN 13 et 14, p. 5.

¹⁹ Pour les trois initiatives populaires cantonales rejetées dans les cantons de Vaud (initiative constitutionnelle, refusée le 15 mai 2011, de justesse, par 51,11% des voix, et après un arrêt de la Cour constitutionnelle cantonale du 19 mai 2010 annulant la décision du Grand Conseil d'invalidation de l'initiative, CCST 2009.0009), de Genève (le 27 novembre 2011, par 54,2% des voix, et après un arrêt du Tribunal fédéral du 8 avril 2010 annulant la décision du Grand Conseil d'invalidation de l'initiative, TF 1C_357/2009) et du Valais (initiative législative « Pour un salaire minimum légal en Valais », rejetée plus largement, le 18 mai 2014, par 81,95% des voix), cf. MAHON/STEFFANINI, précités (note 12), pp. 5-6, ainsi que DANTHE, précitée (note 12), NN 15 à 17, pp. 5-7.

afin que toute personne exerçant une activité salariée puisse disposer d'un salaire lui garantissant des conditions de vie décentes »²⁰.

Acceptée à une majorité de 54,64% des votantes et des votants, cette disposition a obtenu la garantie de l'Assemblée fédérale, qui l'a donc jugée conforme au droit fédéral, le 11 mars 2013²¹. Dans son message relatif à cette garantie, du 10 octobre 2012, le Conseil fédéral s'exprimait ainsi à ce propos²² :

« La question du salaire minimum relève du droit du travail. Se fondant sur ses compétences constitutionnelles (art. 110 et 122 de la Constitution fédérale), la Confédération a largement légiféré dans ce domaine tant sur le plan du droit privé que sur le plan du droit public. [...] »

La Confédération n'a toutefois pas réglementé la question des salaires minimaux de façon exhaustive. On ne saurait dénier a priori aux cantons la compétence de fixer un salaire minimum pour des motifs de police ou de politique sociale. Sous l'angle des droits fondamentaux, l'art. 34a de la constitution du canton de Neuchâtel respecte la liberté économique (art. 27 Cst.). Il permet en effet d'introduire une restriction à la liberté économique en l'inscrivant dans une base légale formelle, vise un intérêt public pertinent de politique sociale et est proportionné puisqu'il ne fixe pas le salaire minimum mais laisse au législateur cantonal le soin de le faire, en tenant compte des secteurs économiques et des salaires fixés dans les conventions collectives. La liberté syndicale (art. 28 Cst.) paraît également préservée, l'article constitutionnel imposant de tenir compte des salaires fixés dans les conventions collectives.

L'art. 34a de la constitution du canton de Neuchâtel n'est dès lors pas contraire au droit fédéral. Il appartiendra au législateur cantonal de mettre en œuvre cette disposition correctement ».

Tant le Conseil fédéral que le Parlement, sans aucune discussion, ont donc jugé la disposition conforme au droit fédéral²³.

9. La concrétisation du salaire minimum cantonal par modification de la loi sur l'emploi, du 28 mai 2014. – Ce n'est toutefois que plus tard, le 28 mai 2014, soit une dizaine de jours après le vote populaire fédéral rejetant clairement l'initiative de l'USS²⁴, que le Grand Conseil neuchâtelois a concrétisé le principe du salaire minimal cantonal, par une modification de la

²⁰ Voir l'art. 34a de la Constitution neuchâteloise, RS-NE 101. Cf. aussi DANTHE, précitée (note 12), N 19, p. 8.

²¹ Arrêté fédéral accordant la garantie fédérale aux constitutions révisées des cantons de Glaris, d'Appenzell Rhodes-Intérieures, d'Argovie, de Thurgovie, de Vaud, de Neuchâtel et de Genève, FF 2013 2335-2336.

²² FF 2012 7877-7890, spéc. 7886 ; cf. aussi DANTHE, précitée (note 12), N 19, pp. 8-9, où ce passage est reproduit.

²³ Au Conseil des États, le 4 mars 2013, le rapporteur de la Commission des institutions politiques a précisé que celle-ci « a examiné cet objet lors de sa séance du 1^{er} février 2013 et nous n'avons rien trouvé à redire au projet d'arrêté du Conseil fédéral. Nous nous y rallions et vous recommandons donc de donner la garantie à ces constitutions ». Ce que le Conseil a fait, sans discussion (BO 2013 CE 3). Le Conseil national a fait de même le 11 mars 2013, également sans débat (BO 2013 CN 170-171).

²⁴ On pourrait donc tirer un parallèle avec ce qui s'est passé, en matière de suffrage féminin, le 1^{er} février 1959, lorsque le peuple (masculin) et les cantons suisses ont largement – par 69,6% des votants et tous les cantons – refusé d'accorder le droit de vote aux femmes en matière fédérale, alors que, le même jour, les citoyens (masculins) vaudois ont accepté le droit de vote des femmes en matière cantonale, décision qui a rapidement fait tache d'huile. En effet, plusieurs cantons ont introduit le suffrage féminin en matière cantonale et communale dans les années qui ont suivi (huit cantons jusqu'en février 1971) : Neuchâtel, le 27 septembre 1959, Genève, le 6 mars 1960, Bâle-Ville, le 26 juin 1966, Bâle-Campagne, le 23 juin 1968, le Tessin, le 19 octobre 1969, le Valais, le 12 avril 1970, Lucerne, le 25 octobre 1970, et Zurich, le 15 novembre 1970), avant que le peuple (65,7% contre 34,3% des voix, toujours exclusivement masculines) et les cantons suisses (par 14 cantons et trois demi-cantons contre cinq cantons et trois demi-cantons) ne changent d'avis et l'acceptent au plan fédéral, le 7 février 1971 (quatre autres cantons, Fribourg, Zoug, Schaffhouse et Argovie, faisant de même, le même jour, au plan cantonal et communal).

loi (cantonale) sur l'emploi et l'assurance-chômage, du 25 mai 2004, loi à laquelle ont été ajoutées plusieurs dispositions portant introduction de ce salaire minimum²⁵.

La loi prévoyait un salaire minimum de 20.- francs de l'heure, montant devant être adapté chaque année à l'évolution de l'indice suisse des prix à la consommation du mois d'août de l'année précédente²⁶. La modification légale, qui devait entrer en vigueur le 1^{er} janvier 2015, a fait l'objet de plusieurs recours au Tribunal fédéral.

10. Les recours au Tribunal fédéral et l'arrêt du 21 juillet 2017. – Quatre recours en matière de droit public ont en effet été déposés contre la loi neuchâteloise introduisant ce salaire minimum, par plusieurs associations patronales et entreprises, assistées de divers avocates et avocats.

Après avoir accordé l'effet suspensif au premier de ces recours, et joint les causes²⁷, le Tribunal fédéral a, dans son arrêt du 21 juillet 2017²⁸, jugé la loi neuchâteloise conforme à la Constitution et donc rejeté les recours²⁹.

Il a jugé en substance que, contrairement à ce qu'affirmaient les recourants, la loi neuchâteloise ne violait pas le principe de la primauté du droit fédéral de l'article 49 al. 1^{er} de la Constitution fédérale. En particulier, si la loi fédérale sur le travail édictée par la Confédération sur la base de l'article 110 de cette Constitution règle certes de manière exhaustive la protection des travailleurs, cela n'empêche pas les cantons de prendre certaines mesures, par exemple des mesures de politique sociale qui, sans avoir pour but principal la protection des travailleuses et des travailleurs en tant que telle, peuvent néanmoins avoir accessoirement un effet protecteur sur ceux-ci. Le Tribunal fédéral admet donc, sous cet angle, que les cantons ont bel et bien la compétence de fixer un salaire minimum pour des motifs de politique sociale³⁰.

Le Tribunal fédéral a par ailleurs également rejeté tous les autres griefs soulevés par les recourants, notamment³¹ une violation de la liberté économique (art. 27 Cst.)³² et de la liberté syndicale (art. 28 Cst.)³³.

En d'autres termes, la Constitution fédérale, telle qu'interprétée par le Tribunal fédéral dans cet arrêt, accorde aux cantons la compétence d'intervenir en matière de politique sociale et, dans ce cadre, de fixer notamment des salaires minimums, qui ont pour but (principal) de lutter contre la pauvreté et « de contribuer ainsi au respect de la dignité humaine (art. 7

²⁵ Voir les art. 32a à 32e de la *loi sur l'emploi et l'assurance-chômage* (LEmpl), du 25 mai 2004 (RS-NE 813.10), telle que modifiée en date du 28 mai 2014.

²⁶ L'indice de base étant celui du mois d'août 2014 ; cf. art. 32d al. 1 et 2 LEmpl.

²⁷ TF 2C_774/2014, du 21 juillet 2017, let. *C in fine* et cons. 1 (non publié aux ATF).

²⁸ L'arrêt a été partiellement publié aux ATF 143 I 403. On se référera à cette publication pour les extraits publiés, sinon à la version intégrale, TF 2C_774/2014.

²⁹ TF 2C_774/2014, dispositif, chiffre 2 (non publié aux ATF).

³⁰ ATF 143 I 403, cons. 7, spéc. 7.5 à 7.7, pp. 418-425. Pour une analyse détaillée de l'arrêt sous cet angle de la primauté du droit fédéral, cf. MAHON/STEFFANINI, précités (note 12), pp. 3 et 9-11, ainsi que DANTHE, précitée (note 12), N 38, pp. 14-16.

³¹ Pour les autres griefs invoqués, cf. TF 2C_774/2014, cons. 8 et 9 ; cf. aussi MAHON/STEFFANINI, précités (note 12), pp. 3-4, ainsi que DANTHE, précitée (note 12), NN 39-40, p. 16.

³² ATF 143 I 403, cons. 5, pp. 406-417. Pour une analyse de l'arrêt sous cet angle de la liberté économique, cf. MAHON/STEFFANINI, précités (note 12), pp. 2-3 et 7-9, ainsi que DANTHE, précitée (note 12), NN 28 à 34, pp. 12-14.

³³ ATF 143 I 403, cons. 6, pp. 417-418. Pour une analyse de l'arrêt sous cet aspect, cf. DANTHE, précitée (note 12), NN 35 à 37, p. 14.

Cst.) »³⁴, salaires minimums qui s'imposent donc sur le territoire cantonal, parfois même, si le canton en décide ainsi, aux relations de travail couvertes par une convention collective de travail (CCT) étendue par le Conseil fédéral³⁵.

Il convient de préciser que même si l'on peut éventuellement voir dans cet arrêt « un certain élargissement de la compétence cantonale par rapport à la jurisprudence antérieure »³⁶, le jugement concernant le salaire minimum neuchâtelois ne constitue pas une décision isolée et soudaine. Le Tribunal fédéral avait déjà clairement laissé entendre dans son arrêt du 8 avril 2010 qu'il n'était pas exclu qu'un salaire minimum cantonal puisse être conforme à la Constitution fédérale³⁷. La jurisprudence « neuchâteloise » sera d'ailleurs confirmée à deux reprises par la suite, comme on le verra encore³⁸.

11. L'entrée en vigueur et l'évolution de la loi neuchâteloise. – A la suite de la décision du Tribunal fédéral du 21 juillet, la loi instituant le salaire minimum a finalement pu entrer en vigueur, à Neuchâtel, le 1^{er} novembre 2017³⁹. Le Canton est ainsi devenu le premier, en Suisse, à instaurer un salaire minimum légal⁴⁰.

Pour l'année 2024, le salaire minimum de base était fixé à 21,09 francs l'heure, contre 20,77 francs pour 2023⁴¹.

2. Le salaire minimum dans le Canton du Jura

12. La concrétisation en 2017 du salaire minimum déjà prévu par la Constitution du 20 mars 1977. – Peu après Neuchâtel, le Canton du Jura s'est lui aussi doté d'un salaire minimum par le biais d'une loi du 22 novembre 2017, entrée en vigueur le 1^{er} février 2018⁴².

A vrai dire, dans le Canton du Jura, le principe d'un salaire minimal légal figurait déjà, depuis longtemps, dans la Constitution cantonale, du 20 mars 1977. Sous l'intitulé « Droit au travail », l'article 19 de cette Constitution prévoyait en effet, en son alinéa 3, que « [c]haque travailleur a droit à un salaire qui lui assure un niveau de vie décent ».

³⁴ ATF 143 I 403, cons. 5.4.1, p. 408.

³⁵ ATF 143 I 403, cons. 6.2 et 7.3.2-7.4, pp. 418 et 420-422.

³⁶ En ce sens, MAHON/STEFFANINI, précités (note 12), p. 11.

³⁷ TF 1C_357/2009, du 8 avril 2010, à propos de l'initiative populaire cantonale genevoise évoquée précédemment (« Pour le droit à un salaire minimum »), que le Grand Conseil avait déclarée invalide pour violation du droit fédéral, décision que le Tribunal fédéral avait annulée. Dans un arrêt antérieur d'une bonne cinquantaine d'années, concernant une initiative populaire dans le canton de Bâle-Ville, le Tribunal fédéral en avait jugé différemment (ATF 80 I 155, du 12 mai 1954).

³⁸ D'une part, implicitement, dans un arrêt du 10 mars 2017 (TF 1C_470/2016), à propos d'un arrêt de la Cour constitutionnelle du Canton du Jura (cf. N 13), d'autre part, explicitement, dans l'arrêt du 11 novembre 2021 concernant le salaire minimum tessinois (TF 2C_302/2020 et 2C_306/2020, cf. N 15 ci-dessous).

³⁹ Sur la question des effets dans le temps de l'arrêt du Tribunal fédéral, ainsi que de l'entrée en vigueur de la législation neuchâteloise, cf. MAHON/STEFFANINI, précités (note 12), pp. 11-13, ainsi que DANTHE, précitée (note 12), N 41, p. 16.

⁴⁰ DANTHE, précitée (note 12), N 19, pp. 8-9. Selon cette auteure, le nouveau salaire minimum devait toucher environ 2700 personnes travaillant dans le canton.

⁴¹ Cf. https://www.ne.ch/autorites/DECS/SEMP/organisation/Documents/2024%20Memento_SMIN.pdf, *Mémento sur le salaire minimum 2024* ; pour l'évolution depuis 2017, <https://www.ne.ch/autorites/DECS/SEMP/organisation/Documents/2024%20Archives%20salaires%20SMIN.pdf>

⁴² *Loi sur le salaire minimum cantonal*, du 22 novembre 2017, RS-JU 822.41, accompagnée maintenant d'une ordonnance d'exécution de la loi sur le salaire minimum cantonal, du 10 mai 2022, RS-JU 822.411.

La disposition avait obtenu la garantie de l'Assemblée fédérale en date du 28 septembre 1977⁴³. Dans son message relatif à cette garantie, le Conseil fédéral s'exprimait ainsi à propos de l'idée d'un tel salaire minimum⁴⁴ :

« Le salaire, qui fait l'objet de l'article 19, 3^e alinéa, relève du contrat de travail, régi par le droit civil fédéral. Il appartient aux parties de le déterminer d'un commun accord ; la liberté contractuelle prévaut. Selon l'article 6 du code civil, le droit public cantonal est toutefois réservé. Un canton pourrait, pour des raisons relevant de la police économique, prescrire des salaires minimaux lorsque, par exemple, les salaires payés ne suffisent pas à couvrir le minimum vital. Encore faudrait-il que la Confédération n'ait pas exercé cette compétence (cf. p. ex. l'art. 12 de la loi fédérale du 12 décembre 1940 sur le travail à domicile, RS 822.31), qu'un intérêt public soit menacé et qu'aucun autre moyen (tel que le contrat collectif de travail) ne paraisse convenir ; il importerait aussi de respecter le principe de la proportionnalité. C'est seulement dans les limites que nous venons d'esquisser qu'un canton peut garantir des salaires minimaux en faveur de ses fonctionnaires et employés. »

Même s'il voyait ce salaire minimum se situer dans des limites étroites, le Conseil fédéral n'en a pas moins considéré, en 1977 déjà, que la disposition qui le prévoyait pouvait être garantie comme conforme au droit fédéral, et le Parlement l'a suivi.

La disposition constitutionnelle n'a cependant été concrétisée qu'une quarantaine d'années plus tard.

13. L'initiative populaire et la loi du 22 novembre 2017. – C'est en effet une initiative populaire cantonale, intitulée « Un Jura aux salaires décents », déposée en automne 2009, qui a (re)mis l'ouvrage sur le métier, en demandant la création d'une base légale pour instituer un salaire minimum. L'initiative a été acceptée le 3 mars 2013 par 54,2% des citoyennes et citoyens jurassiens qui ont pris part au vote⁴⁵. La mise en œuvre de l'initiative a cependant connu diverses vicissitudes, notamment un (premier) refus d'entrer en matière du Parlement cantonal, du 9 septembre 2015, sur le projet de loi présenté par le Gouvernement en février 2015, décision « corrigée » par un arrêt de la Cour constitutionnelle du 9 février 2016, suivie néanmoins d'un nouveau refus d'entrer en matière du Parlement, en date du 27 avril 2016, avec un nouveau recours à la Cour constitutionnelle, dont la seconde décision, du 31 août 2016⁴⁶, a fait l'objet d'un recours que le Tribunal fédéral a jugé irrecevable dans son arrêt du 10 mars 2017⁴⁷.

Ce n'est donc finalement que le 22 novembre 2017 que le Parlement jurassien a adopté la loi sur le salaire minimum cantonal, qui prévoit un salaire minimum de base dont le montant est actuellement, depuis 2022, fixé à 21,40 francs l'heure pour les personnes travaillant dans le canton⁴⁸. Ce salaire minimum ne s'applique toutefois pas aux rapports de travail régis par

⁴³ Arrêté fédéral concernant la garantie fédérale de la constitution du futur canton du Jura, du 28 septembre 1977, FF 1977 III 266.

⁴⁴ Message concernant la garantie de la constitution du futur canton du Jura, du 20 avril 1977, FF 1977 II 259, 267. Cf. DANTHE, précitée (note 12), N 18, où ce passage est aussi reproduit.

⁴⁵ <https://votations.jura.ch/app/archive/CHA/SCH/Votations/2013/Votations-du-3-mars-2013/Resultats-des-votations-du-03-03-2013.html>, pour les résultats du scrutin. Cf aussi DANTHE, précitée (note 12), N 18, pp. 7-8.

⁴⁶ CST 2/2016, RJJ 2016, 31, pour le second arrêt de la Cour constitutionnelle, du 31 août 2016, qui obligeait le Parlement à entrer en matière. Cf aussi DANTHE, précitée (note 12), N 18, pp. 7-8.

⁴⁷ TF 1C_470/2016, du 10 mars 2017, où est relatée en détail, dans l'état des faits, cette évolution plus que tortueuse.

⁴⁸ Cf. <https://www.jura.ch/fr/Autorites/Administration/DES/Economie-et-Emploi-SEE/Conditions-de-travail/Conditions-de-travail/Salaire-minimum.html#>.

une convention collective de travail, étendue ou non, qui comporte un salaire minimum chiffré⁴⁹, ou par un contrat-type⁵⁰.

3. Le salaire minimum dans le Canton du Tessin

14. **L'initiative populaire et la révision constitutionnelle du 14 juin 2015.** – Au Tessin, c'est aussi à la suite d'une initiative populaire cantonale, comme dans le Jura, qu'a été introduit un salaire minimum. L'initiative « *Salvare il lavoro nel Ticino* » a été acceptée par le corps électoral tessinois le 14 juin 2015, à une majorité de 54,7% des votantes et des votants. Elle a conduit à l'introduction dans la Constitution cantonale d'un nouvel article 13 al. 3, dont la teneur était la suivante⁵¹ :

« Toute personne a droit à un salaire minimal lui garantissant une existence digne.

En l'absence d'un salaire minimal garanti par une convention collective de travail de portée obligatoire ou prévoyant un salaire minimal obligatoire, le salaire minimal est fixé par le Conseil d'État, sous la forme d'un pourcentage du salaire médian national pour l'activité ou la branche économique concernées. »

Cette disposition constitutionnelle a obtenu la garantie de l'Assemblée fédérale, sans aucune discussion, le 12 juin 2017⁵². Dans son message, du 1^{er} février 2017, le Conseil fédéral s'exprimait à nouveau sur la compatibilité des salaires minimaux cantonaux, et cela avant, encore une fois, l'arrêt du Tribunal fédéral relatif à la législation neuchâteloise. Il le faisait ainsi⁵³ :

« Le salaire minimal vise à garantir un niveau de vie minimal. Le nouvel art. 13, al. 3, deuxième partie charge le Conseil d'État de fixer les salaires minimaux dans les branches où il n'existe pas de convention collective de travail qui en prévoit. La disposition est placée au titre III de la cst. TI, consacré aux droits et buts sociaux ; la constitution cantonale ne prévoit pas de section où les tâches du canton seraient énumérées. L'inscription du salaire minimal à l'art. 13 cst. TI en fait un droit social, alors qu'il était un but social lorsqu'il figurait à l'art. 14 cst. TI.

Selon les auteurs de l'initiative, la nouvelle disposition complique l'engagement de frontaliers à des salaires réduits et diminue la pression exercée sur les salaires des travailleurs locaux. Le nouveau texte ne désigne pas explicitement ce but, mais demande seulement la fixation de salaires minimaux dans les branches où il n'y en a pas encore.

Les critères d'introduction du salaire minimal cantonal et de son calcul en fonction de la branche sont définis de manière analogue à l'art. 34a de la constitution du canton de Neuchâtel [avec référence à la disposition constitutionnelle neuchâteloise et au message du Conseil fédéral qui s'y réfère] et du texte d'une initiative du canton de Genève qui a été examinée par le Tribunal fédéral [avec référence à l'arrêt du Tribunal fédéral du 8 avril 2010].

⁴⁹ *Ibidem*. Voir aussi l'art. 3 al. 3, let. a et b, de la loi, RS-JU 822.41.

⁵⁰ Art. 3 al. 4 de la loi, RS-JU 822.41.

⁵¹ Pour la traduction française du texte, voir le *Message sur la garantie des constitutions révisées des cantons de Bâle-Ville, de Bâle-Campagne, du Tessin, de Genève et du Jura*, du 1^{er} février 2017, FF 2017 1383, 1387. Cf. aussi DANTHE, précitée (note 12), N 20, pp. 10-11.

⁵² *Arrêté fédéral sur la garantie des constitutions révisées des cantons de Bâle-Ville, de Bâle-Campagne, du Tessin, de Genève et du Jura*, du 12 juin 2017, FF 2017 4141. Au Conseil des États, le 29 mai 2017, le rapporteur de la Commission des institutions politiques indiquait, à propos de la garantie de ces diverses constitutions : « Aus der Sicht der SPK gibt es aber keine Probleme mit dem Bundesrecht, sodass diesen Verfassungsänderungen zugestimmt werden kann respektive diese gewährleistet werden können », cf. BO 2017 CE 330 (intervention *Peter Föhn*, rapporteur). Le Conseil national a adhéré à la décision du premier conseil, le 12 juin 2017, également sans aucune discussion, BO 2017 CN 1032.

⁵³ Message précité (note 51), FF 2017 1383, 1388-1389. Cf. également DANTHE, précitée (note 12), N 20, pp. 10-11, où ce passage est aussi reproduit, en partie.

La compétence cantonale de fixer un salaire minimal est reconnue dans certaines limites étroites [avec références]. Les cantons n'ont pas le droit de légiférer dans les domaines qui sont entièrement réglés par la législation fédérale, sauf s'ils poursuivent un but différent de cette dernière [avec référence à un arrêt du Tribunal fédéral, 1C_33/2013 du 19 mai 2014, consid. 2.1]. La lutte contre la sous-enchère sociale et salariale peut être menée au moyen des instruments mis en place par la Confédération dans le cadre des mesures d'accompagnement. Depuis le 1er janvier 2004, les art. 360a ss du code des obligations (CO) permettent l'édiction de contrats-types de travail prévoyant des salaires minimaux contraignants pour les employeurs domiciliés en Suisse et pour les employeurs domiciliés à l'étranger qui détachent des travailleurs en Suisse. De tels contrats ayant un caractère normatif, ils ôtent pratiquement toute marge de manœuvre aux cantons pour édicter des salaires minimaux afin de lutter contre le dumping social ou salarial. Les cantons sont toutefois libres d'édicter des salaires minimaux pour lutter contre la pauvreté. Selon l'art. 13, al. 2, cst. TI, le salaire minimal est fixé par le Conseil d'État pour une branche donnée. Les restrictions de la liberté économique (art. 27 et 36 Cst.) voire de la liberté syndicale (art. 28 Cst.) découlant de la fixation d'un salaire minimum doivent reposer sur une base légale formelle. Elles doivent être justifiées par un intérêt public qui ne soit pas déjà entièrement protégé par des normes fédérales. La proportionnalité des atteintes aux droits fondamentaux mentionnés est garantie par les conditions fixées à l'art. 13, al. 3, deuxième phrase cst. TI.

Les nouvelles dispositions de la cst. TI pouvant être interprétées et mises en œuvre de manière conforme à la Constitution fédérale, elles peuvent recevoir la garantie fédérale. »

15. La loi du 11 décembre 2019 et l'arrêt du Tribunal fédéral du 11 novembre 2021. – Le Gouvernement tessinois a présenté un projet de loi concrétisant la disposition constitutionnelle en novembre 2017 et le Grand Conseil a adopté la nouvelle loi sur le salaire minimum en date du 11 décembre 2019⁵⁴.

Comme à Neuchâtel, la loi a fait l'objet de (deux) recours en matière de droit public auprès du Tribunal fédéral, de la part de diverses entreprises. Dans son long arrêt⁵⁵ du 11 novembre 2021, le Tribunal fédéral a pleinement confirmé sa jurisprudence « neuchâteloise » et rejeté tous les griefs – nouveaux pour certains – soulevés par les recourants à l'encontre du salaire minimum tessinois⁵⁶. Il a donc confirmé que la Constitution fédérale, dûment interprétée, laisse subsister pour les cantons la compétence d'édicter des salaires minimums, pour autant que ceux-ci poursuivent un but de politique sociale – et non de politique économique –, la lutte contre la pauvreté, et qu'ils se situent à un niveau relativement bas, proche du revenu minimum résultant des systèmes d'assurances sociales et de l'aide sociale⁵⁷. Dans ce cadre étroitement limité, une telle mesure cantonale ne viole ni la primauté du droit fédéral, ni la liberté économique, dans ses dimensions institutionnelles (art. 94 Cst.)⁵⁸ et individuelle (art. 27 Cst.)⁵⁹, pas plus qu'elle n'est contraire à l'égalité de traitement (art. 8 Cst.), à la loi fédérale sur le marché intérieur, au droit à une aide en cas de détresse (art. 12 Cst.) ou encore à la liberté syndicale (art. 28 Cst.), tous autres griefs soulevés par les recourants, et écartés par le Tribunal fédéral⁶⁰.

⁵⁴ *Legge sul salario minimo*, du 11 décembre 2019, RS-TI 843.600. La loi est accompagnée d'un *Regolamento della legge cantonale sul salario minimo* (RLSM), du Conseil d'État, du 18 novembre 2020, RS-TI 843.610.

⁵⁵ L'arrêt compte environ 14 pages.

⁵⁶ TF 2C_302/2020 et 2C_306/2020 (recours joints).

⁵⁷ TF 2C_302/2020 et 2C_306/2020, cons. 8.1 et 8.5.1.

⁵⁸ TF 2C_302/2020 et 2C_306/2020, cons. 8.

⁵⁹ TF 2C_302/2020 et 2C_306/2020, cons. 9.

⁶⁰ Pour ces quatre autres griefs, voir les considérants 10 à 13, respectivement, de l'arrêt.

16. **L'entrée en vigueur et l'évolution de la loi tessinoise.** – A la suite du prononcé de la décision du Tribunal fédéral, la loi sur le salaire minimum est entrée en vigueur formellement le 1^{er} janvier 2021⁶¹. Elle prévoit que le salaire minimum brut est fixé, annuellement, par décret du Conseil d'État, dans une fourchette déterminée par la loi, laquelle doit se situer, au terme de plusieurs paliers d'augmentation, entre 19.75 et 20.25 francs l'heure en 2024, ce salaire minimum étant adapté chaque année en fonction de l'indice national des prix à la consommation⁶². Un décret gouvernemental fixe ainsi, chaque année, le montant du salaire minimum pour les diverses branches et activités économiques⁶³.

La loi prévoit certaines exceptions au salaire minimum, lequel ne s'applique pas, notamment, aux rapports de travail pour lesquels est en vigueur une convention collective généralement obligatoire ou qui fixe un salaire minimum obligatoire⁶⁴.

Il semble que cette exception, pour toutes les conventions collectives, même celles qui ne sont pas étendues, fixant un salaire minimum obligatoire – par hypothèse inférieur au salaire légal – ait entraîné quelques abus ou tentatives d'abus. Pour contourner le salaire minimum légal, certaines entreprises semblent en effet avoir créé une association d'employeurs en vue de conclure, avec un syndicat également nouvellement créé et pratiquement « fictif »⁶⁵, une convention collective instituant des salaires minimums obligatoires sensiblement inférieurs (de 15 francs l'heure) à celui prévu par la loi⁶⁶. Une décision de l'Office cantonal de l'inspection du travail, du 23 mai 2022, a mis fin à cette pratique abusive et l'a sanctionnée⁶⁷.

4. Le salaire minimum à Genève

17. **Une nouvelle initiative populaire en matière législative.** – A Genève, c'est également, comme dans le Jura et au Tessin, à la suite d'une initiative populaire, une nouvelle initiative en matière législative, après celle rejetée en novembre 2011⁶⁸, qu'un salaire minimum a été institué. L'initiative populaire « 23 francs, c'est un minimum » a été acceptée par les citoyennes et les citoyens genevois, à une majorité de 58,16% des voix exprimées, lors de la votation du 27 novembre 2020⁶⁹. Elle consistait en une modification de la *loi sur l'inspection et les relations du travail*, du 12 mars 2004⁷⁰, dans laquelle ont été introduits un nouveau

⁶¹ Art. 13 al. 2 de la loi, RS-TI 843.600.

⁶² Voir les art. 4 al. 1 et 11 de la loi, RS-TI 843.600.

⁶³ Actuellement, voir le *Decreto esecutivo concernente il salario minimo orario per settore economico*, du 4 octobre 2023, RS-TI 843.620.

⁶⁴ Art. 3 al. 1, let. i, de la loi, RS-TI 843.600.

⁶⁵ Le syndicat « Tisin », comptant très peu de membres, et au sein du comité duquel figuraient certaines personnalités politiques membres ou proches de la Lega, de même que certains des entrepreneurs concernés eux-mêmes !

⁶⁶ Cf. Gerhard Lob, *Fragwürdiger Trick: Rechtspopulisten sabotieren den neuen Mindestlohn mit einer Pseudogewerkschaft*, *Aargauer-Zeitung*, 7 octobre 2021, <https://www.aargauerzeitung.ch/schweiz/tessin-fragwuerdiger-trick-rechtspopulisten-sabotieren-den-neuen-mindestlohn-mit-einer-pseudo-gewerkschaft-ld.2198717>.

⁶⁷ Pour l'annonce de cette décision, et des extraits, cf. <https://www.laregione.ch/cantone/ticino/1591540/tisin-salario-lavoro-associazione-contratto-ispettorato-operazione>. Voir en outre, pour les réactions syndicales et les conséquences de la décision, notamment la réponse des entreprises concernées, lesquelles ont finalement renoncé à faire recours, <https://www.laregione.ch/cantone/ticino/1591545/tisin-decisione-sanzione-ispettorato-fa>, ainsi que <https://www.cdt.ch/news/salario-minimo-ticino-manufacturing-ritira-il-ricorso-e-chiude-con-tisin-295240>.

⁶⁸ Voir la note 19 ci-dessus.

⁶⁹ Pour les résultats de la votation, <https://www.ge.ch/votations/20200927/cantonal/>.

⁷⁰ RS-GE J 1 05.

chapitre IV B, intitulé « Salaire minimum », et six nouveaux articles, 39i à 39n, réglementant ce salaire minimum⁷¹.

18. **Le contenu et l'évolution de la loi.** – Entrée en vigueur le 31 octobre 2020, la modification légale prévoit un salaire minimum de 23 francs l'heure pour toutes les travailleuses et travailleurs « accomplissant habituellement leur travail dans le canton »⁷². Ce salaire minimum est indexé chaque année « sur la base de l'indice des prix à la consommation du mois d'août, par rapport à l'indice en vigueur le 1^{er} janvier 2018 » (en cas d'augmentation de l'indice, seulement)⁷³.

Actuellement, pour l'année 2024, le salaire minimum brut est de 24.32 francs l'heure, et de 17.87 francs dans l'agriculture⁷⁴.

Le salaire minimum ainsi fixé prime sur ceux prévus par un contrat individuel de travail, une convention collective ou un contrat-type qui lui sont inférieurs⁷⁵.

5. Le salaire minimum à Bâle-Ville

19. **L'initiative populaire et le contre-projet.** – Dans le Canton de Bâle-Ville, c'est aussi, comme à Genève et dans les autres cantons, une initiative populaire qui a déclenché l'introduction d'un salaire minimum cantonal⁷⁶. Le 13 juin 2021, en effet, les citoyennes et les citoyens de Bâle-Ville ont rejeté, à une majorité de 50,68%, une initiative populaire intitulée « Pas de salaire inférieur à 23 francs », déposée en mars 2019, mais ont en revanche accepté, à une majorité de 53,77%, la loi, adoptée par le Grand Conseil en janvier 2021, qui faisait office de contre-projet à l'initiative⁷⁷. Ce contre-projet prévoyait pour sa part un salaire minimum de 21 francs de l'heure. La loi en question a été mise en vigueur par le Conseil d'État le 1^{er} juillet 2022⁷⁸ et Bâle-Ville est ainsi devenu le cinquième canton, le premier en Suisse alémanique, à disposer d'un salaire minimum cantonal.

20. **Le contenu de la loi et l'évolution du salaire minimum.** – Le salaire minimum de base, qui est fixé par la loi à 21 francs l'heure, est adapté toutes les années sur la base de l'indice mixte, pour autant que celui-ci soit positif⁷⁹. Pour l'année 2024, il se situe à 21.70 francs, auxquels

⁷¹ La modification de la loi a été accompagnée d'une révision, en date du 21 avril 2021, du *Règlement d'application de la loi sur l'inspection et les relations du travail (RIRT)*, du 23 février 2005, RS-GE J 1 05.01, dans lequel ont aussi été introduits un nouveau chapitre IV B, « Salaire minimum cantonal », et de nouveaux articles 56D à 56H, qui précisent et complètent les dispositions légales.

⁷² Art. 39i et 39k al. 1 de la loi, RS-GE J 1 05.

⁷³ Art. 39k al. 3 de la loi, RS-GE J 1 05.

⁷⁴ Voir l'*Arrêté relatif au salaire minimum cantonal pour l'année 2024 (ArSMC-2024)*, du Conseil d'État, du 11 octobre 2023, RS-GE J 1 05.03.

⁷⁵ Art. 39l de la loi, RS-GE J 1 05.

⁷⁶ Voir à ce sujet le rapport du Gouvernement cantonal, du 18 décembre 2019, *Ratschlag und Bericht betreffend kantonale Volksinitiative „Kein Lohn unter 23.-“ und Gegenvorschlag für ein Gesetz über den kantonalen Mindestlohn (Mindestlohngesetz, MiLoG)*, accessible sous <https://grosserrat.bs.ch/dokumente/100391/000000391169.pdf>.

⁷⁷ Pour les résultats de la votation, <https://media.bs.ch/dynamic/noop/d70661d06743af92cdb9b9bf69612762de7d021/w-a-2021-06-13-schlussresultat-kant.pdf>.

⁷⁸ *Gesetz über den kantonalen Mindestlohn (Mindestlohngesetz, MiLoG)*, du 13 janvier 2021, RS-BS 812.200. La loi est accompagnée d'une ordonnance d'exécution, *Verordnung über den kantonalen Mindestlohn (MiLoV)*, du 12 avril 2022, en vigueur également le 1^{er} juillet 2022, RS-BS 812.210.

⁷⁹ Art. 3 al. 1 et 2, de la loi, RS-BS 812.200.

s'ajoutent, pour les personnes rémunérées à l'heure, des suppléments de 1.81 francs pour les vacances et de 0,08 francs pour les jours fériés, soit un montant total de 23.59 francs⁸⁰.

Le salaire minimum cantonal n'est pas applicable aux personnes qui sont soumises à une convention collective de travail déclarée de force obligatoire ou un contrat-type de travail qui prévoient un salaire minimum⁸¹.

6. Le salaire minimum dans les communes de Zurich et de Winterthur ainsi que les tentatives dans d'autres cantons et communes

21. **Les salaires minimums en Ville de Zurich et en Ville de Winterthur.** – Après les cinq cantons évoqués, les Communes de Zurich et de Winterthur ont elles aussi décidé d'introduire un salaire minimum, toutes deux en date du 18 juin 2023 et toutes deux également par la voie de votations faisant suite à des initiatives populaires⁸². A Zurich, c'est le contre-projet du Conseil municipal à une initiative populaire qui a été accepté par le corps électoral, à une majorité de 69,43% des votantes et des votants, alors qu'à Winterthur, l'initiative populaire elle-même a été acceptée, à une majorité de 65,52%. A Zurich, le salaire minimum de base prévu est de 23.90 francs, à Winterthur de 23 francs l'heure. Dans les deux communes, toutefois, certains milieux économiques et des associations patronales ont déposé des recours, recours écartés dans un premier temps par les conseils de districts respectifs, dont les décisions ont cependant été portées au Tribunal administratif, de manière à retarder la mise en œuvre de la volonté populaire⁸³. On précisera encore que l'introduction d'un tel salaire minimum dans les communes zurichoises concernées avait fait l'objet d'un avis de droit établi notamment par le professeur Felix Uhlmann de l'Université de Zurich⁸⁴, qui, aux termes d'une analyse fouillée, aboutissait à la conclusion que l'introduction d'un salaire minimum communal était admissible, au même titre, pour l'essentiel, que les dispositions appelées à concrétiser ce salaire minimum⁸⁵.

⁸⁰ Informations fournies sur le site de l'Office pour l'économie et l'emploi (*Amt für Wirtschaft und Arbeit*), <https://www.bs.ch/wsu/awa/arbeitsbeziehungen/loehne/mindestlohn>.

⁸¹ Art. 2 al. 2, let. h, de la loi, RS-BS 812.200. Cf. aussi les informations fournies sur le site de l'Office pour l'économie et l'emploi (référence dans la note précédente).

⁸² Il y a lieu de préciser qu'une autre votation populaire du même type, dans une troisième commune du Canton, celle de Kloten, s'est soldée par un échec.

⁸³ Voir, sur le site de la Ville de Zurich, les informations concernant les résultats du vote, le texte du contre-projet accepté, ainsi que les explications sur les procédures judiciaires en cours, https://www.stadt-zuerich.ch/sd/de/index/ueber_das_departement/strategie/existenzsicherung/mindestlohn.html#:~:text=Der%20Mindestlohn%20betr%C3%A4gt%20brutto%2023.90%20Franken%20pro%20Stunde. Voir aussi, pour la situation à Winterthur, sur le site de la Commune, <https://stadt.winterthur.ch/gemeinde/verwaltung/stadtkanzlei/kommunikation-stadt-winterthur/medienmitteilungen-stadt-winterthur/mindestlohn-einfuehrung-verzoegert-sich>, ainsi que <https://www.gbkz.ch/news/artikel/details/bezirksrat-winterthur-lehnt-mindestlohn-rekurs-ab#:~:text=Medienmitteilung%20zum%20Mindestlohn%20in%20der,Franken%20Lohn%20pro%20Stunde%20erhalten>, et <https://www.landbote.ch/initiative-in-winterthur-arbeitgeber-unterliegen-mit-rekurs-gegen-mindestlohn-530173397705>.

⁸⁴ Voir UHLMANN FELIX/STALDER BEAT/WILHELM MARTIN, *Gutachten zuhanden der Städte Zürich, Kloten und Winterthur betreffend Gültigkeit der Volksinitiativen mit dem Titel « Ein Lohn zum Leben »*, du 26 mars 2021 (ci-après : *avis de droit UHLMANN/STALDER/WILHELM*). L'avis figurait en annexe du document soumis au vote dans la Commune de Winterthur et est consultable sur le site de la Commune, sous <https://stadt.winterthur.ch/themen/leben-in-winterthur/arbeitssteuern/mindestlohn-in-winterthur>.

⁸⁵ Cf. *avis de droit UHLMANN/STALDER/WILHELM*, précité (note précédente), N 99, p. 31, pour le principe, ainsi que les NN 100 à 108, pp. 32-34, pour les diverses dispositions de concrétisation.

22. **Quelques autres initiatives et vellétés d'introduire des salaires minimaux.** – En plus des cantons et communes évoqués ci-dessus, on relèvera encore qu'il existe d'autres vellétés d'introduire des salaires minimaux à l'échelle régionale ou locale, le plus souvent par voie d'initiatives populaires. Par exemple, dans le Canton de Vaud, une coalition d'une vingtaine d'organisations a lancé en mai 2023 deux initiatives populaires cantonales, l'une constitutionnelle, l'autre législative. La première demande l'ancrage dans la Constitution vaudoise du principe d'un salaire minimum, la seconde propose une nouvelle loi prévoyant un salaire minimum obligatoire de 23 francs de l'heure. L'idée de ces deux initiatives complémentaires est d'épargner aux personnes intéressées une longue attente en cas d'acceptation dans les urnes⁸⁶. Les deux initiatives ont été déposées à l'automne 2023, munies chacune de plus de 16 000 signatures⁸⁷.

En juillet 2023, le syndicat Unia a déposé une initiative populaire dans le canton de Bâle-Campagne, demandant un salaire minimum cantonal de 22 francs de l'heure⁸⁸.

Par ailleurs, le 1^{er} mai 2024, des initiatives du même genre, demandant des salaires entre 23 et 24 francs de l'heure environ, ont été lancées dans les villes de Berne, Bienne et Schaffhouse⁸⁹.

C. L'histoire de la motion Ettlín

1. La motion Ettlín et son acceptation

23. **Le dépôt et les dessous de la motion.** – La motion Ettlín a été déposée, on l'a dit, le 18 décembre 2020. Elle entendait donner au Conseil fédéral le mandat de présenter un projet de révision de la *loi fédérale permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail*, de manière à y introduire une disposition prévoyant que les règles d'une « convention collective de travail déclarée de force obligatoire concernant le salaire minimum, le 13^e mois de salaire et le droit aux vacances priment sur les dispositions contraires des cantons »⁹⁰.

Le moment du dépôt de la motion, le 18 décembre 2020, coïncide pratiquement avec l'entrée en vigueur de la loi cantonale instituant un salaire minimum à Genève⁹¹, le deuxième canton, après Neuchâtel, prévoyant que le salaire minimum légal cantonal l'emporte sur celui éventuellement prévu par des conventions collectives, même étendues, sauf si ce dernier est supérieur au salaire minimum légal. Du reste, l'auteur de la motion se référait explicitement, dans son développement, au fait qu'après Neuchâtel, Genève avait décidé l'introduction d'un salaire minimum et que « d'autres cantons pourraient suivre ces exemples ». Comme on l'a en partie déjà vu, l'auteur s'exprimait ainsi⁹² :

⁸⁶ <https://unia.ch/fr/monde-du-travail/de-a-a-z/salaires/news/article/a/19980>.

⁸⁷ <https://unia.ch/fr/monde-du-travail/de-a-a-z/salaires/news/article/a/20255>.

⁸⁸ <https://unia.ch/fr/monde-du-travail/de-a-a-z/salaires/news/article/a/2013>.

⁸⁹ <https://unia.ch/fr/monde-du-travail/de-a-a-z/salaires/news/article/a/20840>.

⁹⁰ Voir les NN 1 et 2 ci-dessus.

⁹¹ Loi qui est entrée en vigueur le 31 octobre 2020, cf. NN 17 et 18 ci-dessus.

⁹² Pour le texte de la motion et son développement, voir <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefft?AffairId=20204738> (déjà cité en notes 2 et 4 ci-dessus).

« L'introduction du salaire minimum dans le canton de Neuchâtel met à rude épreuve un partenariat social qui, en Suisse, a fait ses preuves, d'autant que depuis un arrêt controversé rendu par le Tribunal fédéral en août 2017, ce salaire minimum s'applique également aux entreprises des secteurs qui ont conclu une convention collective de travail étendue au niveau national (CCT étendue). Cet arrêt crée en effet une situation regrettable qui veut qu'une CCT déclarée de force obligatoire pour l'ensemble de la Suisse par le Conseil fédéral puisse être invalidée par des dispositions cantonales.

Le 27 septembre 2020, le canton de Genève a approuvé une initiative populaire demandant la mise en place d'un salaire minimum de 23 CHF, celui-ci s'appliquant également aux secteurs liés par une CCT étendue, et d'autres cantons pourraient suivre ces exemples. Il convient donc de préciser aujourd'hui que les conventions entre associations syndicales et associations patronales que le Conseil fédéral déclare de force obligatoire pour toute la Suisse l'emportent sur certaines dispositions cantonales.

Suite à l'arrêt précité du Tribunal fédéral, il n'est plus à exclure que les cantons édictent dans de nombreux domaines du droit du travail des dispositions qui, en vertu de l'art. 358 du code des obligations, primeront sur les dispositions d'une CCT (étendue ou non). De fait, les cantons peuvent aller plus loin que le droit fédéral tant que celui-ci n'exclut pas cette possibilité. Cela signifie qu'il serait possible de contourner une CCT étendue non seulement en matière de salaire minimum, mais aussi sur d'autres points touchant les coûts salariaux, comme le 13^e mois de salaire ou le droit aux vacances, tandis que les dispositions cantonales relatives aux jours fériés continueront de primer sur le droit fédéral.

La modification de la LECCT que je propose permettra de mettre fin à cette insécurité juridique et de renforcer un partenariat social certes éprouvé mais qui risque d'être mis à mal par le droit cantonal et par certains traités internationaux. Ce partenariat social a assuré la paix du travail en Suisse pendant plus d'un siècle, et il devrait continuer à le faire pendant les cent prochaines années. »

On le voit, et comme déjà relevé, la modification législative a donc pour but de faire primer les salaires minimums prévus par une convention collective étendue à l'échelle nationale par le Conseil fédéral sur les éventuels salaires minimums instaurés par le droit cantonal, même lorsque les seconds seraient supérieurs aux premiers, et de contourner ainsi, ou de corriger, sur un point précis, l'état du droit fixé par la jurisprudence du Tribunal fédéral⁹³.

Après avoir été renvoyée en commission, pour examen préalable, le 18 mars 2021, la motion a été traitée par le Conseil des États en date du 14 juin 2022. Avant d'examiner les décisions des Chambres, il convient encore de préciser qu'une motion *Baumann*, poursuivant un objectif identique mais formulée de façon un peu différente, avait déjà été déposée, quelques années auparavant, et rejetée par le Conseil des États, à fin 2019.

24. La motion 18.3934 Baumann, du 27 septembre 2018, et son rejet par le Conseil des États.

– En effet, à la suite de l'arrêt du Tribunal fédéral concernant le salaire minimum neuchâtelois, de juillet 2017, le Conseiller aux États uranais Isidor Baumann avait déjà déposé, le 27 septembre 2018, une motion intitulée « *Conventions collectives nationales de travail. Renforcer le partenariat social* », qui demandait que les conventions collectives de travail étendues priment sur l'ensemble des dispositions de droit (public) cantonal contraires. Comme cela ressort de son développement, la motion était déjà dirigée contre l'arrêt du Tribunal fédéral concernant la loi neuchâteloise, arrêt qui « a inutilement ébranlé [l]e système » des « conventions collectives nationales de travail dont le Conseil fédéral a étendu

⁹³ Voir le N 2 ci-dessus. Sur les dessous de la motion, notamment les milieux, associations et personnes qui sont à sa source, notamment *Gastro-Suisse* et son président, voir l'enquête réalisée par l'hebdomadaire *Republik*, dans son édition du 8 mars 2024, <https://www.republik.ch/2024/03/08/ein-gefaehrlicher-plan>.

le champ d'application », et qui « crée [...] une situation regrettable qui veut qu'une convention collective de travail (CCT) conclue par les partenaires sociaux et déclarée de force obligatoire pour l'ensemble de la Suisse par le Conseil fédéral puisse être invalidée par des dispositions cantonales ». L'auteur ajoutait qu'il faut donc « revenir à ce qui prévalait autrefois, à savoir qu'une convention conclue par les syndicats et les organisations patronales et déclarée de force obligatoire par le Conseil fédéral pour l'ensemble du territoire prime les dispositions cantonales qui pourraient s'en écarter »⁹⁴.

Quoi qu'il en soit, suivant l'avis du Conseil fédéral⁹⁵, mais contre l'avis de sa Commission de l'économie et des redevances⁹⁶, le Conseil des États a rejeté la motion *Baumann* le 19 décembre 2019, par 24 voix contre 16 et une abstention⁹⁷.

25. L'avis du Conseil fédéral et l'adoption de la motion Ettlín par le Conseil des États et le Conseil national. – La motion *Ettlín*, elle, a été discutée au Conseil des États en date du 14 juin 2022⁹⁸, sur la base d'un rapport de la Commission de l'économie et des redevances de ce conseil du 25 avril 2022⁹⁹. Contre l'avis de sa commission, qui en proposait le rejet par sept voix contre quatre et deux abstentions, et contre l'avis du Conseil fédéral, la Chambre haute a adopté la motion par 28 voix contre 16 et une abstention¹⁰⁰.

Le Conseil fédéral avait déjà exprimé son opposition à la motion lors de la discussion au moment du dépôt de celle-ci et de son développement. Pour lui, l'objectif de la motion « est problématique pour plusieurs raisons » : d'une part, dans la mesure où il s'agit « de faire obstacle à la compétence accordée par la Constitution aux cantons d'intervenir dans le domaine de la politique sociale et de fixer des salaires minimaux à ce titre » ; d'autre part, dans la mesure où « il est en outre question de faire prévaloir une CCT étendue sur des lois cantonales ou même sur des constitutions cantonales », alors qu'« une CCT étendue ne bénéficie pas de la même légitimation démocratique qu'une loi cantonale ». Le Conseil fédéral

⁹⁴ Pour le texte et le développement de la motion, ainsi que l'avis du Conseil fédéral, du 21 novembre 2018, <https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefte?AffairId=20183934>. La dernière phrase de cette motivation, à savoir l'idée de « revenir à ce qui prévalait autrefois ... », est indiscutablement trompeuse, en ce sens qu'il n'a jamais été prévu « qu'une convention conclue par les syndicats et les organisations patronales et déclarée de force obligatoire par le Conseil fédéral pour l'ensemble du territoire prime les dispositions cantonales qui pourraient s'en écarter » : au contraire, depuis qu'il existe, soit depuis le 1^{er} janvier 1957, l'art. 358 CO (ancien art. 323^{quater}) a toujours prévu, sans jamais varier, que le « droit impératif de la Confédération et des cantons l'emporte sur la convention ; les dérogations stipulées en faveur des travailleurs sont toutefois valables, à moins que le droit impératif ne s'y oppose » (voir le texte d'origine, introduit par la loi fédérale permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail, du 28 septembre 1956, FF 1956 II 261-270, spéc. 269, texte qui est pratiquement identique à l'actuel).

⁹⁵ Tout en reconnaissant « qu'un salaire minimum cantonal est susceptible de générer des tensions au sein des différentes conventions collectives de travail », le Conseil fédéral jugeait « néanmoins que cette simple éventualité ne suffit pas, à l'heure actuelle, à justifier une ingérence d'une portée potentiellement considérable, comme le réclame l'auteur de la motion », dans le système fédéral de la répartition des compétences. Pour la référence, voir la note précédente.

⁹⁶ Cf. 18.3934 é Mo. *Baumann. Conventions collectives nationales de travail. Renforcer le partenariat social, Rapport de la Commission de l'économie et des redevances*, du 14 novembre 2019, https://www.parlament.ch/centers/kb/Documents/2018/Rapport_de_la_commission_CER-E_18.3934_2019-11-14.pdf.

⁹⁷ Pour le débat et le vote, BO 2019 CE 1265-1270, <https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=48187>.

⁹⁸ BO 2022 CE 527-530, <https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=48187>.

⁹⁹ Cf. 20.4738 é Mo. *Ettlín Erich. Protéger le partenariat social contre des ingérences discutables, Rapport de la Commission de l'économie et des redevances*, du 25 avril 2022, https://www.parlament.ch/centers/kb/Documents/2020/Rapport_de_la_commission_CER-E_20.4738_2022-04-25.pdf.

¹⁰⁰ BO 2022 CE 530 (cf. note 98 ci-dessus).

en concluait qu'en « réalisant l'objectif de l'auteur de la motion, le législateur fédéral viderait de leur contenu la volonté populaire au niveau cantonal et irait à l'encontre des principes du fédéralisme et de l'ordre constitutionnel des compétences »¹⁰¹.

Le Gouvernement, par l'intermédiaire du Conseiller fédéral Guy Parmelin, a rappelé et répété cette opposition lors du débat le 14 juin 2022, dans des termes assez semblables, en précisant notamment¹⁰² :

« Il est important de souligner qu'une CCT est un contrat conclu entre des associations privées et qu'elle reste un contrat privé même lorsqu'elle est déclarée de force obligatoire. La décision d'extension, elle, est un acte administratif. Et cet acte ne fait pas de la CCT une loi. Une CCT faisant l'objet d'une décision d'extension peut être tout au plus comparée à une ordonnance, son contenu restant toutefois soumis au régime du droit privé.

[...]

Les lois cantonales sur les salaires minimaux ont une légitimité démocratique et doivent donc avoir plus d'importance qu'une CCT déclarée de force obligatoire par le Conseil fédéral. Celle-ci ne passe pas pour [sic] une procédure comparable à une procédure législative, elle n'est pas non plus soumise à un contrôle des normes. Je le souligne encore une fois : les lois cantonales en matière de salaire minimum, légitimées démocratiquement, représentent un droit cantonal que les cantons sont autorisés à adopter sur la base de la Constitution. Dès lors, la création d'une réglementation qui prévoit la primauté de certaines clauses définies d'une CCT étendue à la réglementation cantonale en la matière irait à l'encontre des compétences données aux cantons en vertu de la Constitution et du fédéralisme. [...] En résumé, le Conseil fédéral est d'avis que les tensions possibles dans certaines CCT ne suffisent pas à justifier une intervention d'une telle envergure qui, selon lui, serait problématique du point de vue de la démocratie et du fédéralisme. »

Malgré cette opposition de l'exécutif, le Conseil des États a accepté la motion, on l'a dit, et le Conseil national en a fait de même, suivant en cela la proposition majoritaire de sa Commission de l'économie et des redevances¹⁰³, en date du 14 décembre 2022, à une majorité de 95 voix contre 93 et quatre abstentions¹⁰⁴. Là encore rappelée et répétée, l'opposition du Conseil fédéral à la motion¹⁰⁵ n'a pas été entendue et quelques députés qui avaient voté avec la minorité, en commission, contre l'adoption de la motion, ont même changé d'avis lors du vote en plénum¹⁰⁶.

2. La procédure de consultation sur l'avant-projet de mise en œuvre de la motion

26. **La mise en consultation d'un avant-projet de loi en janvier 2024.** – Ainsi qu'on l'a déjà indiqué, malgré son opposition de principe à la motion, et tout en rappelant cette opposition,

¹⁰¹ Pour l'avis du Conseil fédéral du 24 février 2021, cf. <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefte?AffairId=20204738>. (déjà cité notes 4, 92 et 94 ci-dessus).

¹⁰² BO 2022 CE 529-530 (cf. note 98 ci-dessus), intervention *Guy Parmelin*, Conseiller fédéral.

¹⁰³ Cf. 20.4738 é Mo. *Ettlin Erich. Protéger le partenariat social contre des ingérences discutables, Rapport de la Commission de l'économie et des redevances* (du Conseil national), du 25 octobre 2022, https://www.parlament.ch/centers/kb/Documents/2020/Rapport_de_la_commission_CER-N_20.4738_2022-10-25.pdf. La Commission proposait l'adoption de la motion par onze voix contre dix.

¹⁰⁴ BO 2022 CN 2368-2372, spéc. 2371-2372 pour le résultat du vote, <https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=59321>.

¹⁰⁵ Voir BO 2022 CN 2371 (cité note précédente), intervention *Guy Parmelin*, Conseiller fédéral, où sont repris les propos déjà tenus devant le Conseil des États.

¹⁰⁶ Sur cette volte-face quelque peu étonnante, voir, en plus des documents officiels mentionnés dans les notes précédentes (rapport de la Commission et Bulletin officiel), l'enquête de *Republik*, citée à la note 93 ci-dessus.

le Conseil fédéral s'est exécuté et a décidé l'ouverture d'une procédure de consultation. Le Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche (DEFR) a ainsi mis en consultation, en janvier 2024, un projet de révision de la *loi fédérale permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail* (LECCT), du 28 septembre 1956¹⁰⁷.

27. Le contenu du projet de mise en œuvre de la motion. – Quant à son contenu, le projet mis en consultation diffère quelque peu du texte souhaité par la motion. D'une part, considérant que de toute manière « les cantons n'ont pas la compétence d'édicter des règles relatives aux vacances ou au 13^e mois de salaire », qui relèvent de la compétence de la Confédération en matière de droit civil (art. 122 Cst.), le Conseil fédéral a écarté du projet de révision ces deux objets, pour se concentrer uniquement sur la question du salaire minimum¹⁰⁸.

D'autre part, du point de vue technique, le Conseil fédéral propose de mettre en œuvre la motion – qu'il continue de contester, ainsi qu'on le verra – d'une manière différente de celle proposée par l'auteur de celle-ci, par une modification de l'article 2, ch. 4, LECCT, disposition « qui règle les conditions d'extension d'une CCT et prévoit notamment que l'extension ne peut être prononcée que si la CCT ne contient rien de contraire aux dispositions impératives du droit fédéral ou cantonal ». Le Gouvernement propose ainsi de compléter ce chiffre 4 pour instituer « une exception à cette règle », en permettant à l'autorité compétente en matière d'extension « d'étendre les clauses de CCT qui dérogent au droit cantonal en matière de salaire minimum. En d'autres termes, les parties contractantes à la CCT peuvent déposer une demande d'extension avec un salaire minimum inférieur à celui fixé par une loi cantonale en la matière. L'autorité compétente au niveau cantonal ou fédéral pourrait en principe prononcer l'extension de ces salaires minimaux », l'examen des autres conditions pour l'extension demeurant réservé¹⁰⁹.

28. Le maintien de l'opposition à la motion et les variantes étudiées par le Conseil fédéral. – Pour ce qui est de sa position sur le fond, le Conseil fédéral rappelle toutefois ce qu'il a déjà dit au moment du dépôt de la motion ainsi que lors des débats parlementaires, à savoir qu'il avait « proposé de rejeter la motion car les lois cantonales en matière de salaire minimum, légitimées démocratiquement, sont du droit cantonal que les cantons ont la compétence d'adopter en vertu de la Constitution à titre de mesure de politique sociale, ce qui a été confirmé par le Tribunal fédéral »¹¹⁰. Il maintient ainsi son opposition à la motion et au projet, qu'il se voit contraint de proposer, « car il estime qu'une telle modification va à l'encontre de plusieurs principes de l'ordre juridique suisse, comme la répartition des compétences entre les cantons et la Confédération et le principe de légalité, qui sont garantis par la Constitution fédérale »¹¹¹. Le Gouvernement tient à cet égard à « préciser que le but de la motion est contraire à plusieurs principes de l'ordre juridique, qui sont garantis par la Constitution fédérale. Donner la primauté aux salaires minimaux réglés dans les CCT étendues sur les lois cantonales en la matière est problématique du point de vue de la répartition des compétences entre les cantons et la Confédération. Les cantons sont en effet compétents, selon le Tribunal fédéral, pour adopter des mesures de politique sociale en matière de droit du travail, qui

¹⁰⁷ Voir le N 3 et, spécialement, pour les références, les notes 6 et 7 ci-dessus.

¹⁰⁸ *Rapport explicatif* (cité note 7 ci-dessus), pp. 2 et 5.

¹⁰⁹ *Ibid.*, pp. 10-11.

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 4.

¹¹¹ *Ibid.*, p. 2.

s'insèrent dans la législation protectrice de droit public. Le but est en outre problématique du point de vue de la hiérarchie des normes, un arrêté d'extension étant de rang inférieur à une loi cantonale »¹¹².

Il propose donc au Parlement « de ne pas adopter le projet, en raison des nombreux problèmes soulevés, notamment du point de vue de la répartition des compétences entre la Confédération et les cantons »¹¹³.

Le Conseil fédéral précise en outre, d'une part, qu'« étant donné que l'art. 2, ch. 4, LECCT est lié à l'art. 358 CO », il a aussi « étudié la question de la nécessité d'une révision de cette dernière disposition », option qu'il a toutefois écartée, en ces termes¹¹⁴ :

« L'art. 358 CO prévoit la primauté du droit impératif fédéral et cantonal sur la convention, sous réserve toutefois de règles plus favorables au travailleur. Cette disposition institue ainsi également le principe de faveur, élément important de la hiérarchie des normes en droit du travail. L'art. 358 CO ne se limite pas aux CCT étendues : il concerne les CCT en général. Toute modification de cet article sans limiter l'exception aux CCT étendues paraît donc exclue, faute de quoi il suffirait de conclure n'importe quelle CCT pour déroger au salaire minimum cantonal, ce qui viderait totalement de leur substance les lois cantonales. Insérer une telle exception à l'art. 358 CO irait au surplus à l'encontre de l'économie générale de cette disposition. Pour toutes ces raisons et comme la motion se concentre clairement sur les CCT étendues et vise la LECCT, c'est cette loi qui doit être modifiée, en tant que loi spéciale, et non pas le CO. »

Le Conseil fédéral ajoute que comme la modification voulue par la motion est à ses yeux « contraire à plusieurs principes garantis par la Constitution », il a aussi examiné l'opportunité de modifier cette dernière, possibilité qu'il écarte toutefois également, en ces termes¹¹⁵ :

« La variante étudiée consisterait à modifier l'art. 110 Cst en introduisant une exception aux compétences cantonales en matière de politique sociale dans le domaine du droit du travail. Il serait par conséquent inscrit, directement dans la Constitution, que les clauses d'une CCT étendue relatives au salaire minimum l'emportent sur le droit cantonal. Cette variante permettrait en principe de mettre en œuvre la motion de manière cohérente avec l'ordre juridique suisse.

Cette modification constitutionnelle aurait pour conséquence une modification de l'art. 358 CO. Il faudrait dès lors y introduire la primauté des salaires minimaux des CCT étendues sur le droit cantonal. Cette exception se limiterait, d'une part, aux CCT étendues et, d'autre part, aux dispositions relatives au salaire minimum.

L'art. 2 ch. 4 LECCT prescrit que la convention ne doit pas violer l'égalité devant la loi ni rien contenir de contraire aux dispositions impératives du droit fédéral ou cantonal, sous réserve de l'art. 323quater [actuellement art. 358] CO. Une modification de la LECCT ne serait pas nécessaire dans cette variante. En effet, avec les modifications de la Cst. et du CO, une CCT dérogeant à des dispositions cantonales en matière de salaire minimum pourrait être étendue.

Le Conseil fédéral n'a pas retenu cette variante de mise en œuvre. Il ne remet nullement en cause l'importance du partenariat social et des CCT étendues pour le marché du travail suisse. Il estime cependant que l'introduction d'une compétence des partenaires sociaux dans la Constitution va très loin. En effet, une telle modification aurait des répercussions importantes et fondamentales sur les compétences des cantons et des partenaires sociaux en matière de politique sociale, économique et du marché du travail. Il convient également de noter que seules les lois cantonales qui règlent la primauté du salaire minimum cantonal plus élevé sont concernées par la mise en œuvre. En outre, conformément à l'arrêt du Tribunal fédéral, les salaires minimaux cantonaux ne sont admis que s'ils

¹¹² Ibid., p. 6.

¹¹³ Ibid., p. 7.

¹¹⁴ Ibid., p. 7.

¹¹⁵ Ibid., pp. 6-7.

sont destinés à couvrir les besoins vitaux, si bien que les salaires minimaux étendus ne sont de loin pas tous concernés. En outre, une modification de l'art. 358 CO, qui serait inévitable dans cette variante, n'est pas souhaitable pour les raisons susmentionnées (...). »

Pour conclure, le Conseil fédéral résume encore ainsi sa position et son analyse sous l'angle constitutionnel¹¹⁶ :

« La répartition des compétences entre la Confédération et les cantons en matière de droit du travail, dans le cadre duquel s'inscrit la problématique d'un salaire minimum, résulte de l'art. 110 Cst. pour le droit public et de l'art. 122 Cst. pour le droit civil. Les mesures prescrivant un salaire minimum poursuivant un objectif prépondérant de politique sociale s'insèrent dans la législation protectrice de droit public que les cantons demeurent en principe autorisés à adopter, en dépit des dispositions de droit civil fédéral relatives au travail, ainsi qu'en complément aux mesures de droit public fédéral que consacrent la LTr et ses ordonnances. De telles mesures ont pour objectif de lutter contre la pauvreté et ne contreviennent dès lors pas à la liberté économique.

La mise en œuvre de la motion Ettlín, qui vise à faire primer les clauses des CCT étendues relatives au salaire minimum sur le droit cantonal, viole la répartition des compétences entre les cantons et la Confédération, principe garanti par la Constitution fédérale. La mise en œuvre de la motion va également à l'encontre du principe constitutionnel de la légalité, consacré à l'art. 5, al. 1, Cst. Il en découle le principe de la hiérarchie des normes selon lequel un acte de rang inférieur doit respecter les actes de rang supérieur. Une CCT est un contrat conclu entre des associations privées et l'extension de son champ d'application ne lui retire pas son caractère contractuel de droit privé. La décision d'extension est un acte administratif, qui ne fait pas de la CCT une loi. Du point de vue de la hiérarchie des normes, un arrêté d'extension est donc de rang inférieur à une loi cantonale. »

29. **Les résultats de la consultation.** – La procédure de consultation a pris fin le 1^{er} mai 2024¹¹⁷. Comme on l'a déjà souligné, elle a mis en évidence deux camps fortement opposés¹¹⁸ : d'un côté, l'ensemble des associations économiques et des associations professionnelles patronales, qui soutiennent de façon presque unanime la motion et la majorité du Parlement qui l'a acceptée, tout en critiquant la position du Conseil fédéral ; de l'autre, tous les cantons, à l'exception d'un seul – celui du motionnaire, le Conseiller aux États obwaldien *Erich Ettlín* – qui se rangent aux côtés du Conseil fédéral, et de la gauche ainsi que des syndicats, pour rejeter la motion, considérant qu'elle porte atteinte à la répartition des compétences et à la souveraineté des cantons, donc au fédéralisme, ainsi qu'aux droits populaires dans les cantons, donc à la démocratie (directe).

On reviendra ci-après sur les arguments juridiques des deux camps.

L'évaluation des résultats de la consultation et le projet du Conseil fédéral sont attendus en principe pour la fin de l'automne.

¹¹⁶ *Ibid.*, pp. 12-13.

¹¹⁷ Pour le calendrier et les détails de la procédure, <https://www.fedlex.admin.ch/fr/consultation-procedures/ended/2024>.

¹¹⁸ Toutes les prises de position et tous les avis exprimés lors de la consultation se trouvent rassemblés, en un seul document, fort de quelque 650 pages, document accessible sous https://www.fedlex.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/dl/proj/2023/60/cons_1/doc_7/fr/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-dl-proj-2023-60-cons_1-doc_7-fr-pdf-a.pdf.

III. Appréciation des arguments des deux camps opposés

A. Bref rappel des arguments du Conseil fédéral, des cantons, de la gauche et des syndicats

30. **Une atteinte au fédéralisme et à la hiérarchie des normes ainsi qu’aux droits populaires et à la démocratie (directe), pour les cantons.** – Comme cela ressort assez largement des lignes qui précèdent, le Conseil fédéral est opposé à la motion, et à la modification législative que celle-ci demande, au motif qu’elles sont contraires « à plusieurs principes de l’ordre juridique, qui sont garantis par la Constitution fédérale », en particulier qu’elles portent atteinte au fédéralisme et à la répartition des compétences entre la Confédération et les cantons, d’une part, au principe de la hiérarchie des normes et de la légalité, d’autre part, ainsi qu’à la volonté populaire exprimée dans certains cantons.

Les cantons, presque unanimes, vont exactement dans le même sens, invoquant une atteinte au fédéralisme, à la répartition des compétences constitutionnelles et à la souveraineté cantonale en matière de politique sociale¹¹⁹. Certains y ajoutent une atteinte aux droits populaires et à la démocratie directe, dans la mesure où les dispositions constitutionnelles et/ou les lois cantonales sur les salaires minimums ont toutes été adoptées par le peuple cantonal, en votation populaire¹²⁰. Tous les cantons soutiennent donc le Conseil fédéral dans son opposition à la motion et rejettent la modification proposée, à l’exception d’un seul, celui d’Obwald, qui tout en reconnaissant que le projet constitue une profonde atteinte à la démocratie et au fédéralisme, déclare néanmoins appuyer la motion¹²¹.

Il n’en va pas différemment de la Conférence des Chefs des Départements cantonaux de l’Économie Publique, qui souligne elle aussi, notamment, que la « mise en œuvre de la motion Ettlín vise à accorder la primauté aux dispositions relatives aux salaires minimaux des CCT sur

¹¹⁹ Voir par exemple la prise de position du Canton de Berne, ainsi que celles du Canton de Genève et du Canton du Tessin, toutes trois du 13 mars 2024, respectivement pp. 4-5, 6-7 et 8-9 du document évoqué (note 118). Cf. aussi celles des Cantons de Glaris (pp. 32-33), de Fribourg (pp. 34-35, qui parle d’« ingérence importante dans la souveraineté cantonale »), de Lucerne (pp. 36-37), de Schaffhouse (pp. 38-39), d’Appenzell Rhodes-Extérieures (p. 67), de Zoug (pp. 77-80), de Zurich (pp. 150-151), de Bâle-Ville (pp. 158-159), de Nidwald (pp. 202-203), du Valais (pp. 204-205), des Grisons (pp. 221-222), de Schwyz (pp. 223-224), de Bâle-Campagne (pp. 228-229), de Soleure (pp. 299-300), du Jura (p. 437), de Saint-Gall (pp. 482-483) et de Thurgovie (p. 534).

¹²⁰ Voir la prise de position du Canton de Genève, du 13 mars 2024 (pp. 6-7 du document évoqué note 118), ainsi que celle du Canton de Neuchâtel, du 22 avril 2024 (pp. 385-386 du même document : « Pour le Conseil d’État, la motion Ettlín trahit deux principes fondamentaux du système institutionnel suisse : d’une part, la légitimité d’une décision prise par la population, le salaire minimum neuchâtelois ayant en effet été accepté en votation populaire ; d’autre part, la souveraineté cantonale »). Cf. aussi celle du Canton d’Argovie, du 3 avril 2024 (pp. 40-41 du même document, où le Gouvernement cantonal se déclare notamment « mit dem Bundesrat einig, dass demokratisch legitimierte Volksentscheide der Kantone nicht von Vereinbarungen zwischen den Sozialpartnern übersteuert werden dürfen »), ainsi que celles des Cantons d’Uri, du 23 avril 2024, et de Vaud, du 24 avril 2024 (respectivement pp. 225-227 et 297-298 du document évoqué). Voir encore, dans le même sens, la prise de position, plutôt vive, de la Ville de Zurich, du 10 avril 2024 (pp. 75-76), de même que celle de l’Union des villes suisses, du 23 avril 2024 (pp. 236-237).

¹²¹ Le Gouvernement du canton s’exprime ainsi : « Der Regierungsrat des Kantons Obwalden ist sich des weitreichenden Eingriffs der Vorlage in die Demokratie und den Föderalismus bewusst. Die Vorlage ist einerseits aus rechtstaatlicher Sicht heikel, indem sie Grundprinzipien der Rechtsordnung tangiert und andererseits in die Souveränität der Kantone eingreift. Im Sinne einer Interessenabwägung befürwortet der Regierungsrat jedoch die vorgeschlagene Änderung des AVEG in Zusammenhang mit der Umsetzung der Motion Ettlín, zumal er die Möglichkeit, allgemeinverbindlich erklärte GAV durch kantonale Gesetzgebungen zu übersteuern, als unbefriedigend erachtet » (réponse à la consultation du canton d’Obwald, https://www.ow.ch/docn/378124/Stellungnahme_OW.pdf) ; cf. aussi, pour cette réponse, du 30 avril 2024, pp. 487-488 du document évoqué note 118).

le droit cantonal. Une CCT étendue prévaudrait ainsi sur des lois cantonales ou même des constitutions cantonales, et entrerait en conflit avec le droit cantonal impératif. La mise en œuvre de la motion *Ettlin* restreint ainsi la compétence constitutionnelle des cantons d’agir en matière de politique sociale. De plus, en procédant aux adaptations demandées, on passerait outre certaines décisions prises par le peuple lors de votations cantonales »¹²². La Conférence des Gouvernements de Suisse occidentale s’oppose également à la motion et rejette la proposition de concrétisation du Conseil fédéral, avec les mêmes arguments liés au respect du fédéralisme et de l’autonomie cantonale, ainsi que de la volonté populaire et de la démocratie directe¹²³.

31. **Mêmes arguments, mais aussi atteinte au système du droit du travail, pour les syndicats et la gauche.** – Les partis de gauche et les syndicats reprennent eux aussi les mêmes arguments que le Conseil fédéral et les cantons, à savoir que la concrétisation de la motion *Ettlin* violerait la Constitution fédérale en portant atteinte aux compétences des cantons, et donc à la souveraineté cantonale et au fédéralisme¹²⁴, et qu’elle constituerait en outre une atteinte aux droits populaires et à la démocratie directe¹²⁵.

Considérant qu’elle entraînerait pour certaines personnes travaillant dans les branches concernées dans les cantons de Genève et de Neuchâtel – coiffure, nettoyage des textiles, restauration, notamment – des pertes de salaire pouvant aller jusqu’à plusieurs centaines de francs, voire jusqu’à 1000.- francs par mois, ces organisations ajoutent que la motion conduirait, si elle devait être concrétisée, à une recrudescence de la pauvreté, et donc une augmentation des dépenses de l’aide sociale, aux frais des contribuables des cantons¹²⁶. Elle irait ainsi à l’encontre du but social posé par l’article 41 al. 1^{er}, let. d, de la Constitution fédérale, aux termes duquel la Confédération et les cantons s’engagent à ce que « toute personne capable de travailler puisse assurer son entretien par un travail qu’elle exerce dans des conditions équitables »¹²⁷. La réalisation de la motion irait également à l’encontre des efforts en faveur de l’égalité entre femmes et hommes, dans la mesure où les premières, sensiblement plus nombreuses dans les branches concernées, seraient touchées plus que proportionnellement par les réductions de salaires induites¹²⁸.

¹²² Voir sa prise de position, du 18 mars 2024, qui a été établie « en concertation avec la Conférence des directrices et directeurs cantonaux des affaires sociales (CDAS), qui la soutient pleinement » (pp. 10-13 du document évoqué note 118).

¹²³ Prise de position du 30 avril 2024 (pp. 537-538 du document évoqué note 118).

¹²⁴ Voir notamment les réponses à la consultation du syndicat *Unia*, du 25 avril 2024 (pp. 388-394, spéc. 390-391, du document évoqué note 118), du *Parti socialiste*, du 1^{er} mai 2024 (pp. 378-383, spéc. 381-382, du document évoqué), ainsi que de l’*Union syndicale suisse (USS)*, du 30 avril 2024 (pp. 558-564, spéc. 560-561, du document évoqué). Cf. aussi les prises de position de la *Communauté genevoise d’action syndicale*, du 16 avril 2024 (pp. 154-157 du même document), du syndicat *Travail Suisse*, du 27 février 2024 (pp. 245-251), du parti *Les Verts*, du 30 avril 2024 (pp. 473-474), du *Syndicat interprofessionnel de travailleuses et travailleurs (SIT)*, du 1^{er} mai 2024 (pp. 581-587), qui vont dans le même sens.

¹²⁵ Réponses à la consultation du *Parti socialiste*, du syndicat *Unia* et de l’*USS*, toutes trois précitées (note précédente), spéc. pp. 382-383, respectivement p. 391 et p. 561 du document évoqué note 118.

¹²⁶ Réponses à la consultation du *Parti socialiste*, du syndicat *Unia* et de l’*USS*, toutes trois précitées (note 124), spéc. pp. 379-380, respectivement pp. 389-390 et 559-560 du document évoqué note 118. D’autres organisations, comme *Caritas Suisse*, vont dans le même sens ; voir sa réponse à la consultation, du 30 avril 2024 (pp. 395-397 du document évoqué note 118), qui fournit d’autres chiffres encore sur les personnes potentiellement touchées par une réduction de salaire.

¹²⁷ Réponses à la consultation du *Parti socialiste*, du syndicat *Unia* et de l’*USS*, toutes trois précitées (note 124), spéc. pp. 379-380, respectivement 389-390 et 559-560 du document évoqué note 118.

¹²⁸ Réponses à la consultation du syndicat *Unia*, précitée (note 124), spéc. p. 390 du document évoqué note 118, ainsi que de l’*USS*, précitée (note 124), p. 560, et du *Parti socialiste*, précitée (note 124), spéc. p. 380 du même document.

Les syndicats et partis de gauche soulignent encore que la concrétisation de la motion *Ettlin* représenterait une atteinte au système même du droit du travail et des sources du droit du travail¹²⁹.

B. Rappel des arguments des associations patronales, des milieux économiques et des partis bourgeois

32. **La critique du projet de mise en œuvre et de l'« analyse erronée » du Conseil fédéral.** – Dans le camp opposé, celui des associations professionnelles et patronales, ainsi que de certains milieux économiques et, quoi que plus timidement, des partis bourgeois, on s'oppose à cette vision des choses et on critique, parfois assez vivement, la position et l'analyse du Conseil fédéral.

D'une part, le projet de mise en œuvre de la motion tel que proposé par le Conseil fédéral est jugé insatisfaisant, parce qu'incomplet, en ce sens qu'il n'exprimerait pas de manière suffisamment explicite la primauté des conventions collectives étendues au plan national sur les salaires minimaux cantonaux, renonçant – au contraire du texte de la motion elle-même – à poser une règle explicite de conflit et se contentant de permettre l'extension de conventions collectives comportant des salaires minimaux inférieurs aux salaires légaux des cantons. Ce faisant, il laisserait au juge le soin d'arbitrer d'éventuels conflits de normes, ce qui est décrit et décrié comme insuffisant et insatisfaisant¹³⁰.

D'autre part, et surtout, c'est l'analyse de la situation et des enjeux constitutionnels faite par le Conseil fédéral qui fait l'objet de critiques, parfois véhémentes. On peut en effet lire, dans plusieurs prises de position, que cette analyse serait tout simplement « fausse »¹³¹. Ces affirmations se fondent sur – et se réfèrent pratiquement toutes à – un avis de droit de la professeure Isabelle Häner, avocate au sein de l'étude Bratschi à Zurich, avis du 27 mars 2024, établi sur mandat de *Gastro-Suisse*, qui se trouve annexé à plusieurs réponses à la consultation de divers milieux économiques et associations professionnelles patronales¹³². De nombreuses autres réponses à la consultation se réfèrent du reste elles aussi, explicitement, à cet avis,

¹²⁹ Réponses à la consultation du *Parti socialiste*, du syndicat *Unia* et de l'*USS*, toutes trois précitées (note 124), spéc. p. 382, respectivement p. 392 et 562 du document évoqué note 118.

¹³⁰ Voir par exemple la réponse à la consultation de la *Handelskammer und Arbeitgebervereinigung Winthertur* (pp. 45-51, spéc. 48-49 du document évoqué note 118). La plupart des prises de position des milieux économiques et des associations professionnelles patronales vont dans le même sens, certaines allant même beaucoup plus loin, pour exiger que la primauté sur les salaires minimums cantonaux soit élargie à toutes les conventions collectives, même celles non étendues.

¹³¹ Voir par exemple la réponse à la consultation de la *Handelskammer und Arbeitgebervereinigung Winthertur* (pp. 45-51, spéc. 49, du document évoqué note 118), selon laquelle « Seine Darstellung [des Bundesrates] ist falsch ». Dans le même sens, et de manière identique, toujours à titre d'exemples, parmi beaucoup d'autres, voir aussi les réponses à la consultation de l'*Association suisse du carrelage*, du 22 avril 2024 (pp. 160-168, spéc. 165, du même document), ou encore de *Gastro-Graubünden*, du 19 avril 2024, pp. 169-174, spéc. 172).

¹³² HÄNER ISABELLE, *Rechtsgutachten über die Änderung des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen*, Zurich, 27 mars 2024 (ci-après: *avis de droit HÄNER*, ou avis de droit). On retrouve cet avis de droit pas moins de sept fois dans le document contenant toutes les prises de position et avis relatifs à la consultation (document évoqué note 118) : à la suite des réponses de *GastroAargau* (pp. 108-113, et 114-140 pour l'avis de droit), de *GastroGraubünden*, (pp. 169-174, et 175-201 pour l'avis), de l'*Union professionnelle suisse de l'automobile* (pp. 264-269, et 270-296 pour l'avis), de *GastroAppenzeller Land AR* (pp. 301-307, et 308-334 pour l'avis), de *Gastro-Suisse* (pp. 335-342, et 343-369 pour l'avis), de *Gilde Restaurants* (pp. 402-409, et 410-436 pour l'avis), ainsi que de la *Fédération suisse du tourisme* (pp. 498-504, et 505-531 pour l'avis). L'avis ainsi multiplié occupe donc 189 des 648 pages du document évoqué.

sans toutefois le reproduire en annexe¹³³, et l'argumentation est pratiquement toujours la même. On reviendra ci-après sur ledit avis de droit.

Auparavant, il faut toutefois souligner l'existence d'une exception au sein de ce cœur plutôt univoque de soutien à la motion, ainsi que d'une position plus nuancée d'un parti politique.

33. **Prises de position contraire isolée du Centre patronal et nuancée de l'Union Démocratique du Centre.** – Dans sa réponse à la consultation, en effet, tout en rappelant que « notre attachement au partenariat social est aussi vif que sincère » et que « nous sommes par ailleurs fortement opposés à l'instauration de salaires minimaux légaux », le Centre patronal se déclare néanmoins défavorable « à la modification proposée de l'art. 2 ch. 4 LECCT », en expliquant cette position en ces termes¹³⁴ :

« Cependant, nous estimons que le respect des institutions constitue une condition fondamentale de l'ordre social. Et d'un point de vue institutionnel, un salaire minimum légal voté par un parlement cantonal et ratifié par un vote populaire l'emporte sur une convention collective signée par des organisations privées et à laquelle une décision administrative confère force de loi.

Il s'agit donc d'une mauvaise réponse à un vrai problème. La bonne solution consiste à s'abstenir de tout salaire minimum fixé dans la loi, ou, à défaut, que les législations cantonales qui consacrent un salaire minimum au titre de la politique sociale prévoient expressément une exception pour les salaires minimaux fixés dans des CCT étendues au niveau fédéral.

Nous rejoignons donc le Conseil fédéral, qui considère que la motion va à l'encontre de plusieurs principes de notre ordre juridique, comme la répartition des compétences entre les cantons et la Confédération et le principe de légalité, garantis par la Constitution fédérale. Les cantons sont compétents pour adopter des mesures de politique sociale en matière de droit du travail. »

On notera encore que l'Union démocratique du Centre est elle aussi plutôt nuancée dans sa réponse à la consultation, laquelle contraste avec le vote des membres de son groupe au Conseil national en décembre 2022¹³⁵, tout en étant cependant quelque peu ambiguë. L'UDC soutient en effet la motion même si le parti souligne les difficultés que celle-ci pose¹³⁶ :

« Die SVP unterstützt grundsätzlich die Umsetzung der Motion. Gleichzeitig erkennt sie den vom Bundesrat herausgestrichenen Konflikt der verfassungsrechtlichen Kompetenz der Kantone, sozialpolitische Mindestlöhne eigenständig festzulegen. Ein AVE GVA geniesst nicht dieselbe demokratische Legitimation wie ein vom kantonalen Stimmvolk festgelegten Mindestlohn. In diesem Sinn muss auch erwägt werden, dass allfällige höhere kantonale Mindestlöhne eventuell nur dann geltend gemacht werden können, wenn auf die Allgemeinverbindlichkeit eines Gesamtarbeitsvertrags verzichtet wird. Dies folgt, da der GAV mit der Umsetzung der Motion, als absolut zwingend ranghöhere Norm mit dem kantonalen Mindestlohn in Konflikt steht und das Günstigkeitsprinzip, im Sinne von «dem Fünfer und das Weggli» einfordern, deshalb nicht zur Anwendung kommen sollte. In einem solchen Fall wäre ein erneuter gesetzgeberischer Handlungsbedarf nicht auszuschliessen, da die Erreichung des Schutzzwecks eines AVE GVA, welcher gemäss Art. 110 der Bundesverfassung die eigentliche ratio legis

¹³³ Voir par exemple, les réponses de la *Handelskammer und Arbeitgebervereinigung Winthertur* (pp. 45-51, spéc. 45, 49 et 51 notamment, du document évoqué note 118), de *GastroLuzern* (pp. 68-74, spéc. 68, 72 et 74, notamment), de *HotellerieSuisse Zürich und Region* (pp. 467-472), de *l'Union patronale suisse* (pp. 571-576, spéc. 573 et 576 notamment), de *Carrosserie suisse* (pp. 592-599, spéc. 596), de *GastroSolothurn* (pp. 612-621, spéc. 617), de *l'USAM* (pp. 631-635, spéc. 632 notamment), de *Swissstaffing* (pp. 636-642, spéc. 640 notamment).

¹³⁴ Réponse à la consultation du *Centre Patronal*, du 29 avril 2024 (pp. 24-25 du document évoqué note 118).

¹³⁵ Sur la volte-face de certains membres de ce groupe en plénum, voir le N 25 et la note 106 ci-dessus.

¹³⁶ Réponse à la consultation de *l'Union Démocratique du Centre*, du 1^{er} mai 2024 (pp. 627-629 du document évoqué note 118).

eines AVE GVA darstellt, eventuell durch höhere kantonale Mindestlöhne besser erfüllt ist als durch den AVE GAV selbst. »

34. **L'avis de droit HÄNER.** – Comme indiqué, une bonne partie des nombreuses réponses à la consultation des associations économiques et des associations professionnelles patronales se fonde sur un avis de droit rédigé, sur mandat de *Gastro-Suisse*, par la professeure Isabelle Häner, dont ces réponses reprennent largement, toujours pratiquement dans les mêmes termes, les conclusions et l'argumentation.

L'avis de droit, de 27 pages, critique en partie, d'un côté, sur le plan « technique », la façon dont le Conseil fédéral a choisi de mettre en œuvre la motion, façon qui est jugée moins précise et moins explicite que le texte de la motion¹³⁷.

De l'autre côté, et surtout – c'est ce qui intéresse ici –, l'avis de droit conteste l'analyse que fait le Conseil fédéral de la situation constitutionnelle, notamment l'opinion de celui-ci selon laquelle seule une révision de la Constitution – de l'art. 110 – permettrait de mettre pleinement et correctement en œuvre la motion *Ettlin*¹³⁸. Pour son auteure, et contrairement à ce que déclare le Conseil fédéral, la motion ne porte donc pas atteinte à des principes fondamentaux de l'ordre juridique¹³⁹.

Après avoir décrit le système de la répartition des compétences entre Confédération et cantons en général et dans le domaine du droit du travail en particulier, sous l'angle des articles 110 et 122 de la Constitution fédérale, l'auteure est d'avis, en accord avec la doctrine dominante, que la Confédération possède en matière de droit du travail et de protection des travailleuses et travailleurs une compétence législative très vaste, qu'elle a largement utilisée, et qu'il ne reste dès lors dans ce domaine pratiquement plus de place pour les cantons, si ce n'est pour des mesures de police ou de politique sociale¹⁴⁰. Elle constate cependant qu'en vertu de ce qu'elle considère comme une nouvelle conception de la jurisprudence du Tribunal fédéral¹⁴¹, les cantons seraient compétents pour adopter des salaires minimums relevant de la politique sociale – de la lutte contre la pauvreté –, et non directement de la protection des travailleuses et des travailleurs.

L'avis de droit indique que cette jurisprudence et la conception juridique qui la sous-tend sont toutefois contestées¹⁴², d'abord parce qu'elles feraient abstraction de l'initiative populaire fédérale rejetée en 2014 par le peuple et par tous les cantons¹⁴³, laquelle

¹³⁷ *Avis de droit HÄNER*, NN 24 à 29, pp. 17-19, ainsi que NN 38 à 41, pp. 25-26. Voir aussi, sur ce point, ce qui ressort également de nombreuses réponses à la consultation, résumé au N 32, 2^e paragraphe, ci-dessus.

¹³⁸ *Avis de droit*, N 34, p. 22 : « Diese Einschätzung kann nicht geteilt werden und findet auch in historischer und systematischer Auslegung von Art. 110 keine Stütze (vgl. Rz. 13 f.) ».

¹³⁹ *Avis de droit*, N 35, p. 23 : « Der Vernehmlassungsentwurf sowie auch die Motion Ettlin verstossen nicht gegen die Grundprinzipien der schweizerischen Rechtsordnung (vgl. Rz. 17) ».

¹⁴⁰ *Ibid.*, NN 9 à 15, pp. 7-12.

¹⁴¹ *Ibid.*, N 16, p. 12 : l'auteure parle, à propos de l'ATF 143 I 403 sur le salaire minimum neuchâtelois (dont elle précise par ailleurs qu'il est rédigé en français : « *französischsprachige Bundesgerichtsurteil* », N 17, p. 13), de « neuerer Auffassung des Bundesgerichts », en se référant aussi à l'arrêt antérieur du 8 avril 2010, dans lequel le Tribunal fédéral aurait encore considéré que l'avis selon lequel le salaire serait exhaustivement réglé par le droit civil fédéral n'était pas insoutenable. Voir toutefois à ce propos la note 151 ci-dessous.

¹⁴² *Avis de droit*, N 17, p. 13 : « Dieses Rechtsverständnis ist jedoch umstritten », avec référence à une seule contribution doctrinale. Voir à ce propos le N 35 *in fine* et les notes 154 à 157 ci-dessous.

¹⁴³ *Avis de droit*, N 17, p. 13 : « Dieses Rechtsverständnis ist jedoch umstritten, da es die Mindestlohn-Initiative – welche *nota bene* sämtliche Stände abgelehnt haben – vollständig ausblendet ».

poursuivait le même but – de lutte contre la pauvreté – que la législation neuchâteloise¹⁴⁴. De plus, toujours selon l’auteure, le Tribunal fédéral ignorerait que le législateur fédéral pourrait lui aussi, en vertu de l’article 110 al. 1^{er} de la Constitution, poursuivre s’il le voulait le même objectif, de lutte contre la pauvreté, que celui que visent les législations cantonales sur les salaires minimums, et garantir ainsi que chaque personne puisse vivre convenablement du produit de son travail¹⁴⁵. Ce faisant, le législateur fédéral priverait par principe les cantons de la possibilité de légiférer sur les salaires minimums en poursuivant le même but¹⁴⁶. Enfin, l’auteure de l’avis de droit critique le fait que le jugement du Tribunal fédéral se placerait au-dessus du législateur et, même, du peuple et de tous les cantons, dans la mesure où il ne tiendrait pas compte des réflexions et critiques que le Conseil fédéral avait adressées au salaire minimum dans le message relatif à l’initiative populaire fédérale¹⁴⁷.

L’avis de droit considère en outre qu’il existe de bonnes raisons de penser que l’introduction de salaires minimaux cantonaux représente une mesure de politique économique, contraire à la répartition des compétences, dans la mesure où la Constitution fédérale réserve la politique économique à la seule Confédération, et qu’il aurait été du devoir du Conseil fédéral de souligner, déjà au stade du message relatif à la révision de la Constitution neuchâteloise, le caractère pour le moins délicat de tels salaires minimaux sous l’angle de la répartition constitutionnelle des compétences¹⁴⁸.

C. *Appréciation*

1. *La critique de l’avis de droit Häner*

35. ***Peu de considération de la jurisprudence du Tribunal fédéral.*** – L’avis de droit sur lequel se base une grande partie des réponses à la consultation prêle le flanc à la critique à plusieurs égards.

En premier lieu, en ce qu’il considère que l’institution d’un salaire minimum est une mesure de politique économique, réservée par la Constitution à la Confédération, et que les cantons ne sont donc pas compétents, l’avis de droit semble ignorer purement et simplement la jurisprudence du Tribunal fédéral, ou faire comme si celle-ci n’existait pas. En effet, comme nous l’avons vu, le Tribunal fédéral a jugé, dans son arrêt sur le salaire minimum neuchâtelois, que sur la base de la Constitution fédérale, telle qu’il l’a lui-même interprétée – ce qui est son rôle –, les cantons étaient et sont compétents pour instituer des salaires minimaux, pour autant que ceux-ci relèvent de la politique sociale, c’est-à-dire poursuivent un but premier de lutte contre la pauvreté et demeurent, de par leur niveau relativement bas, dans le cadre de cette politique sociale – sans entrer dans la politique économique.

¹⁴⁴ *Ibid.*, N 17, p. 13.

¹⁴⁵ *Ibid.*, N 17, p. 13, et NN 35-36, pp. 23-24.

¹⁴⁶ *Ibid.*, N 35, p. 23.

¹⁴⁷ *Ibid.*, N 17, pp. 13-14.

¹⁴⁸ *Ibid.*, N 35, p. 23, ainsi que N 37, p. 25.

On est évidemment en droit de ne pas être d'accord avec la jurisprudence, et même de la critiquer ou de la contester¹⁴⁹. On ne saurait cependant, dans un avis de droit, ignorer l'état du droit tel qu'il ressort d'une décision de jurisprudence ou faire comme si celle-ci n'existait pas¹⁵⁰. L'avis de droit est d'autant plus étonnant, à cet égard, qu'il semble présenter la jurisprudence comme le fait d'un arrêt isolé, alors que tel n'est pas le cas. Ainsi qu'on l'a vu, la jurisprudence du Tribunal fédéral avait déjà été annoncée dans un arrêt antérieur, quelques années auparavant¹⁵¹, et elle a par la suite encore été expressément confirmée, dans un arrêt ultérieur¹⁵², de sorte qu'elle paraît donc relativement consolidée. A cela s'ajoute que la jurisprudence du Tribunal fédéral ainsi critiquée fait suite à plusieurs messages du Conseil fédéral qui se sont toujours exprimés dans le même sens – c'est-à-dire dans le sens de l'existence d'une compétence cantonale (quand bien même étroitement délimitée) en matière de salaire minimum –, messages que l'Assemblée fédérale n'a jamais contestés, ni même discutés, au moment de l'octroi de sa garantie aux constitutions cantonales concernées, comme on l'a vu aussi¹⁵³. On ne saurait donc balayer la jurisprudence du Tribunal fédéral comme une erreur isolée.

A cela s'ajoute encore que, contrairement à ce que semble laisser entendre l'avis de droit, l'arrêt n'a pas été fondamentalement « contesté », pas plus dans la doctrine constitutionnaliste que dans celle de droit du travail. Comme indiqué, l'avis de droit ne mentionne, à l'appui de la qualification de « contesté » ou « controversé » (« *umstritten* »), qu'une seule contribution doctrinale¹⁵⁴. Or, on pourrait en citer plusieurs autres¹⁵⁵ qui non

¹⁴⁹ Cela est d'autant plus logique et normal lorsque l'on est ou a été soi-même mandataire d'une des parties dont le recours a été rejeté, comme c'est le cas de l'auteur de l'avis de droit. Voir à ce propos TF 2C_774/2014, sous la rubrique « Participants à la procédure », où figurent les noms des mandataires des parties recourantes.

¹⁵⁰ Voir à ce propos l'avis de droit UHLMANN/STALDER/WILHELM, précité (note 84), N 18, p. 8, dont les auteurs s'expriment ainsi à ce propos : « Das Bundesgericht hat in einem Leitentscheid die Einführung eines Mindestlohns auf kantonaler Ebene für zulässig erklärt (BGE 143 I 403 = Pra 2017 Nr. 100). Der Entscheid braucht im Folgenden nicht in allen Einzelheiten nachgezeichnet zu werden; ebenso wenig bestehen Anzeichen dafür, dass diese Rechtsprechung keinen Bestand haben könnte (kritisch zwar CHRISTIAN MADUZ/OLIVER SCHMID, (Un-)Zulässigkeit von kantonalen Mindestlohn-Regelungen?, ARV 2017 271 ff. ; vgl. aber die Entgegnung von KURT PÄRLI, Kantonale Mindestlöhne sind zulässig, ARV 2018 294 ff.) ».

¹⁵¹ Comme on l'a vu en effet (cf. N 10 et note 37 ci-dessus), le Tribunal fédéral avait déjà clairement laissé entendre, dans son arrêt du 8 avril 2010 – et même si l'auteur de l'avis de droit ne retient de cet arrêt que la phrase du Tribunal fédéral selon laquelle l'idée que le salaire serait exhaustivement réglé par le droit civil fédéral n'était pas insoutenable (cf. la note 141 ci-dessus) –, qu'il n'était (néanmoins) pas exclu qu'un salaire minimum cantonal puisse être conforme à la Constitution fédérale.

¹⁵² L'arrêt sur le salaire minimum tessinois, TF 2C_302/2020 et 2C_306/2020, de 2021 (cf. N 15 ci-dessus).

¹⁵³ Voir les NN 8, 12 et 14 ci-dessus. Cf. aussi DANTHE, précitée (note 12), N 48, p. 17, qui souligne que les « dispositions constitutionnelles cantonales prévoyant un salaire minimum ont toutes obtenu la garantie fédérale ».

¹⁵⁴ Celle de MADUZ CHRISTIAN/SCHMID OLIVER, (Un-)Zulässigkeit von kantonalen Mindestlohn-Regelungen? in : *Zeitschrift für Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherung (ARV)*, 2017, pp. 271-279 (cf. avis de droit HÄNER, N 17, p. 13). Il aurait pu en mentionner une autre : GONIN LUC, in : *Revue de droit administratif et fiscal (RDAF)* 2108, pp. 297 ss, qui s'était lui aussi exprimé de manière fort critique à l'égard de l'arrêt du Tribunal fédéral sur le salaire minimum neuchâtelois, en considérant notamment que ce dernier relevait de la politique économique et était dès lors contraire à la Constitution fédérale.

¹⁵⁵ Voir déjà, bien avant l'arrêt du Tribunal fédéral, BIERI LAURENT, Le salaire minimum neuchâtelois, in : *Jusletter* 11 août 2014, qui considérait, tout en réservant une éventuelle décision judiciaire contraire, que le législateur neuchâtelois avait « mis en œuvre l'article 34a de la Constitution neuchâteloise dans un sens admis implicitement par l'Assemblée fédérale » (au travers de la garantie de la Constitution cantonale) et ajoutait que « la réglementation prévue me semble donc être une mesure de politique sociale qui entraîne une restriction admissible à la liberté économique » (NN 21, respectivement 23, p. 5).

seulement mentionnent l'arrêt sans le commenter, mais encore le saluent ou l'approuvent¹⁵⁶, ou du moins en prennent acte, sans le critiquer¹⁵⁷.

36. **Une interprétation discutable du système de la répartition des compétences.** – L'avis de droit est discutable en outre dans la mesure où il semble admettre que comme la Confédération est elle-même compétente, en vertu de l'article 110 al. 1^{er} de la Constitution fédérale, pour adopter une réglementation sur les salaires minimums, qui priverait ainsi les cantons de toute compétence en la matière, et comme elle ne l'a pas fait, ou a refusé de le faire, en ce que l'initiative populaire fédérale demandant un tel salaire minimum a été nettement rejetée en 2014 par le peuple et (tous) les cantons, les cantons ne sont ou ne seraient dès lors plus compétents.

S'il est incontestable que la Confédération a et aurait effectivement la compétence de régler la question des salaires minimums¹⁵⁸, le fait qu'elle ne l'ait pas fait jusqu'ici, du moins pas de

¹⁵⁶ Voir notamment PÄRLI KURT, *Kantonale Mindestlöhne sind zulässig*, in : *DTA* 2018 pp. 294-297, qui répond à la critique de MADUZ/SCHMID (cités note précédente). Cf. aussi MAHON/STEFFANINI, précités (note 12), ainsi que DAN THE, précitée (note 12), N 44, p. 17, laquelle souligne que « [p]endant de nombreuses années, la question de l'introduction d'un salaire minimum cantonal a fait l'objet de controverses. Désormais, avec l'arrêt rendu par le Tribunal fédéral le 21 juillet 2017 (2C_774/2014), la situation est plus claire. La jurisprudence et les décisions des autorités fédérales permettent de mettre en lumière les principes généraux qui doivent guider l'éventuelle adoption de mesures visant à instaurer un salaire minimum au niveau cantonal », l'auteure rappelant ensuite ces conditions ; cf. aussi N 54, p. 18, où l'auteure indique que l'arrêt du Tribunal fédéral « a pour mérite de clarifier la situation pour les cantons ayant adopté le principe d'un salaire minimum légal. Désormais, les limites à respecter [...], mêmes étroites, sont posées », l'auteure poursuivant en précisant qu'en « reconnaissant qu'aux conditions posées par la jurisprudence, le salaire minimum cantonal est conforme au droit supérieur, le Tribunal fédéral a toutefois ouvert une brèche, qui constitue une atteinte importante au principe de la liberté contractuelle et au partenariat social, éléments essentiels du droit du travail en Suisse et de son bon fonctionnement » et que, « [d]orénavant, seule l'expérience permettra de démontrer si l'instauration d'un salaire minimum légal produira les effets escomptés, à savoir réduire la pauvreté et le recours à l'aide sociale dans les cantons concernés » (NN 55 et 56, p. 18).

¹⁵⁷ Voir déjà, à ce propos, l'avis de droit UHLMANN/STALDER/WILHELM, précité (notes 84 et, surtout, 150), N 18, p. 8. Cf. en outre, parmi d'autres, BIAGGINI GIOVANNI, *Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Kommentar*, 2. Auflage, Zurich 2017, N 4 ad art. 110, pp. 915-916, qui, en se référant notamment à l'arrêt du Tribunal fédéral sur le salaire minimum neuchâtelois, parle de « grundsätzlichen Zulässigkeit der Festlegung kantonaler Mindestlöhnen » ; identique : GÄCHTER THOMAS, in : Bernhard Ehrenzeller – Patricia Egli – Peter Hettich – Peter Hongler – Benjamin Schindler – Stefan G. Schmid – Rainer J. Schweizer (édit.), *Die Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar*, 4. Auflage, Zurich/Saint Gall 2023, N 24 ad art. 110, pp. 2973-2974. Cf. aussi LEMPEN KARINE, in : Vincent Martenet – Jacques Dubey (édit.), *Commentaire romand de la Constitution fédérale*, Bâle 2021, NN 10-14 ad art. 110, pp. 2206-2207, qui relève que le Tribunal fédéral « souligne la complémentarité des dispositifs : le filet de sécurité déployé par l'État n'est pas appelé à remplacer la table des négociations collectives de travail, mais à la compléter » (N 14, p. 2207). Pour ce qui est de la doctrine de droit du travail, cf. aussi WITZIG AURÉLIEN, *Droit du travail*, Genève/Zurich/Bâle 2018, N 1430, pp. 476-477 ; GEISER THOMAS/MÜLLER ROLAND/PÄRLI KURT, *Arbeitsrecht in der Schweiz*, 4. Auflage, Berne 2019, NN 382 et 382a, p. 165 ; DUNAND JEAN-PHILIPPE/LEMPEN KARINE/PERDAEMS ELSA, *Droit du travail*, Bâle/Neuchâtel 2020, N 16, pp. 17-18, et N 299, pp. 199-201, ainsi que, pour la deuxième édition de l'ouvrage, DUNAND JEAN-PHILIPPE/LEMPEN KARINE, *Droit du travail*, 2^e éd., Bâle/Neuchâtel 2024, N 16, pp. 17-19, et N 299, pp. 219-220 ; PORTMANN WOLFGANG/WILDHABER ISABELLE/RUDOLPH ROGER, *Schweizerisches Arbeitsrecht*, 5. Auflage, Zürich/St. Gallen 2024, N 229, pp. 66-67 (qui se réfèrent aux nombreuses dispositions de droit public limitant la liberté contractuelle, et mentionnent à ce titre les salaires minimaux cantonaux, en ces termes : « *Kantonale Mindestlohnbestimmungen : zu ihrer Zulässigkeit vgl BGE 143 I 403* ») ; cf. enfin WYLER RÉMY/HEINZER BORIS/WITZIG AURÉLIEN, *Droit du travail*, 5^e éd., Berne 2024, qui traitent abondamment des salaires minimaux cantonaux (pp. 43, 48-49, 55, 75-76 et 1260 notamment, ainsi que, tout spécialement, pp. 180-183 et 1133, où il est aussi question de la motion *Ettlin*) et qui prennent en compte la jurisprudence, sans la critiquer.

¹⁵⁸ Ce qu'elle a du reste fait, en partie, avec la *loi fédérale sur les mesures d'accompagnement applicables aux travailleurs détachés et aux contrôles des salaires minimaux prévus par les contrats-types de travail* (Loi sur les travailleurs détachés, LDét), du 8 octobre 1999 (RS 823.20), qui a introduit les nouveaux articles 360a à 360f du Code des obligations. Voir notamment, à ce propos, DUNAND/LEMPEN, 2^e éd., précités (note précédente), NN 509 à 515, pp. 420-424, ainsi que WITZIG, précité (note précédente), NN 1426 à 1429, pp. 475-476 ; cf. aussi JEANNERAT ELOI/MAHON PASCAL, ad art. 360a à 360f, in : Jean-Philippe Dunand – Pascal Mahon (édit.), *Commentaire du contrat de travail*, 2^e éd., Berne 2022, pp. 1533-1570.

manière exhaustive, ou que le peuple et (tous) les cantons aient refusé un tel salaire minimum, ne signifie en aucun cas que les cantons devraient perdre la compétence qu'ils ont en la matière – et qu'encore une fois le Tribunal fédéral leur a reconnue –, bien au contraire. Une telle idée est en effet en contradiction manifeste avec le système de la répartition constitutionnelle des compétences. Lorsque la Confédération possède une compétence législative *concurrente* – comme c'est le cas ici en matière de droit du travail (art. 110 et 122 Cst)¹⁵⁹ –, mais qu'elle ne l'a pas complètement utilisée ou pas exercée de manière exhaustive, et tant qu'elle ne l'a pas fait, les cantons demeurent compétents. L'histoire des nombreuses votations populaires fédérales par lesquelles le peuple ou le peuple et les cantons suisses ont refusé l'introduction d'une assurance-maternité fédérale, et de l'instauration d'une telle assurance dans le canton de Genève, en juillet 2001, avant l'entrée en vigueur, en juillet 2005, de la loi fédérale instaurant une assurance fédérale par le biais des allocations pour perte de gain, est là pour le rappeler et l'illustrer¹⁶⁰.

Du reste, l'avis de droit est contestable aussi en ce qu'il semble partir de l'idée que le net rejet, en 2014, par le peuple et (tous) les cantons, d'une initiative populaire fédérale demandant un salaire minimum national devrait nécessairement avoir une influence sur l'appréciation de la constitutionnalité des salaires minimums cantonaux. Que le souverain fédéral – le peuple et (tous) les cantons – refuse un objet déterminé sur le plan fédéral n'enlève rien au droit des cantons d'adopter le même objet, dans leur domaine de compétence, bien évidemment¹⁶¹. Là encore, l'histoire constitutionnelle suisse, celle du suffrage féminin en particulier, le prouve : le refus, le 1^{er} février 1959, par la majorité des hommes et (tous) les cantons suisses, d'accorder le droit de vote aux femmes de ce pays en matière fédérale n'a pas empêché – et ne saurait avoir empêché – le corps électoral (masculin) du Canton de Vaud d'instaurer, le même jour, le suffrage féminin en matière cantonale¹⁶².

2. Les autres éléments d'appréciation

37. La compétence de la Confédération de légiférer en matière d'extension des conventions collectives de travail et ses limites. – Il est certain que la Confédération a la compétence de légiférer en matière d'extension des conventions collectives de travail, en vertu de l'article 110 al. 1^{er}, lettre d, de la Constitution fédérale, et qu'elle a aussi et aurait – comme le

¹⁵⁹ Ce que l'avis de droit reconnaît du reste : *avis de droit HÄNER*, NN 12 et 15, pp. 9 et 11.

¹⁶⁰ Voir à ce propos HÜRZELER MARC/USINGER-EGGER PATRICIA/MADER LUZIUS, in : Bernhard Ehrenzeller – Patricia Egli – Peter Hettich – Peter Hongler – Benjamin Schindler – Stefan G. Schmid – Rainer J. Schweizer (édit.), *Die Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar*, 4. Auflage, Zurich/Saint Gall 2023, N 21 ad art. 116, p. 3063, qui précisent explicitement que « [d]ies bedeutet, dass die Kantone zuständig bleiben, solange und soweit der Bund von seiner Kompetenz nicht Gebrauch gemacht hat », en se référant à l'avis de droit de l'Office fédéral de la justice relatif à l'assurance-maternité genevoise, des 21 mai et 29 octobre 2001, JAAC 2001 N 92, pp. 1030-1044. Sur l'histoire mouvementée – et les différents refus populaires – de l'assurance-maternité en Suisse, voir notamment BIAGGINI, précité (note 157), NN 5-6 ad art. 116, pp. 942-943, et PERRENOUD STÉPHANIE, in : Vincent Martenet – Jacques Dubey (édit.), *Commentaire romand de la Constitution fédérale*, Bâle 2021, NN 25 à 32 ad art. 116, pp. 2322-2325 ; sur l'assurance maternité genevoise, DUC JEAN-LOUIS, L'assurance maternité genevoise, in : *Aspects de la sécurité sociale* 2001/3, pp. 25-28, et DESPLAND BÉATRICE, Congé maternité : Genève ou l'histoire d'un succès, in : *Plaidoyer* 2004/5, pp. 52-55.

¹⁶¹ On pourrait sans doute aussi interpréter un tel résultat de votation (fédérale) comme un signe, selon les cas, qu'il s'agit d'une question ou d'un domaine politique qui doit être laissé aux cantons, par exemple en raison de situations économiques, sociales ou encore politiques très différentes d'une région à l'autre.

¹⁶² Et on n'aurait guère vu, alors, qu'une motion demande au Parlement fédéral de contourner la volonté populaire des Vaudois, suivis par les Neuchâtelois, puis les Genevois, les Bâlois, les Tessinois, les Valaisans, les Lucernois et les Zurichois, en vue de les empêcher de faire, à leur niveau, ce qui ne plaisait pas au constituant fédéral et qu'il avait refusé de faire (voir, à ce propos, la note 24 ci-dessus).

dit l'avis de droit – la compétence d'édicter, si elle voulait le faire, une réglementation sur les salaires, notamment les salaires minimaux, et cela en vertu de l'article 110 al. 1^{er}, mais de la lettre a, ou de l'article 122 de la même Constitution. De ce fait on pourrait en inférer, comme semble le faire l'avis de droit, qu'elle peut régler sans autre les conditions d'extension des conventions collectives, ainsi que les effets ou la portée d'une telle extension, notamment en prévoyant que celle-ci a pour effet que les conventions collectives priment sur le droit public impératif des cantons, cela que ce soit uniquement pour les salaires minimums, comme le demande la motion *Ettlin*, ou que ce soit de manière générale, pour tout le droit (public) cantonal, comme le demandait la motion *Baumann*.

À vrai dire, on peut tout-de-même se demander si la compétence de la Confédération de légiférer en matière d'extension des conventions collectives de travail, fondée sur l'article 110 al. 1^{er}, let. d., qui est incontestable, va jusqu'à lui permettre d'édicter des dispositions qui, comme celle que demande la motion, ont pour objet de modifier la nature ou le statut des conventions collectives, faisant primer celles-ci sur le droit impératif des cantons. Si la compétence prévue à l'article 110 al. 1^{er}, let. d, vise certainement la procédure d'extension des conventions collectives, et les conditions auxquelles une telle extension peut ou doit être subordonnée (art. 110 al. 2), il est moins évident – pour ne pas dire qu'il est discutable – qu'elle aille ou puisse aller jusqu'à permettre à la Confédération de régler la nature ou la place d'une convention collective dans le système du droit du travail, en déclarant cette convention (étendue) supérieure au droit (public) cantonal¹⁶³. A notre avis, une telle modification de la nature et du statut de la convention collective devrait passer plutôt par la compétence de la Confédération en matière de droit privé, fondée sur l'article 122 de la Constitution, et donc être concrétisée par le biais d'une modification de l'article 358 du Code des obligations, et non de la loi sur l'extension des conventions collectives.

Quoi qu'il en soit, cependant, il n'en demeure pas moins que de par la manière, quelque peu détournée, dont la motion *Ettlin* demande de le faire, et dont le projet du Conseil fédéral le fait, la mise en œuvre de la compétence législative fédérale touche indiscutablement, comme le dit le Conseil fédéral, les compétences cantonales en matière de politique sociale et de fixation de salaires minimums, telles que reconnues par la jurisprudence du Tribunal fédéral, mais aussi, avant lui, par les autres autorités fédérales, qui ont accordé la garantie aux Constitutions cantonales concernées.

Pour prendre un exemple tiré d'un tout autre domaine, c'est un peu comme si le législateur fédéral, qui est indiscutablement compétent pour légiférer sur le Parlement fédéral fixait, dans sa loi sur le Parlement, des conditions d'accès à celui-ci qui interféreraient avec les compétences des cantons en matière de droits politiques et, spécialement, d'éligibilité au sein du Conseil des États. Par exemple, si la loi fédérale sur le Parlement fixait un âge minimal de 18 ans pour accéder à l'Assemblée fédérale, ou encore posait des règles d'incompatibilité entre un mandat fédéral et un mandat électif cantonal¹⁶⁴, elle toucherait ainsi inévitablement la compétence cantonale de régler l'éligibilité au Conseil des États.

¹⁶³ Les commentaires de l'article 110 Cst. ne semblent pas répondre à la question : cf., notamment, BIAGGINI, précité (note 157), NN 7 à 11 ad art. 110, pp. 917-918 ; GÄCHTER, précité (note 157), NN 33 à 35 ad art. 110, pp. 2977-2979 ; LEMPEN, précitée (note 157), NN 50 à 56 ad art. 110, pp. 2217-2219 ; CARDINAUX BASILE, in : Bernhard Waldmann – Eva Maria Belser – Astrid Epiney (édit.), *Bundesverfassung, Basler Kommentar*, Bâle 2015, NN 40 à 48 ad art. 110, pp. 1728-1731.

¹⁶⁴ Par exemple en prévoyant que les fonctions de membre d'un gouvernement cantonal et de membre du Conseil des États sont incompatibles.

En d'autres termes, le fait que la Confédération ait une compétence dans un domaine déterminé – en l'occurrence le droit du travail, et spécialement la question de l'extension des conventions collectives de travail – ne signifie pas que cette compétence est sans limites, notamment lorsque son exercice peut entrer en conflit avec une ou des compétences cantonales dans un autre domaine – en l'occurrence celui de la politique sociale, spécialement de la lutte contre la pauvreté.

38. **Des compétences « enchevêtrées » ?** – Modifier l'équilibre de telles compétences « enchevêtrées », sans passer par une révision constitutionnelle, en se limitant à interpréter de manière large et presque illimitée la compétence législative fédérale – sans égards aux compétences cantonales –, n'est certainement pas très respectueux de la répartition constitutionnelle des compétences. En ce sens, il faut donc bien admettre, avec le Conseil fédéral et (presque tous) les cantons, que la mise en œuvre de la motion *Ettlin* porte atteinte à – ou au moins touche – la répartition constitutionnelle des compétences entre cantons et Confédération, et donc le fédéralisme et la souveraineté des cantons en matière de politique sociale. C'est en ce sens que le Conseil fédéral est en droit de souligner que « mettre en œuvre la motion de manière cohérente avec l'ordre juridique suisse », supposerait de proposer une modification de la Constitution.

On peut à cet égard rappeler aussi l'article 44 de la Constitution fédérale, fondement de ce qu'on appelle le principe de la fidélité confédérale (*Bundestreue*), dont l'alinéa 2, 1^{re} phrase, prévoit que la Confédération et les cantons « se doivent respect et assistance », ce qui implique, entre autres, selon la doctrine, une « obligation d'exercer les compétences avec bienveillance et de manière non abusive »¹⁶⁵.

Vouloir – comme le veut la motion *Ettlin* – faire prévaloir une convention collective étendue (au niveau fédéral) sur les lois cantonales instituant des salaires minimums, voire, même, sur des constitutions cantonales (puisque ce sont le plus souvent celles-ci qui prévoient le principe de tels salaires minimaux), sans passer par une révision constitutionnelle, constitue donc bien une atteinte aux compétences cantonales existantes et reconnues – par le Tribunal fédéral, mais aussi par le Conseil fédéral et l'Assemblée fédérale elle-même – et, dès lors, une atteinte à la souveraineté des cantons et au fédéralisme.

C'est du reste explicitement pour ce motif que le Conseil des États avait rejeté, le 19 décembre 2019, la motion *Baumann*, qui avait une teneur analogue à la motion *Ettlin*¹⁶⁶. Or, du point de vue de la répartition des compétences et du fédéralisme, la situation n'a pas changé depuis 2019 et le fait que la motion *Ettlin* ne vise que les salaires minimums alors que la motion *Baumann* visait l'ensemble du droit cantonal ne change rien au principe.

39. **La question du respect des droits populaires et de la démocratie (directe).** – A cela s'ajoute la question du respect des droits populaires et de la démocratie (directe). Comme le soulignait

¹⁶⁵ Voir à ce propos COLLETTE, précitée (note 15), p. 7. Cf aussi, sur ce principe, et sa signification, dans ce contexte de l'exercice des compétences en particulier, WALDMANN BERNHARD/KRAEMER RAPHAEL, in : Bernhard Waldmann – Eva Maria Belser – Astrid Epiney (édit.), *Bundesverfassung, Basler Kommentar*, Bâle 2015, N 19 ad art. 44, pp. 864-865, qui parlent de « Pflicht zur schonenden Kompetenzausübung » ; de même, BIAGGINI, précité (note 157), N 8 ad art. 44, p. 501 (« schonende Kompetenzausübung ») et EGLI PATRICIA, in : Bernhard Ehrenzeller – Patricia Egli – Peter Hettich – Peter Hongler – Benjamin Schindler – Stefan G. Schmid – Rainer J. Schweizer (édit.), *Die Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar*, 4. Auflage, Zurich/Saint Gall 2023, N 17 ad art. 44, pp. 1626-1627 (« Gebot der schonenden Kompetenzausübung »).

¹⁶⁶ Voir le N 24 ci-dessus. Pour le débat de l'époque, cf. BO 2019 CE 1265-1270.

le Conseil fédéral dans son avis du 24 février 2021 relatif à la motion *Ettlin*, en acceptant celle-ci, le législateur fédéral non seulement « irait à l'encontre des principes du fédéralisme et de l'ordre constitutionnel des compétences », mais encore « viderait de [son] contenu la volonté populaire au niveau cantonal »¹⁶⁷.

En effet, qu'elles soient constitutionnelles ou légales, les diverses dispositions cantonales évoquées instituant des salaires minimums ont *toutes* été adoptées au travers de votations populaires, parfois même de plusieurs votations successives dans le même canton, et ont donc été acceptées explicitement par la majorité de la population concernée. Elles jouissent dès lors d'une forte légitimité démocratique, puisqu'elles se fondent à la fois, le plus souvent, sur une base constitutionnelle, adoptée explicitement par le peuple en votation populaire, et sur une base légale, une loi formelle, également adoptée de manière démocratique, implicitement (à Neuchâtel, au Tessin et dans le Jura) ou explicitement (à Genève et à Bâle-Ville), par le peuple cantonal. Il en va de même dans les deux villes qui ont introduit un tel salaire minimum¹⁶⁸. Or, comme le souligne encore le Conseil fédéral, « une CCT étendue ne bénéficie pas de la même légitimation démocratique qu'une loi cantonale. Une CCT est un accord entre des privés et l'extension de son champ d'application ne lui retire pas son statut de droit privé »¹⁶⁹, ce qui est du reste confirmé par le Tribunal fédéral.

Dans son arrêt sur le salaire minimum neuchâtelois, celui-ci exprimait en effet ainsi cette réalité, en se référant à sa jurisprudence antérieure¹⁷⁰ :

« Le Tribunal fédéral a précisé que la déclaration d'extension ne modifie pas le contenu de la convention collective de travail ; la nature juridique du contrat collectif subsiste ; il s'agit toujours de droit objectif né de l'accord entre deux sujets de droit investis à cet effet par le législateur ([références à la jurisprudence, au message du Conseil fédéral et à la doctrine]). Ainsi, même lorsqu'elles ont fait l'objet d'une décision d'extension par le Conseil fédéral, les CCT renferment du droit privé fédéral, y compris pour les personnes qui ne sont pas assujetties à la convention ([références à la jurisprudence]). Il s'ensuit que les clauses des CCT étendues conservent leur caractère de droit privé, sans régler par des prescriptions de droit public la relation entre les acteurs des arts et métiers et l'État » ([références à la jurisprudence et à la doctrine]).

Vouloir – comme le veut la motion *Ettlin* – faire prévaloir, par le biais d'une modification d'une loi fédérale, une convention collective étendue (au niveau fédéral), donc un accord qui relève du droit privé et reste du droit privé, sur les lois cantonales instituant des salaires minimaux, et fondées sur les constitutions cantonales, dans un domaine qui relève des compétences cantonales, constitue donc aussi une atteinte aux droits populaires et à la démocratie directe.

40. La compétence cantonale en matière d'aide sociale et le principe de subsidiarité. –

D'autres dispositions de la nouvelle Constitution fédérale confirment du reste la compétence des cantons en la matière. Ainsi, comme le précise le Tribunal fédéral dans son arrêt sur le salaire minimum neuchâtelois, « il y a également lieu de rappeler que ce sont les cantons qui sont compétents en matière d'aide sociale (art. 115 Cst.), laquelle a pour but non seulement de fournir une aide matérielle, mais également de favoriser l'intégration professionnelle des

¹⁶⁷ Cf. l'avis du Conseil fédéral du 24 février 2021, précité (notes 4, 92, 94 et 101 ci-dessus).

¹⁶⁸ Zurich et Winterthur, où les taux d'acceptation populaires sont encore bien supérieurs à ceux enregistrés dans les cantons, voir le N 21 ci-dessus.

¹⁶⁹ Cf. l'avis du Conseil fédéral du 24 février 2021, précité (notes 4, 92, 94, 101 et 167 ci-dessus).

¹⁷⁰ ATF 143 I 403, cons. 7.3.2, p. 421. Cf. aussi COLLETTE, précitée (note 15), p. 8.

personnes dans le besoin. L'aide matérielle est donc subsidiaire par rapport au revenu que les personnes concernées peuvent se procurer par leurs propres moyens en exerçant une activité lucrative (... [références à la jurisprudence notamment]). Cela suppose toutefois que les personnes exerçant une activité lucrative à plein temps perçoivent un revenu qui leur suffit pour vivre. L'article 41 al. 1 let. d Cst. énonce en outre comme but social que la Confédération et *les cantons* s'engagent à ce que toutes les personnes capables de travailler puissent assurer leur entretien par un travail qu'elles exercent dans des conditions équitables »¹⁷¹.

Dans ce contexte, permettre aux conventions collectives étendues de fixer des salaires minimaux inférieurs à ceux imposés par le droit public cantonal, et jugés nécessaires pour éviter la pauvreté et l'aide sociale, et mener une existence digne, revient ainsi, en quelque sorte, à accorder une forme de subventionnement à certaines branches ou entreprises, aux frais des contribuables du canton.

A côté des articles 41 al. 1^{er}, let. d, et 115 de la Constitution fédérale, on peut encore mentionner le principe de subsidiarité, posé désormais à l'article 43a al. 1^{er} de la Constitution fédérale par la révision du 28 novembre 2004, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2008 (« réforme du fédéralisme »). Selon ce principe, la « Confédération n'assume que les tâches qui excèdent les possibilités des cantons ou qui nécessitent une réglementation uniforme par la Confédération »¹⁷².

41. Une atteinte au système du droit du travail et des sources du droit du travail. – La motion *Ettlin* entend garantir, on l'a vu, que les salaires minimums éventuellement fixés par une convention collective étendue par le Conseil fédéral priment en tous les cas – même s'ils sont inférieurs – sur les salaires minimums éventuellement fixés par le droit public cantonal, sur la base des procédures démocratiques évoquées ci-dessus.

Ce faisant, elle introduit un mécanisme qui serait contraire à l'esprit et au système du droit du travail et au système des sources de celui-ci. Selon ce système, la relation de travail est réglée généralement – sous réserve des rapports de travail de droit public¹⁷³ – par le droit privé (fédéral) du travail, qui relève essentiellement du droit fédéral (art. 122 de la Constitution) et dont font partie tant le droit du contrat individuel du travail du Code des obligations (art. 319 à 342 CO) que le droit (collectif), notamment le droit de la convention collective de travail, elle aussi régie par le Code des obligations (art. 356 à 358 CO). Ces dispositions de droit privé laissent aux parties, que ce soit dans le cadre du droit du contrat individuel ou dans celui de la convention collective, une certaine marge de manœuvre ou autonomie, pour adopter des réglementations adaptées à leurs besoins spécifiques. Mais cette marge de manœuvre ou cette autonomie est limitée à deux égards.

D'une part, tout d'abord, à l'intérieur même du droit privé, le législateur fédéral a imposé certaines règles comme étant impératives, absolument ou relativement impératives, c'est-à-dire comme s'imposant aux parties, de manière absolue pour les premières – les parties ne pouvant ainsi les écarter ni en faveur de l'une, ni en faveur de l'autre – et de manière relative

¹⁷¹ ATF 143 I 403, cons. 7.5.5, pp. 424-425 (italiques dans l'original).

¹⁷² Pour une telle référence à ce principe, cf. COLLETTE, précitée (note 15), p. 7.

¹⁷³ Voir, à ce propos, la (première) réserve de l'art. 342 al. 1^{er}, let. a, CO, réserve qui permet à la Confédération, aux cantons et aux communes de soumettre les rapports de travail de leur personnel à un statut de droit public, plutôt qu'au Code des obligations ; cf. à ce sujet MAHON PASCAL/JEANNERAT ELOI, NN 6 et 7 ss ad art. 342, in : Jean-Philippe Dunand – Pascal Mahon (édit.), *Commentaire du contrat de travail*, 2^e éd., Berne 2022, pp. 1166-1186, spéc. 1170-1171.

pour les secondes – les parties pouvant y déroger, mais uniquement en faveur d’une des parties, la partie travailleuse (voir sur ces deux types de dispositions impératives, les art. 361 et 362 CO). Pour ce qui est de la convention collective, elle est elle-même fondée aussi sur l’idée qu’elle peut contenir des clauses impératives, mais que « les dérogations stipulées en faveur des travailleurs sont valables » (art. 357 al. 2 CO), de sorte que la CCT est aussi de nature relativement impérative.

D’autre part, le droit privé fédéral du contrat de travail réserve aussi « les dispositions de droit public de la Confédération et des cantons sur le travail et la formation professionnelle », en ce sens que ces dispositions, qui sont en principe – en tant que droit public – impératives, l’emportent sur les règles du droit privé du travail et les règles adoptées par les parties sur la base de celui-ci. Cette réserve du droit public a pour objectif général de rappeler que le droit privé cède le pas là où le droit public est applicable au rapport de travail et elle « est de nature impérative »¹⁷⁴. Elle signifie que ces règles de droit public « adoptées par les cantons ou la Confédération [...] afin d’assurer une protection minimale des travailleuses et des travailleurs et des apprenties et apprentis » [...] « priment alors sur toutes les autres règles qui leur seraient contraires. Peu importe à cet égard que ces dernières soient prévues par contrat individuel, par convention collective, par contrat-type ou par le CO. Ce principe est extrêmement important au regard des lois fédérales, nombreuses et variées, de protection des travailleuses et des travailleurs »¹⁷⁵, notamment celles fondées sur l’article 110 al. 1^{er}, let. a, de la Constitution fédérale, comme la loi fédérale sur le travail, par exemple.

Mais la règle et le principe valent aussi pour les mesures législatives que les cantons, voire les communes, peuvent prendre en matière de travail et de formation professionnelle, puisque la Confédération ne dispose en la matière que de compétences concurrentes (art. 110 Cst.)¹⁷⁶. Tel est le cas, précisément, comme l’a souligné le Tribunal fédéral dans les arrêts évoqués plus haut, spécialement dans ses arrêts sur les salaires minimums neuchâtelois et tessinois, des réglementations cantonales sur les salaires minimums, qui relèvent de la politique sociale et poursuivent d’autres buts que la protection des travailleuses et travailleurs – même si indirectement, elles ont aussi pour effet de les protéger – et qui entrent donc dans cette réserve de l’article 342 al. 1^{er}, let. b, CO¹⁷⁷.

¹⁷⁴ Cf. MAHON/JEANNERAT, précités (note 173), N 2 ad art. 342, p. 1168.

¹⁷⁵ *Ibid.*, N 17 ad art. 342, p. 1179.

¹⁷⁶ MAHON/JEANNERAT, précités (note 173), N 18 ad art. 342, p. 1180, qui précisent : « Cependant, la législation fédérale est si dense, notamment s’agissant de la protection des travailleuses et des travailleurs, qu’il ne leur reste plus guère de place qu’en matière de réglementation de police visant la préservation de la tranquillité et la moralité publiques, les prescriptions correspondantes protégeant peut-être aussi les travailleuses et travailleurs, mais indirectement seulement (p.ex. ouverture des magasins, âge minimal pour le personnel d’établissement public, etc.) [références à la doctrine]. Néanmoins, même si le Tribunal fédéral a déjà reconnu que les cantons n’ont, dans les domaines régis par la LTr, pratiquement plus de compétence législative, on peut imaginer que les cantons jouiront encore de compétences ponctuelles en matière de protection des travailleurs en fonction de l’évolution sociale, scientifique et technologique [références à la jurisprudence relative à la fumée passive, notamment, mais aussi à l’arrêt du Tribunal fédéral du 8 avril 2010 sur le salaire minimum à Genève] » (arrêt précité, notamment notes 19 et 37).

¹⁷⁷ Comme on l’a vu, le Tribunal fédéral a ainsi jugé, dans ces deux arrêts, que les cantons restent compétents pour poursuivre d’autres buts d’intérêt public que la protection des travailleuses et des travailleurs, notamment des objectifs de politique sociale, comme la lutte contre la pauvreté – et notamment contre le phénomène des *working poors* –, de sorte qu’un salaire minimum cantonal, même s’il a sans doute pour effet indirect de protéger les travailleuses et les travailleurs, ne viole pas la primauté du droit fédéral, ni par rapport au droit public fédéral de protection, ni par rapport au droit privé du travail. Pour autant que son montant se situe à un niveau relativement bas, relevant encore de la politique sociale, et non de la politique économique, un tel salaire minimum n’est pas non plus contraire ni au principe de la liberté économique,

Selon le système du droit du travail, les dispositions de droit public cantonal, qui sont impératives, l'emportent donc, en vertu de l'article 342 al. 1^{er}, let. b, CO – qui n'est qu'un simple rappel de l'article 3 de la Constitution fédérale¹⁷⁸ –, sur les dispositions des conventions collectives, même étendues, et même étendues par décision du Conseil fédéral, c'est-à-dire à l'ensemble de la Suisse.

L'article 358 CO reprend du reste ce principe de la primauté du droit public, fédéral mais aussi cantonal, pour les conventions collectives de travail, puisqu'il prévoit explicitement que « [l]e droit impératif de la Confédération et des cantons l'emporte sur la convention ; toutefois, les dérogations stipulées en faveur des travailleurs sont valables, à moins que le droit impératif ne s'y oppose expressément ».

Dès lors, le système du droit du travail et de la hiérarchie des diverses sources de ce droit repose sur deux principes : le principe de la primauté du droit (public, mais aussi privé) impératif – fédéral et cantonal – sur toutes les autres sources, y compris la convention collective (et même la convention collective étendue), sous la réserve du second principe, celui de la « clause la plus favorable »¹⁷⁹ (ou « principe de faveur », *Günstigkeitsprinzip*)¹⁸⁰, qui domine tout le droit du travail, et qui veut que seules les dérogations au droit public stipulées en faveur des travailleuses et des travailleurs restent valables, à moins que le droit impératif ne l'exclue.

Vouloir – comme le veut la motion *Ettlin* – faire prévaloir, par le biais d'une modification d'une loi fédérale, la LECCT, une convention collective étendue (au niveau fédéral) sur le droit public cantonal, ne serait-ce que pour quelques domaines régis par la convention collective, introduirait donc une double entorse à – ou une brèche dans – ce système : d'une part, en plaçant la convention collective étendue au-dessus du droit public, certes cantonal, mais démocratiquement adopté et conforme à la répartition des compétences ; d'autre part, en renversant le principe de la clause la plus favorable, c'est-à-dire en déclarant par principe applicable le salaire minimum le moins élevé et donc, en autorisant les parties à un contrat de droit privé – ou le « partenariat social » qui devrait être protégé, pour reprendre le titre de la motion – à descendre en dessous du minimum imposé par le droit public¹⁸¹.

42. Une intervention dans la concurrence contraire au principe de la liberté économique ? – Permettre, comme le veut la motion *Ettlin*, aux conventions collectives étendues de fixer des salaires minimaux inférieurs à ceux imposés par le droit public cantonal, et jugés nécessaires pour éviter la pauvreté et l'aide sociale, et mener une vie digne, revient en fin de compte

ni au droit individuel de cette liberté, pas plus qu'à la liberté syndicale. Voir aussi, à ce propos, MAHON/JEANNERAT, précités (note 173), N 19 ad art. 342, pp. 1180-1181.

¹⁷⁸ Cf. MAHON/JEANNERAT, précités (note 173), N 6 ad art. 342, p. 1170.

¹⁷⁹ Sur ce double principe, à la fois de la primauté du droit (public) impératif et de la « clause la plus favorable » aux travailleuses et travailleurs, voir, parmi d'autres, BRUCHEZ CHRISTIAN, NN 3 à 6 ad art. 358, in : Jean-Philippe Dunand – Pascal Mahon (édit.), *Commentaire du contrat de travail*, 2^e éd., Berne 2022, pp. 1498 ss, spéc. 1499-1500, ainsi que STREIFF ULLIN/VON KAENEL ADRIAN/RUDOLPH ROGER, *Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR*, 7. Auflage, Zürich/Basel/Genève 2012, NN 1 à 3 ad art. 358, p. 1496.

¹⁸⁰ Sur ce « principe de faveur », cf. aussi, notamment, WYLER/HEINZER/WITZIG, précités (note 157), pp. 1133-1135, ainsi que WITZIG, précité (note 157), N 2022 à 2025, pp. 660-661, et STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, précités (note précédente), NN 3 à 6 ad art. 358, pp. 1496-1498.

¹⁸¹ Pour réaliser la motion sans introduire un système contradictoire, il faudrait donc modifier aussi les art. 342 al. 1^{er}, let. b, et/ou 358 CO, et donc modifier assez fondamentalement le système du droit du travail.

aussi, en quelque sorte, et comme déjà indiqué, à accorder une forme de subventionnement (indirect) à certaines branches ou entreprises, aux frais des contribuables du canton.

Or, s'il devait s'avérer, d'un point de vue factuel ou statistique, que ce sont certaines branches seulement – et presque systématiquement toujours la ou les mêmes – qui sont concernées, c'est-à-dire qui connaissent des conventions collectives avec des salaires minimums inférieurs aux salaires minimums fixés par les cantons, on pourrait même se demander si la réalisation de la motion *Ettlin* n'aboutirait pas à une intervention de la Confédération ayant pour effet de soutenir indirectement ces branches – qui plus est aux frais des contribuables cantonaux –, au détriment d'autres branches qui respectent, elles, les salaires minimaux cantonaux. Une telle démarche, qui constitue une intervention dans le jeu de la libre concurrence, voire une forme de protectionnisme, est problématique aussi sous l'angle de la liberté économique, particulièrement dans sa dimension institutionnelle (le « principe » de la liberté économique, art. 94 de la Constitution fédérale), dont fait partie l'exigence de neutralité de l'État en matière de concurrence, « devenue un principe fondamental de l'ordre économique »¹⁸².

IV. Conclusions

43. *Convenir moins que le minimum qui permet de mener une existence digne ?* – La motion *Ettlin* entend faire primer les salaires minimums fixés par les conventions collectives de travail déclarées de force obligatoire au plan national par le Conseil fédéral sur les salaires minimums légaux éventuellement décidés par les cantons et les communes, et ce même si les premiers sont inférieurs aux seconds, c'est-à-dire sont inférieurs à ce qui est considéré, par ces cantons ou communes, comme le minimum nécessaire pour permettre à une travailleuse ou un travailleur de ne pas tomber dans la pauvreté et, pour reprendre l'expression de la Constitution tessinoise, de « mener une vie digne » ou, pour reprendre la formule du Tribunal fédéral, d'obtenir « un revenu qui leur suffit pour vivre »¹⁸³ ou « une rémunération suffisante pour vivre dignement »¹⁸⁴.

La motion tend ainsi à modifier, ou à corriger, par le biais d'une modification d'une loi fédérale, la loi sur l'extension des conventions collectives de travail, l'état du droit tel que fixé par la jurisprudence du Tribunal fédéral, que certains milieux qui l'ont provoquée n'ont pas appréciée et n'acceptent toujours pas, jurisprudence qui, selon eux, met « à rude épreuve un partenariat social qui en Suisse a fait ses preuves ».

On peut cependant s'étonner que le prix à payer pour sauver ou « protéger » ce partenariat social ainsi mis à rude épreuve – toujours pour reprendre les termes de la motion – consiste à permettre à ce même partenariat, ou en tous cas à quelques branches, de convenir des salaires minimums inférieurs à ce qui est considéré, généralement par la majorité de la population des cantons et communes intéressés, comme le minimum indispensable pour mener une existence digne.

¹⁸² Voir notamment, à ce propos, MARTENET VINCENT, La Constitution économique, in : Olivier Diggelmann – Maya Hertig Randall – Benjamin Schindler (édit.), *Droit constitutionnel suisse / Verfassungsrecht der Schweiz*, Zurich/Bâle/Genève 2020, volume III, pp. 2061-2090, spéc. N 46, p. 2077.

¹⁸³ ATF 143 I 403, cons. 7.5.5, p. 424.

¹⁸⁴ ATF 143 I 403, cons. 7.7, p. 425.

44. Atteinte à la souveraineté cantonale et au fédéralisme, aux droits populaires et à la démocratie directe, ainsi qu'au système du droit du travail. – Comme le soutiennent le Conseil fédéral et pratiquement tous les cantons, et quoi qu'en disent ses partisans, la concrétisation de la motion *Ettlin* par une simple modification d'une loi fédérale toucherait la répartition constitutionnelle des compétences et porterait donc atteinte à la souveraineté des cantons et au fédéralisme.

Cela vaut d'autant plus que la réalisation de la motion pourrait bien avoir pour effet de soutenir indirectement certaines branches économiques, dont les conventions collectives, même étendues, prévoient des salaires inférieurs aux minimums cantonaux, et ce au détriment de l'aide sociale – et donc en partie au moins aux frais des contribuables – des cantons concernés.

Dans la mesure où les salaires minimums dans les cantons et les communes ont tous été acceptés, en votations populaires, par la majorité des citoyennes et citoyens concernés, la concrétisation de la motion constituerait également une forme de mépris des droits populaires et de la démocratie directe.

Sa concrétisation porterait en outre atteinte, doublement, au système même du droit du travail, et notamment de la hiérarchie des sources de ce droit du travail, dans la mesure où elle ouvrirait une brèche dans le principe de la primauté – jusqu'ici toujours admise – du droit public, fédéral mais aussi cantonal, sur les conventions collectives de travail, même étendues¹⁸⁵, sous réserve de l'exception – elle aussi toujours admise jusqu'ici en droit du travail – du principe de la clause « la plus favorable »¹⁸⁶, principe que la concrétisation de la motion renverserait¹⁸⁷.

45. Contradictions de l'Assemblée fédérale ? – En acceptant de concrétiser la motion *Ettlin* par une simple modification d'une loi fédérale, et sans passer par la voie d'une révision de la Constitution fédérale, l'Assemblée fédérale non seulement « contournerait » ou « corrigerait » la jurisprudence du Tribunal fédéral de manière peu cohérente et conforme à l'ordre juridique – pour reprendre l'expression du Conseil fédéral –, mais elle contredirait elle-même ses propres décisions antérieures, puisqu'elle a toujours admis, en accordant sans jamais de discussions la garantie fédérale aux révisions des constitutions concernées, la compétence des cantons d'instituer des salaires minimums.

¹⁸⁵ Brèche qui pourrait valoir non seulement pour les salaires minimums, mais aussi – pourquoi pas ? – pour d'autres réglementations de droit public cantonal, comme la réglementation des jours fériés ou celles des allocations familiales, qui n'en sont pas moins susceptibles de « mettre à rude épreuve » le partenariat social.

¹⁸⁶ Clause qui veut que seules les dérogations au droit public stipulées en faveur des travailleuses et des travailleurs restent valables, à moins que le droit impératif ne l'exclue expressément.

¹⁸⁷ En prévoyant, au contraire, que c'est la clause la plus défavorable aux travailleuses et aux travailleurs qui prime.