



## **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 »**

COLLETTE MARLÈNE, Dr. iur., avocate\*

*Le dépôt de la motion «Protéger le partenariat social contre les ingérences discutables» adoptée successivement par le Conseil des Etats et le Conseil national en décembre 2022 a relancé le débat sur le salaire minimum cantonal et le principe de la force dérogatoire – ou de la primauté – du droit fédéral. Cet article se propose de faire un bref état des lieux des questions juridiques qui se posent alors que depuis l'arrêt du Tribunal fédéral en 2017, l'instauration d'un salaire minimum par les cantons, au titre de la politique sociale, était acquise.*

*Mit der Einreichung der Motion «Sozialpartnerschaft vor umstrittenen Eingriffen schützen», die der Nationalrat im Dezember 2022 nach dem Ständerat angenommen hat, wurde die Debatte über den kantonalen Mindestlohn und den Grundsatz der derogatorischen Kraft – oder des Vorrangs – des Bundesrechts neu entfacht. Der vorliegende Beitrag versucht eine kurze Bestandesaufnahme der sich stellenden rechtlichen Fragen, dies nachdem das Bundesgericht im Jahr 2017 die Einführung eines kantonalrechtlichen Mindestlohns aus sozialpolitischen Gründen für rechtmässig befunden hatte.*

*La presentazione della mozione «Proteggere il partenariato sociale da attacchi inaccettabili», adottata dal Consiglio degli Stati e dal Consiglio nazionale nel dicembre 2022, ha riaperto il dibattito sul salario minimo cantonale e sul principio della forza derogatoria - o del primato - del diritto federale. L'articolo fornisce una breve panoramica sulle principali questioni giuridiche sollevate dalla questione. L'interesse del tema è invariato anche se dalla sentenza del Tribunale federale del 2017, la facoltà per i cantoni d'introdurre un salario minimo per conseguire degli obiettivi di politica sociale è data per acquisita.*

### **Table des matières**

I. Rappel contextuel .....	2
II. Salaire minimum en Suisse.....	3
1. Au niveau fédéral .....	3
2. Au niveau cantonal.....	4
III. Points de tension juridique .....	6
1. Une atteinte au fédéralisme ? .....	6
2. Une prévalence du droit privé sur le droit public cantonal ?.....	8
IV. Conclusion.....	9
<b>Bibliographie.....</b>	<b>9</b>

Universität Freiburg  
Institut für Föderalismus  
Av. Beauregard 1  
CH-1700 Freiburg

Tel. +41 (0) 26 300 81 25

[Website](#)



UNIVERSITÉ DE FRIBOURG FACULTÉ DE DROIT  
UNIVERSITÄT FREIBURG RECHTSWISSENSCHAFTLICHE FAKULTÄT

---

\* Directrice académique du Centre national de l'Institut du fédéralisme (marlene.collette@unifr.ch)

## I. Rappel contextuel

La question de l'instauration d'un salaire minimum refait régulièrement surface dans le débat juridique, mais aussi politique, ces dernières années. Elle a même soulevé d'innombrables projets, études et jurisprudences, parfois contradictoires, comme la réserve du Conseil fédéral envers l'art. 19 al. 3 Cst./JU<sup>1</sup>, l'avis du Conseil fédéral lors de la garantie fédérale de la Cst./NE à propos de l'art. 34a instituant un salaire minimum<sup>2</sup>, un avis de droit du Prof. Pascal MAHON<sup>3</sup>, sans oublier la jurisprudence du Tribunal fédéral<sup>4</sup>. En 2014, les électeurs suisses avaient clairement rejeté dans les urnes l'instauration d'un salaire minimum fédéral : l'initiative populaire « Pour la protection de salaires équitables (initiative sur les salaires minimums) » avait ainsi été rejetée par 76,3 % des votants, aucun canton n'ayant voté pour. Toutefois, la situation a bien changé depuis le vote. Si la mise en place d'un salaire minimum au niveau fédéral n'est plus d'actualité, cinq cantons (Neuchâtel en 2017, Jura en 2018, Genève en 2020, Bâle-Ville et Tessin en 2021)<sup>5</sup> ont désormais instauré un salaire minimum légal cantonal (dans d'autres cantons comme au Valais par exemple, une initiative a été lancée en janvier 2023 pour un salaire minimal à 22 CHF/h)<sup>6</sup> et des villes comme Zurich envisagent également sérieusement ce dispositif<sup>7</sup>.

Dernièrement, la motion 20.4738 « Protéger le partenariat social contre des ingérences discutables » déposée le 18 décembre 2020<sup>8</sup> et adoptée successivement par le Conseil des Etats et le Conseil national en décembre 2022, a relancé le débat en matière de salaire minimum en souhaitant inscrire dans la loi, la primauté des conventions collectives de travail (CCT) étendues sur le droit cantonal pour le salaire minimum, le treizième mois de salaire et le droit aux vacances.

---

<sup>1</sup> FF 1977 II 259, 267 : « 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 [...], qu'un intérêt public soit menacé et qu'aucun autre moyen (tel que le contrat collectif de travail) ne paraisse convenir ».

<sup>2</sup> FF 2012 7877, 7886 : « 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 réglé 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 ».

<sup>3</sup> MAHON PASCAL, MATTHEY FANNY, Initiative constitutionnelle pour un droit à un salaire minimum (initiative Doolivo), avis de droit établi à la demande du Service de l'Emploi de l'Etat de Vaud, 2009.

<sup>4</sup> ATF 80 I 155 du 12.05.1954 confirmé 56 ans plus tard par un arrêt TF 1C\_357/2009 du 08.04.2010 et l'ATF 143 I 403 du 21.07.2017 relatif au salaire minimum dans le canton de Neuchâtel.

<sup>5</sup> Pour Neuchâtel, Loi portant modification de la loi sur l'emploi et l'assurance-chômage (LEmpl) (Salaire minimum, RS/NE 813.10) du 25 mai 2004 (entrée en vigueur après l'ATF 143 I 403); pour le Jura, Loi sur le salaire minimum cantonal (RS/JU 822.41) du 22.11.2017 (en vigueur depuis le 01.02.2018); pour le Tessin, Legge sul salario minimo (LSM; RL/TI 843.600) du 11.12.2019 (entrée en vigueur après l'arrêt du TF 2C\_302/2020, 2C\_306/2020 du 11.11.2021); pour Bâle-Ville, Gesetz über den kantonalen Mindestlohn (Mindestlohngesetz, MiLoG ; SG/ BS 812.200) du 13.01.2021 (en vigueur depuis le 01.07.2022).

<sup>6</sup> RTS, Une initiative pour un salaire minimum à 22 francs de l'heure lancée en Valais, 14.01.2023.

<sup>7</sup> Le parlement de la ville de Zurich a adopté une telle disposition le 1<sup>er</sup> février 2023. Cet acte est soumis à un référendum (une votation est probable): voir Gemeinderat Zürich ([Sozialdepartement](#), [Gegenvorschlag Volksinitiative «Ein Lohn zum Leben»](#), [Antrag auf Teilungültigkeit](#), [Ablehnung](#), [Gegenvorschlag](#)); aussi, [Freiburger Nachrichten](#), Die Romandie fühlt sich übergangen, 23.12.2022; [NZZ](#), Wer in der Stadt Zürich arbeitet, soll mindestens 23 Franken 90 pro Stunde verdienen, 27.01.2023; [SRF](#), [Liegt der Mindestlohn in der Schweiz im Trend?](#), du 02.02.2023.

<sup>8</sup> Motion 20.4738 « Protéger le partenariat social contre des ingérences discutables » déposée par M. Erich Ettlin le 18.12.2020.

Cette primauté des CCT étendues avait déjà fait l'objet d'une précédente motion déposée en 2018<sup>9</sup>. A l'époque, le Conseil fédéral avait émis un avis défavorable en s'appuyant notamment sur l'arrêt du Tribunal fédéral de 2017 (ATF 143 I 403) relatif au salaire minimum dans le canton de Neuchâtel<sup>10</sup>. Cependant, l'adoption de la motion ETTLIN a ravivé la controverse juridique, les opposants à la motion subodorant par ailleurs une tentative de contournement de la jurisprudence du Tribunal fédéral. Mais avant de revenir sur les points de tension juridique (III), il convient de faire un bref état des lieux de la législation actuellement en vigueur sur le salaire minimum en Suisse (II).

## II. Salaire minimum en Suisse

La mise en place d'un salaire minimum au niveau cantonal n'allait pas forcément de soi puisqu'en matière de droit du travail et, notamment dans le cadre de la protection des travailleurs, c'est la Confédération qui est compétente (1.). Néanmoins, les cantons se sont vu reconnaître par la jurisprudence la possibilité d'instaurer un salaire minimum cantonal au titre de la politique sociale (2.). De fait, le dépôt de cette motion a pour conséquence de cibler le salaire minimum cantonal, plus spécifiquement celui de Neuchâtel et de Genève. En effet, parmi les cinq cantons ayant institué un salaire minimum, seuls Genève et Neuchâtel seraient directement et effectivement concernés puisque les cantons du Jura, de Bâle-Ville et du Tessin prévoient déjà que les CCT priment sur le salaire minimum cantonal<sup>11</sup>.

### 1. Au niveau fédéral

Rappelons-le, il n'existe pas au niveau fédéral de salaire minimum. L'art. 41 al. 1 let. d Cst. prévoit certes que la Confédération et les cantons s'engagent, en complément de la responsabilité individuelle et de l'initiative privée, à ce que toute personne capable de travailler puisse assurer son entretien par un travail qu'elle exerce dans des conditions équitables, mais cette disposition ne crée aucun droit subjectif à des prestations de l'Etat<sup>12</sup>. Le droit à un salaire minimum fédéral ne peut dès lors pas être déduit de l'art. 41 Cst.

Comme le Conseil fédéral l'a clairement précisé dans son message concernant la garantie fédérale des constitutions révisées des cantons de Glaris, d'Appenzell Rhodes-Intérieures, d'Argovie, de Thurgovie, de Vaud, de Neuchâtel et de Genève du 10 octobre 2012, « la question du salaire minimum relève du droit du travail »<sup>13</sup>. La répartition des compétences entre la Confédération et les cantons dans ce domaine résulte de l'art. 110 Cst. pour le droit public et de l'art. 122 Cst. pour le droit civil<sup>14</sup>. L'art. 110 Cst. permet notamment à la Confédération de légiférer sur la protection des travailleurs et aussi, accessoirement, sur l'aspect « collectif » du droit du travail, avec les conventions collectives.

Tant la jurisprudence que la doctrine admettent que la compétence de la Confédération de légiférer en matière de droit du travail a été très fortement utilisée par le législateur fédéral<sup>15</sup>. Ainsi, celui-ci a notamment utilisé sa compétence en édictant la loi fédérale permettant d'étendre le champ

---

<sup>9</sup> Motion 18.3934 « Conventions collectives nationales de travail. Renforcer le partenariat social » déposée par M. Isidor Baumann le 27.09.2018 (rejetée par le Conseil des Etats en 2019).

<sup>10</sup> BO 2019 E 1270, intervention de M. Guy Parmelin au nom du Conseil fédéral.

<sup>11</sup> Au 1<sup>er</sup> janvier 2023, le salaire minimal est à NE de 20.77/h ; au JU de 20.60/h ; à Genève de 24/h ; à Bâle-Ville de 21/h et au Tessin 19.50/h d'ici le 31.12.2023 pour atteindre jusqu'à 20.25/h d'ici le 31.12.2024 (cf. FAQ - Demande frequenti sul salario minimo, département de l'économie, canton du Tessin). Voir aussi note n°5.

<sup>12</sup> SGK BV - BIGLER-EGGENBERGER, art. 41 N 59-60 ; CR Cst. - CHATTON, art. 41, N21 et 22.

<sup>13</sup> Cf. FF 2012 7877, 7886 (cf. note n°2).

<sup>14</sup> ATF 143 I 403 consid. 7.2.

<sup>15</sup> Cf. MAHON, avis de droit, N 52 p. 25.

d'application de la convention collective de travail (LECCT) du 28 septembre 1956 (RS 221.215.311), loi qui a d'ailleurs été en partie modifiée par la loi fédérale sur les mesures d'accompagnement applicables aux travailleurs détachés et aux contrôles des salaires minimums prévus par les contrats-types de travail (Loi sur les travailleurs détachés, LDét) du 8 octobre 1999 (RS 823.20), la loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (loi sur le travail, LTr), du 13 mars 1964 (RS 822.11) et en révisant de manière importante le Code des obligations en 1971, notamment en ce qui concerne le droit du contrat de travail. Dans l'hypothèse d'une compétence fédérale concurrente, les cantons ne demeureraient donc compétents pour légiférer que si et dans la mesure où la Confédération n'a pas utilisé sa compétence et réglé de manière exhaustive le domaine en cause. Dans le cas présent, en adoptant notamment la loi sur le travail et les ordonnances qui s'y rapportent, il est communément admis qu'il ne reste plus de place pour des législations cantonales visant la protection des travailleurs.

Si on y regarde de plus près, les CCT sont des instruments comportant souvent des dispositions sur le salaire et fixant parfois des salaires minimaux. A ce titre, le législateur fédéral a considéré qu'elles pouvaient servir, lorsqu'elles concernent un grand nombre de personnes, à combattre le *dumping* salarial, la LECCT permettant d'étendre le champ d'application d'une CCT (préalablement établie entre un certain nombre de partenaires sociaux définis) plus aisément à tous les employeurs et à tous les travailleurs d'une certaine branche ou profession. De plus, en réglementant la question particulière des travailleurs détachés (pour lutter contre un éventuel *dumping* salarial), le législateur fédéral a introduit une extension facilitée des conventions collectives de travail ainsi que des dispositions spécifiques régissant les contrats-types de travail, deux instruments qui offrent ainsi la garantie d'une rémunération minimale à un nombre bien plus important de travailleurs que les « simples » travailleurs détachés<sup>16</sup>. Cet élargissement indirect (mais volontaire) du champ d'application personnel des dispositions instaurant un salaire minimum montre bien que la Confédération a fait usage de sa compétence en la matière.

Avec ces différents instruments juridiques, l'extension des conventions collectives et de l'introduction de contrats-types impératifs, tous les travailleurs d'un canton pourraient potentiellement être au bénéfice d'une disposition sur le salaire minimum. Il n'y aurait donc, dans cette hypothèse, plus de place pour un autre type de réglementation supplémentaire imposant des salaires minimaux, le législateur fédéral ayant par conséquent réglé la matière de façon exhaustive. Toutefois, l'arrêt du Tribunal fédéral de 2017 est venu apporter une précision de taille, puisque même si les cantons n'ont pas la compétence d'instaurer un salaire minimum dans un but de politique économique, ils peuvent toujours le faire lorsque ce salaire minimum s'inscrit dans un but de politique sociale.

## 2. Au niveau cantonal

Au niveau cantonal, plusieurs constitutions prévoient un salaire minimum « afin que toute personne exerçant une activité salariée puisse disposer d'un salaire lui garantissant des conditions de vie décentes »<sup>17</sup>. Selon le Tribunal fédéral, les cantons sont libres d'instaurer un salaire minimum pour autant

---

<sup>16</sup> Par la révision introduite par le biais de la loi sur les travailleurs détachés, le législateur fédéral a donc inséré dans la loi sur l'extension des conventions collectives une seconde forme d'extension en cas de risque de sous-enchère salariale, puisqu'elle ne peut être prononcée que s'il est constaté « que, dans une branche économique ou une profession, les salaires et la durée du travail usuels dans la localité, la branche ou la profession font l'objet d'une sous-enchère abusive et répétée » (art. 1a LECCT). En outre, dans ce cas, l'extension de la convention ne peut porter que sur les dispositions traitant de la rémunération minimale, de la durée du travail ainsi que celles relatives aux contrôles paritaires.

<sup>17</sup> Art. 34a Cst./NE. Dans la même veine, voir aussi art. 13 Cst./TI et art. 19 al. 3 Cst./JU (à propos du Jura, voir aussi l'arrêt TF 1C. 470/2016 du 10.03.2017, recours déclaré irrecevable qui portait sur la procédure devant le parlement relative au projet de loi sur le salaire minimum).

que celui-ci s'inscrive dans une mesure de politique sociale et non dans une mesure de politique économique<sup>18</sup>.

Alors que les cantons du Jura et de Bâle-Ville accordent la priorité aux réglementations contenues dans les CCT étendues par rapport aux salaires minimums cantonaux, les cantons de Genève et de Neuchâtel appliquent une règle divergente. Selon cette règle, les personnes dont la rémunération minimale est régie par une CCT (étendue) sont également soumises aux dispositions cantonales. Ainsi, par exemple, dans le canton de Genève, le salaire minimum a été introduit suite à l'acceptation de l'initiative « 23 frs, c'est un minimum » à 58.15 %<sup>19</sup> modifiant la loi cantonale sur l'inspection et les relations du travail (LIRT, rsGE J 1 05) qui s'est vu compléter d'un nouveau chapitre composé des articles 39I à 39N. La loi cantonale genevoise prévoit un salaire horaire minimum applicable à tous les travailleurs/travailleuses « accomplissant habituellement leur travail dans le canton » (art. 39I LIRT). Les dispositions de la LIRT (art. 39L et art. 23 al. 2<sup>bis</sup> et al. 3 LIRT) prévoient que ce plancher salarial remplace les salaires inférieurs aux salaires minimums prévus par les contrats individuels de travail, les CCT, les usages ou encore les contrats-type de travail (CTT).

Dans son arrêt de 2017 sur le salaire minimum neuchâtelois, le Tribunal fédéral a considéré que « l'application d'un contrat individuel de travail, d'une CCT, voire du salaire usuel ne fait pas obstacle à ce qu'un canton définisse, à la manière d'un filet de sécurité, une limite salariale en deçà de laquelle l'employé ne saurait être rémunéré »<sup>20</sup>. En se référant aux travaux préparatoires, le Tribunal fédéral a également relevé que l'introduction d'un salaire minimum dans le canton de Neuchâtel avait pour objectif premier d'assurer aux travailleurs des conditions de vie décentes. Le Tribunal fédéral en a déduit que le salaire minimum visait tout autant à lutter, de manière générale, contre la pauvreté qu'à enrayer, de façon spécifique, le problème des *working poor*. En ce qui concerne le montant du salaire minimum, le Tribunal fédéral a indiqué que le montant du salaire minimum devait se situer à un niveau relativement bas, proche du revenu minimal, sous peine de sortir du cadre de la « politique sociale » pour entrer dans celui de la « politique économique »<sup>21</sup>.

Dans le canton du Tessin, l'aménagement légal introduisant le salaire minimum permet à des secteurs individuels de négocier un salaire minimum si aucune CCT n'existe<sup>22</sup>. Cela a eu un effet permissif en conduisant certaines entreprises à tenter de contourner le salaire minimum légal par le biais de partenaires sociaux nouvellement créés. Pour ce faire, elles ont utilisé l'art. 3 let. i de la loi tessinoise sur le salaire minimum permettant aux entreprises d'être dispensées de s'aligner sur le salaire minimum légal si leur activité relève d'une CCT et même si cette dernière prévoit un salaire minimum plus bas que le salaire légal<sup>23</sup>.

Au vu de ce qui précède, le texte de la motion, demandant une modification de la LECCT par l'introduction d'un nouvel al. 4 à l'art. 1 prévoyant que les conventions collectives de travail étendues l'emportent sur le droit cantonal, est susceptible de remettre en cause le salaire minimum instauré en particulier dans les cantons de Genève et de Neuchâtel. Fort de ce constat, il est légitime de s'interroger sur les problèmes juridiques que soulève l'adoption de cette motion.

---

<sup>18</sup> ATF 143 I 403, consid. 5.4-5.5.

<sup>19</sup> [Newsletter votations cantonales du 27 septembre 2020](#), pp. 13-14.

<sup>20</sup> ATF 143 I 403, consid. 7.7.

<sup>21</sup> Cf. ATF 143 I 403, consid. 5.4.3 (référence citée TF 1C\_357/2009 du 08.04.2010)

<sup>22</sup> La loi sur le salaire minimum du canton du Tessin a aussi fait l'objet d'un recours en matière de droit public auprès du Tribunal fédéral, recours rejeté, voir TF 2C\_302/2020, 2C\_306/2020 du 11.11.2021 (cf. note n°5).

<sup>23</sup> LOB GERHARD, [Fragwürdiger Trick: Rechtspopulisten sabotieren den neuen Mindestlohn mit einer Pseudogewerkschaft](#), in: [Aargauer Zeitung](#) du 07.10.2021.

### III. Points de tension juridique

La motion en cause est-elle conforme à la Constitution fédérale ou bien l'Assemblée fédérale outre-passe-t-elle ses compétences ? En d'autres termes, y aurait-il ici une atteinte au fédéralisme (1.) ? La motion ETTLIN ne supprime pas les salaires minimums mais créera, une fois la loi d'application en vigueur, une dérogation en faveur des CCT pour les salaires. On peut alors légitimement se demander si cette motion ne risque pas de remettre en cause la source même du système du droit du travail en faisant prévaloir du droit privé, les CCT, sur le droit public cantonal (2.).

#### 1. Une atteinte au fédéralisme ?

A travers cette question, ce sont en fait plusieurs notions sous-jacentes relatives à l'articulation des compétences entre la Confédération et les cantons qui émergent.

- D'abord, la distinction entre ce qui relève de la politique sociale, domaine où la compétence des cantons est admise, et ce qui relève de la politique économique, où la Confédération détient la compétence exclusive, n'est pas toujours aisée à effectuer. Toutefois, divers indices permettent de « classer », tant bien que mal, une mesure plutôt dans une catégorie ou plutôt dans une autre. D'une façon générale, les mesures qui présument un but économique ne relèvent clairement pas de la politique sociale. Ainsi, comme l'expriment simplement certains auteurs, « ce qui est interdit aux cantons, c'est le protectionnisme et la planification économique »<sup>24</sup>.

Cette idée se retrouve aussi dans le Message du Conseil fédéral relatif à la garantie de l'art. 13 al. 3 Cst./TI qui institue un salaire minimum cantonal. Le Conseil fédéral y rappelle que la compétence cantonale de fixer un salaire minimum est reconnue dans certaines limites, les cantons n'ayant pas le droit de légiférer dans les domaines déjà entièrement réglés par la législation fédérale, sauf s'ils poursuivent un but différent de cette dernière. Dans ce même Message, le Conseil fédéral explique que 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 1<sup>er</sup> janvier 2004, les arts. 360a ss du code des obligations (CO) permettent l'édiction de contrats-types de travail prévoyant des salaires minimums 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 manoeuvre aux cantons pour édicter des salaires minimums afin de lutter contre le dumping social ou salarial. Les cantons sont toutefois libres d'édicter des salaires minimums pour lutter contre la pauvreté »<sup>25</sup>.

En tout état de cause, d'un point de vue strictement juridique, la Confédération aurait-elle la compétence d'instaurer un salaire minimum au niveau fédéral ? Comme relevé précédemment, les buts sociaux de l'art. 41 Cst. ne confèrent pas à la Confédération des compétences spécifiques. Par conséquent, si la Confédération souhaitait instaurer un salaire minimum, elle ne pourrait se baser que sur l'art. 122 Cst. (relatif au droit privé) ou sur l'art. 110 Cst. (relatif au droit public). Si la Confédération se base sur l'art. 122 Cst., elle ne pourrait instituer un salaire minimum que pour les relations de travail relevant du droit privé (les relations de travail relevant du droit public, comme celles des fonctionnaires par exemple, ne seraient pas couvertes). Si la Confédération se base sur l'art. 110 Cst. pour instaurer un salaire minimum dans l'objectif de lutter par exemple contre le phénomène des *working poor*, elle risquerait alors de tomber dans le champ de la politique sociale, domaine de compétence des cantons. La situation n'est donc pas facile à délimiter.

---

<sup>24</sup> AUER, N 996, pp. 463-464.

<sup>25</sup> FF 2017 1383, 1388-1389.

- Ensuite, s'il apparaît que la Confédération exerce bien sa compétence, le législateur fédéral en vertu de l'art. 5a Cst. doit respecter le principe de subsidiarité, l'art. 43a al. 1 Cst. précisant par ailleurs que la Confédération n'assume que les tâches qui excèdent les possibilités des cantons ou qui nécessitent une réglementation uniforme<sup>26</sup>. Il s'agit de voir ici si le législateur fédéral utilise avec mesure ses compétences constitutionnelles et, en particulier, s'il a pris soin de bien vérifier que l'exercice de cette compétence était justifié au regard du principe de subsidiarité. La difficulté première réside dans le fait que le rapport entre le principe de subsidiarité et le législateur fédéral n'est pas toujours clair. Le législateur fédéral est certes lié par le droit constitutionnel en vigueur, mais à cela s'ajoute le fait que l'application du principe de subsidiarité ne peut pas être vérifiée de manière abstraite, elle se fait toujours en lien avec d'autres dispositions constitutionnelles. Le principe de subsidiarité peut donc orienter l'interprétation des dispositions constitutionnelles dans une certaine direction. Il est par conséquent logique que la compétence attribuée à la Confédération soit comprise de manière large lorsqu'il y a un besoin d'uniformisation et de manière plus étroite lorsque les cantons peuvent exécuter la compétence sans difficulté. Néanmoins, lorsque le législateur fédéral souhaite introduire des modifications constitutionnelles ou des actes législatifs, il doit, dans le cadre du respect du principe de subsidiarité, motiver la nécessité de ces modifications ou de la nouvelle réglementation fédérale. Or, cette obligation de motiver peut parfois être insidieuse et ceci, au détriment des cantons<sup>27</sup>.

Ainsi, par exemple, dans le Message du 28 novembre 2014 relatif à la loi sur les horaires d'ouverture des magasins, le Conseil fédéral a estimé, sur la base du principe de subsidiarité, qu'il fallait définir un standard minimum national : « le cadre général minimal prévu sert la création d'un espace économique unique et la possibilité de prévoir des heures d'ouverture plus longues tient compte de la diversité des intérêts cantonaux »<sup>28</sup>. Ici, le renvoi à l'intérêt de l'espace économique unique paraît très abstrait et le principe de subsidiarité peine à expliquer en quoi la capacité d'adaptation des cantons (pour des heures plus courtes par exemple) ne serait pas suffisante.

La motion présentement en cause invoque la volonté de mettre fin à une insécurité juridique et de renforcer un partenariat social mis à mal par le droit cantonal. A la lumière du principe de subsidiarité, il reviendra par conséquent au législateur fédéral de motiver une éventuelle modification de la LECCT.

- Enfin, conformément à l'art. 44 al. 2, 1<sup>ère</sup> phrase Cst., la Confédération et les cantons « se doivent respect et assistance ». Cette disposition est considérée comme le fondement du principe de la fidélité confédérale ou *Bundestreue*<sup>29</sup>. La *Bundestreue* comporte plusieurs aspects en particulier l'obligation d'exercer les compétences avec bienveillance et de manière non abusive<sup>30</sup>. En cela, la procédure de consultation qui va suivre et notamment la possibilité pour les cantons de pouvoir faire entendre leur voix revêt donc une importance particulière.

Au regard de ce qui vient d'être énoncé, il apparaît que la détermination des compétences respectives de la Confédération et des cantons sur le salaire minimum est cruciale. En effet, quand bien même la Confédération exercerait sa compétence, il conviendrait avant tout de savoir si le droit fédéral a réglé ou pas le domaine en question de manière exhaustive. Pour rappel, le principe de la primauté du droit

---

<sup>26</sup> Dans un *obiter dictum*, le Tribunal fédéral a estimé que l'art. 5a Cst. « n'est rien de plus qu'une maxime politique » (cf. ATF 138 I 378, consid. 8.4.). Les observations du Tribunal fédéral se limitent cependant à la répartition constitutionnelle des compétences entre la Confédération et les cantons. Le principe de subsidiarité n'engageant pas le constituant, les art. 5a Cst. et 43a Cst. prescrivent certes une maxime politique sur la manière dont le constituant devrait répartir les compétences mais sans toutefois primer sur d'autres dispositions de la Constitution fédérale.

<sup>27</sup> BSK BV - BIAGGINI, art. 43a, N 25.

<sup>28</sup> FF 2015 711, 733.

<sup>29</sup> BSK BV - WALDMANN, art. 44, N 8.

<sup>30</sup> SGK BV - SCHWEIZER, art. 44, N 9 ss et CR Cst. - BIGLER, art. 44, N 29.

fédéral exclut toute législation cantonale dans les domaines que le droit fédéral a réglés de manière exhaustive. Dans les domaines que le droit fédéral ne règle pas exhaustivement, les cantons ne peuvent édicter que des prescriptions qui ne sont pas contraires au sens et à l'esprit du droit fédéral et qui n'entravent ou n'éludent pas le but de celui-ci. Néanmoins, comme l'a souligné le Prof. MAHON, « même lorsque le droit fédéral règle un domaine en soi exhaustivement, il est possible que du droit cantonal puisse subsister dans ce domaine, selon les circonstances, notamment lorsqu'il poursuit à l'évidence (*nachweislich*) d'autres objectifs que la réglementation fédérale. Ce n'est que lorsque la législation fédérale a, pour un domaine déterminé, un caractère non seulement complet (*umfassend*), mais encore exclusif (*ausschliesslich*), que les compétences cantonales d'adopter une réglementation complémentaire disparaissent entièrement, et cela même s'agissant d'adopter des règles qui seraient en conformité avec le droit fédéral »<sup>31</sup>. En cela, et suivant le principe de l'interprétation conforme à la Constitution fédérale, tant qu'il est possible d'après les méthodes et les principes d'interprétation traditionnels, d'établir une concordance entre la norme fédérale et la norme cantonale, il n'y a pas de conflit et la règle de la primauté du droit fédéral n'est pas violée<sup>32</sup>.

En définitive et dans le cas présent, c'est bien l'Assemblée fédérale qui peut mettre à mal le fédéralisme. En effet, avec l'art. 190 Cst. prévoyant que le Tribunal fédéral et les autres autorités sont tenus d'appliquer le droit fédéral (et le droit international), l'Assemblée fédérale ne peut se permettre de s'affranchir du cadre fixé par la Constitution fédérale. Ainsi, tant que celle-ci interprète correctement la Constitution fédérale, elle ne met pas en danger le fédéralisme. Dans le cas contraire, elle affaiblirait le fédéralisme et ceci sans pour autant encourir de sanctions juridiques particulières.

## 2. Une prévalence du droit privé sur le droit public cantonal ?

Les CCT sont avant tout régies par le droit privé. Sous certaines conditions, il est possible qu'une CCT soit par décision de l'autorité compétente (notamment le Conseil fédéral) étendue et rendue obligatoire au niveau cantonal ou national (art. 7 LECCT). Dans ce cas, la CCT s'applique à l'ensemble des entreprises d'une branche économique ou d'une profession sur un territoire donné, en fonction de la décision d'extension (art. 1 al. 1 LECCT). Cette décision d'extension ne modifie cependant en rien le caractère de la CCT, celle-ci continue toujours de revêtir un caractère de droit privé<sup>33</sup>. Par conséquent, en tant qu'instrument de droit privé, les CCT sont soumises au droit impératif de la Confédération et des cantons (art. 358 CO).

Les buts poursuivis par les partenaires sociaux ne sont pas déterminés par la loi, qui n'intervient pas dans le contenu des CCT (moyennant le respect du droit impératif). Les partenaires sociaux bénéficient donc d'une très grande autonomie en la matière. Toutefois, la fixation d'un salaire minimum dans les CCT s'inscrit nettement dans la protection des travailleurs ainsi que dans la régulation des conditions de travail, et ceci par contraste du salaire minimum instauré par les cantons pour lutter contre la pauvreté<sup>34</sup>. Par ailleurs, les CCT (notamment étendues) peuvent contribuer à la mise en œuvre d'une politique de l'emploi, en luttant contre des situations de sous-enchères salariales répétées et abusives dans une branche économique ou une profession particulière<sup>35</sup>.

Jusqu'à l'absence d'un salaire minimum légal cantonal, les partenaires sociaux pouvaient négocier et appliquer des salaires minimums sans contrainte légale. Ainsi, la recherche d'un compromis et les

---

<sup>31</sup> MAHON, avis de droit, N 18, p. 9.

<sup>32</sup> Voir la jurisprudence ATF 143 I 403, consid. 7.1; ATF 138 I 435, consid. 3.1; ATF 133 I 110, consid. 4.1 et également, TF 2C\_1062/2016 du 11.07.2017, consid. 2.2 ; TF 1C\_357/2009 du 08.04.2010, consid. 2.1.

<sup>33</sup> ATF 143 I 403, consid. 7.3.2.

<sup>34</sup> TF 1C\_357/2009 du 08.04.2010, consid. 3.1 ; TF 4C.194/2001 du 26.11.2001, consid. 2b.

<sup>35</sup> ATF 143 I 403, consid. 5.6.5. Voir aussi note n°16.

négociations nécessaires entre les partenaires sociaux constituaient le cadre mais aussi la principale difficulté en la matière. Depuis l'instauration de salaires minimums cantonaux en particulier à Genève et Neuchâtel, les personnes ou entités employeuses sont soumises à un salaire minimum cantonal légal et doivent appliquer ce dernier à titre de droit impératif s'il est supérieur au salaire minimum prévu par la CCT (art. 358 CO)<sup>36</sup>.

Pour une partie de la doctrine, cette motion induirait par conséquent une prévalence du droit privé (les CCT) sur le droit public cantonal (salaire minimum légal), ce qui porterait par essence atteinte aux bases même du droit du travail<sup>37</sup>. Même si on peut arguer contre ce point de vue que ce ne sont pas les conventions collectives de travail en tant que telles mais en fin de compte le droit fédéral, via une loi au sens formelle, qui concrétiserait cette prévalence, on ne peut que s'interroger, une nouvelle fois, sur l'esprit et le sens qu'aurait cette loi vis-à-vis de l'objectif social du salaire minimum cantonal.

## IV. Conclusion

Comme nous venons de le voir, cette motion soulève de nombreuses interrogations juridiques. Pour ses détracteurs, elle remet en cause le salaire minimum cantonal qui a été instauré par une décision démocratique de la population des cantons concernées, confirmée par le Tribunal fédéral et, pour ses partisans, elle a le mérite de remettre au centre de la question du salaire minimum le partenariat social avec le choix de privilégier les CCT étendus.

Malgré l'opposition du Conseil fédéral, cette motion a été adoptée par le Conseil des Etats et le Conseil national (à une très courte majorité). Elle n'en est toutefois qu'au début du parcours car pour aboutir à une concrétisation législative, il devra au préalable y avoir une procédure de consultation à laquelle participeront les milieux patronaux et syndicaux et dans laquelle les cantons auront aussi leur mot à dire. Par la suite, un éventuel projet de loi devra encore être adopté par le Parlement. Il n'existe donc aucune garantie sur le résultat à venir.

La brève analyse ci-dessous n'empêche cependant pas d'imaginer une certaine complémentarité des dispositifs : le salaire minimum n'est pas en soi appelé ou conçu pour remplacer les négociations entre partenaires sociaux, mais plutôt à les compléter. En ce sens, le salaire minimum cantonal n'est donc pas un outil qui à lui seul peut remédier aux salaires trop bas et au phénomène des *working poor*, il peut toutefois être un moyen complémentaire permettant de fixer des salaires minimums par branche via par exemple une convention collective et, dans le même temps, de réaliser le but énoncé à l'art. 41 al. 1 let. d Cst<sup>38</sup>. C'est finalement dans l'articulation de ces deux instruments que sont le salaire minimum et les conventions collectives que pourrait se dessiner une solution plus consensuelle.

## Bibliographie

ANDREAS AUER, GIOGIO MALINVERNI, MICHEL HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, vol. 2, Berne, 2013 (cité : AUER) ; GIOVANNI BIAGGINI, art. 43a, in : Bernhard Waldmann/Eva Maria

---

<sup>36</sup> Pour rappel, sauf dans le canton du Jura, Bâle-Ville et Tessin dont la loi prévoit que le salaire minimum impératif ne s'applique pas en cas de salaire minimum conventionnel.

<sup>37</sup> MAHON, RTN (interview).

<sup>38</sup> SGK BV - BIGLER-EGGENBERGER, Art. 41 N 58; CR Cst. - LEMPEN, art. 110 N 12-14.

Belser/Astrid Epiney (eds.), Bundesverfassung, Basler Kommentar, Bâle 2015 (cité: BSK BV - BIAGGINI); OLIVIER BIGLER DE MOOIJ, art. 44 in : Vincent Martenet/ Jacques Dubey (eds.), Commentaire romand, Constitution fédérale, Bâle, 2021 (cité: CR Cst. - BIGLER) ; MARGRITH BIGLER-EGGENBERGER/RAINER J. SCHWEIZER, art. 41 in: Bernhard Ehrenzeller/ Benjamin Schindler/ Rainer J. Schweizer (eds.), St Galler Kommentar, Die schweizerische Bundesverfassung, Zurich-Saint-Gall, 2014 (cité: SGK BV - BIGLER-EGGENBERGER); GREGOR T. CHATTON, art. 41 in : Vincent Martenet/ Jacques Dubey (eds.), Commentaire romand, Constitution fédérale, Bâle, 2021 (cité: CR Cst. - CHATTON); MARIE-GISÈLE DANTHE, Le salaire minimum en Suisse, in: Jusletter 12. Februar 2018; LOB GERHARD, Fragwürdiger Trick: Rechtspopulisten sabotieren den neuen Mindestlohn mit einer Pseudogewerkschaft, Aargauer Zeitung, 07.10.2021; Karine LEMPEN, art. 110 in: Vincent Martenet/ Jacques Dubey (eds.), Commentaire romand, Constitution fédérale, Bâle, 2021 (cité: CR Cst. - LEMPEN); PASCAL MAHON, FANNY MATTHEY, Initiative constitutionnelle pour un droit à un salaire minimum (initiative Dolivo), avis de droit établi à la demande du Service de l'Emploi de l'Etat de Vaud, 2009 (cité : MAHON, avis de droit); PASCAL MAHON, Le salaire minimum neuchâtelois n'est pas encore mort, RTN, 21.12.2022 (CITÉ : MAHON, RTN); MARCO SALVI, PATRICK LEISIBACH, PATRICK SCHNELL, Qui bénéficie de la protection des salaires ?, Avenir Suisse, novembre 2022; RAINER J. SCHWEIZER, art. 44, in : Bernhard Ehrenzeller/ Benjamin Schindler/ Rainer J. Schweizer (eds.), St Galler Kommentar, Die schweizerische Bundesverfassung, Zurich-Saint-Gall, 2014 (cité: SGK BV - SCHWEIZER); BERNHARD WALDMANN, art. 44 in : Bernhard Waldmann/Eva Maria Belser/Astrid Epiney (eds.), Bundesverfassung, Basler Kommentar, Bâle 2015 (cité: BSK BV - WALDMANN).

Liens internet à jour du 23.02.2023.