

III. DEROGATORISCHE KRAFT DES BUNDESRECHTS

FORCE DÉROGATOIRE DU DROIT FÉDÉRAL

3. Arrêt du 4 mars 1938 dans la cause Fédération des ouvriers du bois et du bâtiment et consorts contre Conseil d'Etat du canton de Genève.

Force dérogatoire du droit fédéral, art. 64 CF et 2 disp. transit. CF. Contrats collectifs, art. 322 et sv. CO. Les cantons n'ont pas pouvoir de décréter la force obligatoire générale de contrats collectifs acceptés par la majorité des patrons et la majorité des ouvriers d'une profession.

A. — La loi genevoise du 24 octobre 1936 donnant force légale obligatoire aux contrats collectifs de travail, dite « loi Duboule », statue notamment :

« Article premier. — Le Conseil d'Etat décrétera obligatoires pour l'ensemble d'une profession ou d'un métier les contrats collectifs acceptés par la majorité des patrons et la majorité des ouvriers de cette profession et qui satisfont à l'intérêt général.

» Art. 2. — Ces contrats collectifs devront contenir notamment des dispositions réglant sans équivoque les matières suivantes :

- » a) droits et obligations principales des parties contractantes ;
- » b) montant du salaire, y compris les heures supplémentaires et autres prestations ;
- » c) durée, horaire du travail, vacances, service militaire, maladie, etc. ;
- » d) durée minimum de l'engagement et temps d'essai ;
- » e) conditions et délais de résiliation individuelle ;
- » f) clauses d'arbitrage en cas de conflits individuels et collectifs ;

» g) clauses relatives à la procédure de renouvellement du contrat collectif.

» Aucune disposition contraire à la liberté d'association ne pourra figurer dans un contrat collectif.

» Art. 3. — Pour pouvoir être soumis au Conseil d'Etat, aux fins d'être déclarés obligatoires, les contrats collectifs proposés devront avoir recueilli l'adhésion de la majorité des employeurs et de la majorité des employés de la profession.

» Art. 4. — Toute disposition d'un contrat de travail privé qui restreindrait les avantages ou garanties conférés à l'ouvrier ou à l'employé par le contrat collectif obligatoire applicable au même rapport de travail sera réputée nulle de plein droit et remplacée par les dispositions correspondantes du contrat collectif obligatoire.

» Art. 5. — Si dans un délai de 18 mois dès l'entrée en vigueur de la présente loi, les membres d'une profession (employeurs et salariés) n'ont pas conclu entre eux un contrat collectif de travail, le Conseil d'Etat devra promulguer pour cette profession un contrat-type obligatoire si l'intérêt général le justifie. Ce contrat-type devra être préalablement approuvé par une cour arbitrale présidée par un juge à la Cour de justice, assisté de trois représentants des employeurs et de trois représentants des employés ou ouvriers de la profession en cause.

» Les dispositions de l'article 5 ne s'appliquent pas à l'agriculture. »

L'article 6 détermine la juridiction compétente pour connaître des conflits qui n'ont pas été réglés par la conciliation ou par arbitrage.

L'article 7 a trait au règlement d'application.

Le règlement d'application du 1^{er} mars 1937 contient entre autres prescriptions les suivantes :

« Art. 6. — Le Département du commerce et de l'industrie est chargé de procéder à la constatation des majorités prévues à l'article premier de la loi. Les votations, si elles sont nécessaires, sont organisées par le Département de l'intérieur.

» Art. 14. — L'Office cantonal des contrats collectifs de travail assistera le Département du commerce et de l'industrie, le Conseil d'Etat et les instances de conciliation et de recours dans toutes les tâches administratives qui leur sont dévolues par la loi.

» Art. 15. — Il procédera notamment aux travaux suivants :

.....

» 3. Assistance et conseils à tous les éléments d'une profession pour la conclusion d'un nouveau contrat collectif ou la revision d'un ancien contrat.

» Art. 16. — En cas de revision d'un contrat collectif obligatoire existant ou d'un contrat-type obligatoire existant, la procédure applicable à l'établissement d'un contrat collectif obligatoire ou d'un contrat-type obligatoire sera suivie.

» Art. 25. — La non-observation des dispositions d'un contrat collectif déclaré obligatoire par application de l'article premier de la loi ou d'un contrat-type promulgué en vertu de l'article 5 de la loi sera punie d'une amende.

» En cas d'infraction, le patron ou l'employé seront passibles d'une amende de 5 à 500 francs. Cette amende est prononcée par l'organe compétent. Le recours aux tribunaux demeure réservé.

» Art. 26. — Les contrats collectifs existants restent en vigueur tant qu'ils n'ont pas été modifiés ou sanctionnés, conformément à la loi et au présent règlement. En cas de dénonciation d'un contrat collectif, l'Office cantonal des contrats collectifs prend des mesures immédiates pour la conclusion d'un nouveau contrat. »

La loi du 24 octobre 1936 a été publiée le 29 octobre dans la Feuille d'avis officielle du Canton de Genève et promulguée le 30 novembre. Il n'y a pas eu de referendum. L'Office cantonal des contrats collectifs de travail a été institué. Il est entré en activité. Le Conseil d'Etat a déjà déclaré obligatoires plusieurs contrats collectifs.

B. — Le 29 mai 1937, les maîtres-vitriers du Canton de

Genève, d'une part, et le syndicat chrétien et corporatif des ouvriers vitriers, d'autre part, ont passé un contrat collectif réglant la durée du travail, les jours fériés, les salaires, le temps d'essai, la durée de l'engagement, le congé, les vacances, le service militaire, la maladie, les allocations familiales, l'assurance, les conditions de travail, l'apprentissage. La durée du contrat a été fixée du 1^{er} juin 1937 au 31 mars 1940, avec tacite reconduction d'année en année. L'adhésion de la majorité des patrons était acquise d'emblée; la votation des ouvriers est intervenue le 27 août 1937.

Le 31 août le Conseil d'Etat a décidé « de valider les opérations électorales qui ont eu lieu le vendredi 27 août 1937 et de constater que le contrat collectif de travail des ouvriers vitriers, signé le 29 mai 1937, a été accepté par 20 suffrages et refusé par 15 suffrages sur :

| | |
|-----------------------------------|------|
| » Electeurs inscrits | 42 |
| » Estampilles délivrées | 37 |
| » Bulletins rentrés | 37 |
| » Bulletins blancs | 2 |
| » Nul | 0. » |

Cet arrêté a été publié dans la Feuille d'Avis officielle le 7 septembre.

Le même jour, le Conseil d'Etat a pris l'arrêté suivant :

« Vu la loi du 24 octobre 1936 donnant force légale obligatoire aux contrats collectifs de travail ;

» Vu notamment les articles 1 et 2 de la loi ;

» Vu le règlement d'application de ladite loi, du 1^{er} mars 1937 ;

» Vu le rapport présenté par le département du commerce et de l'industrie ;

» Attendu qu'un contrat collectif de travail a été signé le 29 mai 1937 entre l'Association des maîtres-vitriers et le Syndicat corporatif des ouvriers-vitriers ;

» Attendu que, par son arrêté du 22 juillet 1937, le Conseil d'Etat a admis la majorité évidente des patrons en faveur du contrat signé le 29 mai 1937 ;

» Attendu que la majorité des ouvriers-vitriers peut être admise ensuite de la votation du 27 août 1937, votation validée en date du 31 août 1937 ;

» Sur la proposition du département du commerce et de l'industrie ;

» arrête :

» Le contrat collectif de travail, signé le 29 mai 1937 entre l'Association des maîtres-vitriers et le Syndicat corporatif des ouvriers-vitriers, est déclaré obligatoire pour l'ensemble de la profession. »

Cet arrêté n'a pas été publié.

C. — Le 4 octobre 1937, la Fédération des ouvriers du bois et du bâtiment (FOBB) et les ouvriers vitriers Albert Weber, Georges Donzé et Antoine Righini, à Genève, ont recouru à la Cour de droit public du Tribunal fédéral en concluant à l'annulation de l'arrêté du 31 août publié le 7 septembre.

Les recourants attaquent « la validation de cette opération (votation du 27 août) et par voie de conséquence la validation du contrat collectif et le fait que le contrat est déclaré obligatoire ». Ils se plaignent d'une violation des articles 4 et 31 CF et des articles 322, 323 et 324 CO, et cela par la loi même du 24 octobre 1936. Les cantons n'ont pas le droit de légiférer dans une matière réservée à la législation fédérale et de rendre obligatoire un contrat collectif de travail. « Les ouvriers peuvent régler les conditions de travail d'accord avec les employeurs, soit eux-mêmes, soit pas l'intermédiaire des associations ouvrières et patronales : Le contrat collectif ne peut pas être imposé par une minorité d'ouvriers à une majorité d'ouvriers dans la même branche et l'Etat ne peut pas rendre un contrat collectif rédigé dans ces conditions obligatoire pour la majorité non consentante. »

Subsidiairement, les recourants reprochent au Conseil d'Etat d'avoir violé l'article premier de la loi en validant les opérations du 27 août. Le contrat doit avoir été accepté par la majorité des ouvriers et la majorité des patrons.

D'après la liste dressée par le Département compétent, 42 ouvriers vitriers avaient le droit de vote. La majorité des ouvriers (la loi ne parle pas des votants) est de 22. « Or, 20 ouvriers seulement ont accepté ledit contrat. »

Le 20 novembre 1937, Albert Weber a retiré le recours en tant que formé en son nom (il n'est plus ouvrier vitrier).

D. — Le 13 octobre 1937, l'Association patronale suisse des constructeurs de machines et industriels en métallurgie a envoyé au Tribunal fédéral un avis de droit du professeur Z. Giacometti sur la constitutionnalité de la loi genevoise. L'auteur estime que celle-ci est incompatible avec le code fédéral des obligations et avec l'article 31 de la Constitution fédérale. Cet avis a été communiqué au Conseil d'Etat.

E. — Le Conseil d'Etat du Canton de Genève a conclu au rejet du recours. Ses arguments seront exposés autant qu'il sera besoin dans la discussion juridique. Il suffit de noter d'emblée qu'au sujet de la relation entre la loi genevoise et les art. 322 et sv. CO, l'autorité genevoise invoque l'art. 6 CC qui laisse subsister la compétence des cantons en matière de droit public. Si la loi genevoise se bornait à instituer un « droit privé impératif », elle serait inconstitutionnelle (art. 64 CF et 2 disp. transit.). Mais il n'en est pas ainsi. La loi Duboule relève exclusivement du droit public. Elle ressortit au domaine de la législation protectrice du travail (v. rapports de MM. SCHÖNENBERGER et RICHARD à la Société suisse des juristes, en 1933, sur les rapports entre le contrat de travail et la législation protectrice du travail). Le grand nombre de contrats rendus obligatoires depuis l'entrée en vigueur de la loi montre son utilité pour assurer l'ordre public et la paix sociale. Le législateur cantonal n'a pas compromis la réglementation du droit privé, il en a rendu l'application plus certaine et l'a complété par une réglementation de droit public qui en diffère. Ainsi la loi prévoit des sanctions pénales, elle crée une juridiction particulière.

Le fait que l'institution du contrat collectif obligatoire n'a pas été introduite dans le code fédéral ne s'oppose pas

à la réalisation de ce progrès social par la législation cantonale. La loi fédérale a laissé la porte ouverte. Ses règles se sont révélées insuffisantes. Parce qu'elles restaient confinées dans le domaine du droit privé, le contrat collectif n'a pu se développer. Le législateur fédéral a voulu y remédier. Mais le peuple a repoussé la loi de 1919 sur les conditions de travail qui prévoyait l'applicabilité générale des contrats collectifs en vertu d'une décision de l'autorité exécutive. Dès lors, comme cette applicabilité générale est indispensable et qu'elle constitue une prescription de droit public — le Conseil fédéral l'a reconnu —, il appartient aux cantons de l'instaurer. Au surplus, la solution genevoise diffère de celle qui avait été proposée lors de la révision du code des obligations. Le contrat collectif ne devient pas automatiquement obligatoire lorsqu'il groupe la majorité des patrons et des ouvriers d'une profession (art. 1371 ter du projet du CF), c'est l'Etat qui déclare obligatoire avec sanctions pénales une convention collective de droit privé, lorsque l'ordre public et l'intérêt général le requièrent.

La jurisprudence du Tribunal fédéral a permis la limitation de la liberté contractuelle par la législation cantonale de droit public protectrice du travail (RO 37 I p. 44, 58 I p. 30 et les exemples cités par SCHÖNENBERGER op. cit.). Du moment que les cantons peuvent prendre des mesures législatives sur tel ou tel point spécial (vacances payées, assurance-chômage obligatoire, durée du travail, etc.), ils doivent aussi pouvoir arriver au même résultat par l'application générale d'un contrat collectif contenant une réglementation souple adaptée aux besoins de chaque profession et portant sur différentes questions relatives au droit du travail. Le système genevois est d'ailleurs plus libéral que certaines lois « étatiques » cantonales, car il permet aux intéressés d'arrêter « contractuellement et préalablement à la sanction d'applicabilité générale la réglementation la mieux adaptée de leurs droits et obligations ». Aussi bien, une loi bâloise du 8 avril 1920 autorise le Conseil d'Etat à rendre obligatoire la réglementation

non seulement de la durée du travail mais de tout contrat collectif englobant au moins les deux tiers des patrons et employés intéressés.

Le législateur fédéral s'est rendu compte depuis longtemps que les règles de droit privé du CO devaient être complétées par des règles de droit public. La force obligatoire générale de certaines décisions, conventions et mesures a été institutée par plusieurs arrêtés (prix et salaire dans l'industrie textile ; protection de l'industrie horlogère, de l'industrie hôtelière, de l'agriculture, etc.). Partout où le besoin s'en faisait sentir on n'a pas hésité à restreindre la liberté contractuelle. Le message du Conseil fédéral du 10 septembre 1937 relatif à la révision des articles dits économiques (FF 1937 II p. 829) montre que le législateur doit suivre l'évolution sociale. Il serait inéquitable de permettre à la Confédération de rendre obligatoires certains contrats collectifs, dans l'horlogerie et l'hôtellerie par exemple, et de refuser ce droit aux cantons pour d'autres industries où l'intérêt général réclamerait tout autant, sinon davantage, une même solution.

Le code des obligations doit être interprété raisonnablement en tenant compte des nécessités sociales. Ses auteurs n'ont pas voulu arrêter le cours normal des choses. Le législateur genevois n'a pas dépassé les bornes de sa compétence. Les résultats pratiques déjà réalisés montrent que l'œuvre du législateur genevois répond à des besoins de protection sociale et cadre avec l'appareil législatif tant fédéral que cantonal. En conséquence, le Conseil d'Etat demande au Tribunal fédéral de reconnaître la constitutionnalité de la loi du 24 octobre 1936.

Considérant en droit :

1. — La décision formellement attaquée du Conseil d'Etat est celle du 31 août 1937 validant la votation sur le contrat collectif des vitriers et constatant l'acceptation du contrat par 20 voix ouvrières contre 15. Mais ce n'est

pas cet arrêté qui a décrété obligatoire le contrat collectif du 29 mai 1937 (art. 1^{er} de la loi du 24 octobre 1936).

Le Conseil d'Etat n'a statué cette portée que le 7 septembre. Les recourants interprètent dans ce sens le premier arrêté. Cela s'explique du fait qu'au moment de recourir ils ne connaissaient pas la seconde décision qui n'a pas été publiée et que le Conseil d'Etat ne prétend pas leur avoir été communiquée d'une autre manière. On peut dès lors admettre que le recours est en réalité dirigé contre ces deux arrêtés pris ensemble, l'un n'étant que le corollaire de l'autre.

2. — Le Conseil d'Etat ne conteste pas la qualité pour agir des recourants. Avec raison. La FOBB est une corporation investie de la personnalité juridique (art. 60 CC). Elle compte parmi ses membres des vitriers et a un intérêt direct à faire annuler l'arrêté cantonal pour cause d'inconstitutionnalité de la loi Duboule qui en forme la base (art. 178, 2^o OJ). En vertu de cette loi, l'autorité a enlevé à la FOBB, dans la conclusion du contrat collectif, la qualité de partie que l'art. 322 CO reconnaît aux associations ouvrières. Quant aux deux ouvriers recourants (on doit présumer qu'ils n'ont pas adhéré au contrat collectif), leur intérêt juridique personnel à saisir le Tribunal fédéral (art. 178, 2^o OJ) existe aussi : la loi entrave leur liberté contractuelle en les empêchant, une fois le contrat collectif décrété obligatoire, de s'embaucher individuellement à des conditions moins favorables que ceux dudit contrat, ce qui, le cas échéant, peut leur paraître préférable au chômage (l'art. 4 de la loi ne prévoit que l'éventualité de conditions meilleures).

3. — Les recourants contestent la constitutionnalité de la loi genevoise, fondement de la force obligatoire conférée au contrat collectif du 29 mai 1937. Le délai du recours contre la loi elle-même est expiré ; la question soulevée peut toutefois être examinée préjudiciellement à propos d'un cas d'application ; et si le juge admet l'inconstitutionnalité de la loi, ce n'est pas l'acte législatif qu'il annule,

mais bien la décision qui lèse les recourants (RO 56 I p. 526 ; 58 I p. 375 ; 63 I p. 228 c. 1).

4. — Le recours, très sommaire, ne dit point en quoi la loi cantonale violerait les art. 4 et 31 cités de la CF. Ces moyens n'étant nullement motivés, le Tribunal ne peut les prendre en considération (art. 178, 3^o OJ).

D'ailleurs, les recourants ne sont pas recevables à invoquer l'art. 31 CF puisqu'ils n'exercent pas une industrie pour leur compte (RO 63 I p. 229 c. 2). Seuls les patrons eussent pu se plaindre d'une atteinte à la liberté de l'industrie.

5. — On ne voit pas en vertu de quelles dispositions les recourants attaquent l'appréciation du résultat de la votation sur le contrat collectif des vitriers. L'art. 4 CF n'est avancé qu'à l'encontre de la loi elle-même ; les recourants ne prétendent pas qu'elle ait été interprétée et appliquée arbitrairement pour calculer la majorité des ouvriers.

Il n'y a du reste pas d'arbitraire. La loi parle, il est vrai, de la « majorité des patrons » et de la « majorité des ouvriers ». Prise à la lettre, cette disposition obligerait à tenir compte aussi des patrons et des ouvriers qui ne participent pas à la votation. Mais une interprétation plus limitative peut se justifier par de bons arguments. Comme le Conseil d'Etat le fait observer, la majorité qui est déterminante en règle générale, c'est la majorité absolue des votants et non celle des personnes qui ont droit de vote (art. 92, 120, 121, 123 CF ; 69 et 80 règlement du Conseil National, 66 règlement du Conseil des Etats, 152 et 153 Const. genevoise, 808 et 888 CO, etc. ; cf. MAX DUTTWELER, *Das Stimmrecht in der Schweiz*, p. 76). Si l'on comptait les non-votants, on ferait dépendre de l'attitude de membres indifférents de la profession l'institution du régime obligatoire d'un contrat collectif de travail, on entraverait outre mesure le jeu de la loi et l'œuvre du législateur risquerait d'être compromise. Dans le cas particulier, sans conteste, le contrat collectif a été accepté

par la majorité des patrons et par celle des voix ouvrières émises. Il n'était pas arbitraire de tenir ce résultat suffisant pour appliquer l'art. 1^{er} de la loi.

6. — En revanche, encore que les recourants se bornent à parler d'une violation des art. 322, 323 et 324 CO — ce qui, strictement, n'est pas un moyen de droit public (art. 175, 3^o, OJ) — l'ensemble de leur argumentation montre qu'ils reprochent au législateur cantonal d'avoir empiété sur le domaine du législateur fédéral en rendant le contrat collectif de 1937 obligatoire pour tous les ouvriers vitriers. Ils entendent apparemment faire valoir ainsi le principe constitutionnel de la force dérogatoire du droit fédéral (art. 2 disp. transit. CF). Dès lors, la seule question que le Tribunal fédéral puisse examiner en l'espèce est celle de la primauté du droit fédéral.

7. — Afin de mettre la loi du 24 octobre 1936 à l'abri du reproche d'inconstitutionnalité (art. 64 CF et 2 disp. trans.), le Conseil d'Etat invoque la compétence des cantons pour légiférer en matière de droit public (art. 3 CF et 6 CC). Les dispositions attaquées ont été édictées, dit-il, essentiellement dans l'intérêt général (RO 58 I p. 30), par conséquent ce sont des règles de droit public qui peuvent coexister avec celles du code fédéral des obligations (art. 322 et sv.) qu'elles ne font d'ailleurs que renforcer par des sanctions pénales et par le décret d'applicabilité absolue des clauses adoptées par la majorité des intéressés.

Cette argumentation paraît solide au premier abord. Tandis que le droit public fédéral prime d'emblée et toujours le droit public cantonal lorsque le législateur fédéral a réglé une matière dans ce domaine, le droit public cantonal et le droit privé fédéral se trouvent en principe « sur le même rang » comme GIACOMETTI le remarque dans sa consultation (II) ; leurs règles ne s'excluent pas forcément par le seul motif qu'elles se rapportent à la même institution juridique. Ainsi le Tribunal fédéral est allé jusqu'à déclarer compatible avec le droit privé fédéral la prescription cantonale de droit public (police des arts et

métiers, gewerbepolizeiliche Vorschrift) obligeant les employeurs à accorder des vacances payées à leurs employés (RO 58 I p. 26). Mais cette même jurisprudence insiste sur le fait qu'on ne saurait poser en principe que toute règle quelconque de droit public cantonal peut subsister à côté d'une réglementation de droit privé fédéral ou même la primer par le seul motif qu'elle relève du droit public. Suivant l'arrêt cité (p. 31 c. 2), l'art. 6 CC, malgré son texte, « ne signifie pas que le droit privé fédéral, notamment le code civil et le code des obligations, laisse aux cantons, d'une manière générale, le droit d'édicter n'importe quelles prescriptions de droit public. Bien au contraire, le droit public cantonal visant des rapports juridiques réglés par le droit civil fédéral doit s'adapter à ce droit et n'en heurter ni le sens ni l'esprit (es darf mit dessen Sinn und Geist nicht in Widerspruch geraten ; BURCKHARDT, 3^e éd. p. 587 et sv.) ». EUGEN HUBER (Erläuterungen zum Vorwurf des SZGB, 2^e éd. p. 39 et sv.), tout en reconnaissant la nécessité de compléter le droit civil fédéral par des règles de droit public cantonal, assigne la même limite à cette activité législative des cantons : elle doit rester dans le cadre du droit public et ne pas modifier le droit civil comme tel (« stets nur im Rahmen des öffentlichen Rechts und ohne Änderung am Zivilrecht als solchem » ; invoqué par SCHÖNENBERGER op. cit. p. 80 a ; voir dans le même sens FLEINER, Bundesstaatsrecht p. 424 et 425 ; EGGER, art. 6 et 14 ; GMÜR, 2^e éd. art. 6 n. 8 et 12). Aussi l'arrêt cité spécifie-t-il qu'il s'agit non de règles de droit privé mais de prescriptions de police édictées pour la sauvegarde de la santé publique, domaine auquel les lois civiles ne s'étendent pas. Il n'est pas nécessaire d'examiner en l'espèce si ce raisonnement échappe à la critique, et si le canton de Bâle-Ville ne s'est pas arrogé un pouvoir réservé au législateur civil fédéral (BECK, Schlusstitel ZGB art. 50 n. 10, estime que le Tribunal fédéral est allé très loin dans le pouvoir de police laissé aux cantons). Il suffit de retenir que même cet arrêt ne rompt point avec le principe sui-

vant lequel le législateur cantonal ne doit pas s'ingérer dans le droit civil réservé à la Confédération. Un arrêt plus récent du 28 mai 1937 (RO 63 I p. 173 c. 4 et 176) confirme cette jurisprudence. Il déclare que, « la Confédération étant compétente pour légiférer dans tout le domaine du droit fédéral, les cantons ne peuvent édicter des règles de droit civil qu'autant que la Confédération les y autorise expressément ». (« ... die Kantone dürfen zivilrechtliche Normen nur aufstellen, sofern sie hiezu vom Bund ausdrücklich ermächtigt sind »). Quant au droit public cantonal, il ne doit pas « user de moyens de droit civil » (« mit privatrechtlichen Mitteln arbeiten »). Non seulement les cantons ne peuvent restreindre le champ d'application du droit privé fédéral que par des motifs plausibles d'ordre public (« nur aus haltbaren Gründen des öffentlichen Rechts », RO 63 I p. 173 et la jurisprudence citée), mais encore doivent-ils se borner, en pareil cas, à employer les moyens que le droit public met à leur disposition et se garder d'éluder les dispositions du droit civil fédéral ou d'en violer la lettre ou l'esprit en le « modifiant », soit en déclarant nuls certains contrats (hormis l'exception prévue à l'art. 6 al. 2 CC), soit en instituant des règles nouvelles de droit privé (: « Die Kantone ... dürfen nur mit Mitteln des öffentlichen Rechts arbeiten und keine Vorschriften aufstellen, die das Bundeszivilrecht vereiteln oder die dem Sinne und Geist desselben widersprechen. Nicht mit Mitteln des öffentlichen Rechts arbeiten die Kantone, wenn sie das Bundeszivilrecht « abändern » »; RO loc. cit.). Suivant l'image employée par BURCKHARDT (comm. 3^e éd. p. 588), il faut qu'entre le droit public cantonal et le droit civil fédéral il y ait harmonie ; le premier doit être « accordé » avec le second ; voir aussi 37 I p. 44 et sv. et p. 527 ; EGGER, comment. 2^e éd. art. 6 n. 14 et 16 et sv. ; SCHÖNENBERGER, op. cit. p. 79 a ; HAFTER, comment. 2^e éd. art. 6 n. 10 et sv. ; VETTER, Beziehungen zwischen Bundeszivilrecht und kantonöffentlichem Recht p. 52 et sv. ; BURCKHARDT, Zeitschrift des bern. Jur. Vereins 68 p. 321 et 322 ;

BECK, Schlusstitel ZGB, art. 51 n. 7 et sv. ; WACKERNAGEL, Schweiz. Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung 28 p. 449 et sv.). Aussi le Tribunal fédéral a-t-il refusé aux cantons le pouvoir d'étendre au-delà des limites de l'art. 328 CC le cercle des parents tenus de fournir des aliments (RO 42 I p. 346), de restreindre sans motif de police plausible le droit de cueillir des baies sauvages institué à l'art. 699 CC (RO 43 I p. 282 ; 58 I p. 173), de prévoir une sorte de cautionnement public pour les frais de procès (RO 43 I p. 58).

La jurisprudence citée note en outre que la réglementation du droit civil fédéral ne se propose pas uniquement de protéger les intérêts privés mais tient compte dans une large mesure de l'intérêt général de la collectivité. Dans cette mesure, le droit civil fédéral contient du *droit public* qui prime le droit public cantonal. Cela est vrai singulièrement pour le contrat de travail. Par conséquent, du point de vue de l'intérêt public, les cantons ne peuvent régler les rapports de droit privé, notamment le contrat de travail, qu'autant que le droit fédéral n'a pas déterminé lui-même si et dans quelles limites cet intérêt mérite une protection juridique (« Die Kantone können ... vom Gesichtspunkt des öffentlichen Interesses aus die Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien, die einen privatrechtlichen Vertrag, speziell einen Dienstvertrag mit einander abgeschlossen haben, nur insoweit ordnen, als das eidgenössische Zivilrecht mit seinen Normen nicht selbst bestimmt, ob und wieweit die öffentlichen Interessen des Gemeindewesens Rechtsschutz verdienen », RO 58 I p. 32).

Le pouvoir du législateur cantonal est ainsi restreint tant par le droit privé que par le droit public fédéral.

8. — Si l'on examine la loi genevoise à la lumière de ces principes jurisprudentiels dont il n'y a pas lieu de se départir, on constate qu'elle ne se borne pas à compléter et renforcer la réglementation fédérale du contrat collectif mais franchit la double limite qu'on vient de tracer. Le

législateur cantonal a empiété, d'une part, sur le domaine du droit privé réservé à la Confédération, en substituant au système du CO un système qui ne s'harmonise pas avec lui, et il a excédé, d'autre part, la mesure dans laquelle le législateur fédéral a trouvé lui-même juste de restreindre la liberté contractuelle dans l'intérêt de la collectivité.

Pour s'en convaincre, il faut considérer la réglementation non seulement du contrat collectif de travail, matière dont il s'agit en l'espèce, mais encore du contrat-type qui a été introduit en même temps dans le code et qui forme avec lui un ensemble cohérent. Il faut aussi considérer le rôle réservé par la loi aux associations professionnelles.

Le juge ne doit naturellement pas se contenter de constater que le droit public cantonal ordonne ou interdit ce qui, du point de vue général de la liberté contractuelle, paraît facultatif ou loisible. Il doit encore se demander s'il y a des motifs pour admettre que, sur le point considéré, le droit civil entend sauvegarder cette liberté. Dans le cas particulier, il en est bien ainsi.

De même que, dans le domaine économique en général, l'art. 31 CF consacre le système de la libre concurrence, de même, en matière de contrat de travail, les art. 319 et sv. CO consacrent la liberté contractuelle et procèdent aussi du principe de la libre concurrence. Ils sont en règle générale de droit dispositif, les parties ont la faculté d'y déroger. L'art. 326, qui rappelle pour le contrat de travail le principe général de l'art. 19, statue formellement la liberté contractuelle : « Les conditions du contrat de travail peuvent être fixées librement, pourvu qu'elles ne soient contraires ni à la loi ni aux mœurs ». Cette restriction, qui n'a pas trait à la « formation » du contrat, signifie que les stipulations mêmes des parties ne doivent pas être contraires à la loi ou aux mœurs ; il s'agit du contenu du contrat, et l'on ne saurait certes tenir pour illégal ou immoral un contrat entre « outsiders » pour le seul motif qu'il ne correspond pas au contrat collectif adopté par une majorité de votants. Or, la loi genevoise, en permettant de décréter

la force obligatoire générale du contrat collectif adopté par une majorité d'intéressés, empêche du même coup la conclusion d'autres contrats collectifs entre particuliers ou entre associations professionnelles, alors même que ces contrats seraient, dans la forme et pour le fond, rigoureusement adaptés aux art. 322 et 323 CO. La loi genevoise ordonne et interdit ainsi ce que le législateur a réservé expressément à la libre volonté des parties contractantes. Cela est inadmissible et condamne à lui seul le système genevois, qui implique, de fait, abrogation de l'art. 322 pour le territoire cantonal (cf. RO 63 I p. 176). Le règlement d'application de la loi genevoise (art. 25) va même jusqu'à permettre de frapper d'une sanction pénale celui qui n'a fait que se conformer à la loi fédérale dans un contrat librement conclu.

Certaines exceptions à la liberté contractuelle sont expressément prévues par le législateur fédéral (p. ex. contrat collectif art. 323 ; apprentissage art. 325 ; prohibition de faire concurrence art. 356 ; loi spéciale sur le travail dans les fabriques art. 362, etc.). Aucune réserve n'est faite en faveur du droit cantonal. L'intervention de l'autorité est aussi prévue exceptionnellement. Ainsi pour le contrat d'apprentissage (art. 325, al. 3) et pour les contrats-types (art. 324). Ces exceptions montrent, a contrario, que par ailleurs la liberté des parties subsiste en principe.

Les articles 322 et sv. CO ont été insérés dans la loi en vue d'instaurer la paix sur le marché et dans le monde du travail. Le législateur a été guidé par des considérations sociales. Il s'est proposé pour but le bien public, et il lui a fallu mesurer les entraves que la liberté des intéressés devait souffrir pour que ce but pût être atteint. Ces entraves, il les a prévues dans la loi. Elles sont sérieuses. Les clauses du contrat collectif de travail sont obligatoires (art. 323 CO) non seulement pour les employeurs et les ouvriers qui l'ont passé directement entre eux, elles lient aussi les membres des associations qui ont joué et qui jouent en général le rôle de parties que leur réserve l'art.

322. Le législateur a ainsi conféré aux organisations professionnelles le pouvoir de prendre des décisions sans participation directe des obligés. Mais il n'a pas été plus loin. Il n'a pas permis de supprimer complètement la liberté contractuelle individuelle. Lorsque les associations n'interviennent pas, seuls les patrons et ouvriers contractants sont tenus, et lorsqu'elles sont parties au contrat, les employeurs et les employés gardent la faculté de recouvrer leur liberté en sortant de la corporation. Dans le système du CO, le contrat collectif ne lie pas les « outsiders ». Du point de vue politique, économique et social, une autre réglementation, plus absolue, peut sans doute se défendre. Mais entre le système du droit positif qui entrave seulement la liberté individuelle et le système genevois qui permet de la paralyser, il y a une différence si essentielle qu'on ne peut plus parler d'accord harmonieux. Il y a au contraire dissonance. La minorité des votants et ceux qui n'ont pas voté se voient imposer des conditions de travail dont ils ne veulent pas et auxquelles ils n'ont pas d'autre moyen d'échapper que de quitter le territoire du canton. En outre l'art. 322 CO confie expressément aux associations professionnelles la qualité de parties contractantes. La loi genevoise la leur enlève. Et cela aussi paraît inadmissible. Enfin, l'art. 322 veut que le caractère obligatoire du contrat reste limité au cercle des contractants, les membres des associations n'étant tenus qu'en raison du pouvoir auquel ils se sont librement soumis en entrant dans l'organisation professionnelle dont ils peuvent se retirer. D'après le système genevois, c'est la majorité qui *décide* et c'est l'Etat qui, en vertu de son pouvoir souverain, *décète* les contrats collectifs obligatoires pour tous les intéressés sans distinction entre les adhérents, d'une part, et les dissidents ou les absents, d'autre part, — et sans possibilité pour ces derniers de s'y soustraire. Il y a une opposition fondamentale entre « contrat » et « décision ». Le contrat exige l'accord résultant de l'échange de manifestations concordantes de volonté, la décision de majorité n'exprime que

la seule volonté d'une partie des intéressés présents à l'assemblée. La votation ne consiste pas en un échange de déclarations volitives mais dans l'émission de votes recueillis par les scrutateurs. Et la décision prise selon le système majoritaire n'exige pas l'accord de toutes les volontés, accord nécessaire pour la perfection du contrat (cf. A. v. TUHR, Partie générale du CO, p. 122). La réglementation des art. 322 et 323 se trouve donc profondément modifiée par la loi genevoise. Le législateur fédéral n'a pas voulu du système de la décision de majorité, et à l'art. 324 il n'a autorisé l'Etat à intervenir que pour l'établissement de contrats-types. Mais, même en ce cas, il a statué une simple règle de droit dispositif. Le contrat-type n'est présumé exprimer la volonté des parties qu'autant qu'elles n'ont pas stipulé par écrit d'autres conditions de travail. L'art. 324 prévoit aussi la collaboration des associations professionnelles ou d'utilité publique, qui n'ont aucun intérêt privé au contrat, mais elles peuvent seulement donner leur avis en vue du bien général et n'ont pas voix délibérative. Cet article montre clairement dans quelle mesure le législateur fédéral a voulu prévoir et permettre l'intervention de tiers et du pouvoir public.

Les articles 322 et sv. apparaissent ainsi comme une réglementation complète qui épuise la matière du contrat collectif (de même que l'art. 328 CC épuise celle de la dette alimentaire des parents, RO 42 I p. 346), si bien qu'il n'y a plus place pour la règle d'applicabilité générale que le législateur genevois a cru pouvoir établir.

Dès lors, là où la loi genevoise substitue un droit impératif au droit dispositif du CO et prétend lier même les patrons et les ouvriers non consentants d'une profession, elle se heurte à la prééminence du droit fédéral auquel elle doit céder le pas. Cela est vrai non seulement pour la réglementation du contrat collectif de travail (art. 1 à 4) qui intéresse le conflit actuel, mais aussi pour celle du contrat-type que l'art. 5 permet de déclarer obligatoire.

9. — En vain le Conseil d'Etat fait-il valoir que son

système constitue un *progrès*. Les cantons n'ont pas le pouvoir d'amender le droit civil fédéral en le modifiant sans y être autorisés. Or, comme on l'a vu, aucune réserve expresse ni même tacite n'existe en leur faveur en matière de contrat collectif. Ce pouvoir n'appartient qu'au législateur fédéral lui-même. Le fait qu'il a essayé d'en user en 1919 mais a échoué (v. le consid. 10 ci-après) n'y change rien. Cet échec montre bien plutôt que l'organe législatif suprême, le peuple, n'a pas voulu qu'on touchât aux dispositions existantes du code quant à la liberté contractuelle et au contrat collectif, en sorte que cette réglementation subsiste telle quelle et doit être respectée et appliquée tant que le législateur fédéral la laisse intacte.

D'où il résulte que, la force dérogatoire du droit fédéral primant la force obligatoire fondée sur le droit cantonal, l'arrêté attaqué ne peut produire effet et doit être annulé parce que sa base légale est inconstitutionnelle.

10. — Si l'on avait quelque doute sur la portée des articles 322 et sv., notamment sur l'exclusion de la force obligatoire générale du contrat collectif, ce doute serait dissipé par l'examen des efforts avortés pour faire adopter d'autres dispositions. Comme on l'a déjà relevé, la question de l'applicabilité générale a été débattue lors des revisions du code des obligations avant et après 1912. A l'art. 323 actuel correspondait l'art. 1371 ter du projet discuté au Conseil National en 1909 (Bull. stén. p. 587) et au Conseil des Etats en 1910 (Bull. stén. p. 202). Aux termes du deuxième alinéa, « des contrats collectifs rendus publics régissent aussi ceux des locateurs et patrons qui ne s'y sont pas soumis, mais qui travaillent dans la même profession et habitent la même contrée ; cela dans la mesure où leurs propres conventions ne renferment pas de clauses y dérogeant expressément ».

La majorité de la commission du Conseil National proposait de supprimer cet alinéa. La minorité (M. Scherrer-Füllemann) voulait le remplacer par la disposition suivante :

« Les contrats collectifs passés entre associations patronales et ouvrières de la même industrie et de la même contrée, et rendus publics par les soins de l'autorité compétente, régissent aussi ceux des patrons et des ouvriers qui n'y sont pas soumis, si lesdits contrats ont été conclus par la majorité des intéressés. Demeurent réservés les louages du travail qui renferment et renfermeront des clauses expresses contraires. » M. Greulich proposa de biffer cette dernière phrase (Bull. stén. CN 1909 p. 593). Il voulait donc instituer une force obligatoire absolue des contrats collectifs pour les tiers.

Le rapporteur de langue française M. Rutty (loc. cit. p. 592) fit d'abord des objections de forme puis ajouta : « Ces objections suffiraient à nous faire rejeter la proposition de la minorité, mais elles sont dominées par un principe fondamental que nous entendons maintenir : c'est la liberté des contrats. Et, Messieurs, si l'on peut craindre déjà de voir cette liberté diminuée par l'art. 1371 ter, qui prononce la nullité de tout contrat fait à part par un signataire du contrat collectif, je dis qu'il est impossible de soutenir que l'amendement n'aurait pas pour effet de restreindre cette liberté des contrats au point de l'annihiler complètement à brève échéance. »

M. le Conseiller fédéral Brenner déclara notamment (p. 616) : « Es ist ja auch nicht zu vergessen, dass, wenn Sie einen Zwang aufstellen, dieser Zwang sich gegen beide Teile richtet, sowohl gegen den Arbeitgeber, als gegen Arbeitnehmer, und ich glaube, die Verhältnisse sind nun noch nicht soweit gediehen, dass diese Arbeitsbedingungen und anderes, was in den Tarifverträgen enthalten ist, so abgeklärt wäre, dass man gewisse Gruppen von Arbeitgebern oder Arbeitern unter diesen Tarifvertrag zwingen soll, auch wenn sie nicht darunter stehen wollen und das ausdrücklich sagen. Also aus diesem Grunde nehme ich an, dass die nötige Abklärung fehlt, um bereits zwingende Wirkungen diesen Tarifverträgen zu gewähren, auch dann, wenn nur eine Mehrheit, die Sie nun so oder

anders einschätzen mögen, dazu Stellung genommen hat. »

Le rapporteur de langue allemande, M. Huber (p. 621), fit observer entre autres choses ceci :

« Ein zweiter Grund für die Ablehnung aber war, dass die Kommission sich gesagt hat, sobald man über den Ausdruck blosser Übung hinausgehe und die Tarifverträge schlechtweg und absolut auf die nicht beigetretenen Gewerbe derselben Art anwende, einer Mehrheit ein Gewicht gegeben werde, das nicht berechtigt sei, aus dem Grunde nicht, weil die Mehrheit hier von privatem Boden aus die Minderheit in ihre Bande fesseln könnte, ohne dass irgendwie eine behördliche Kontrolle stattfinden dürfte. »

Le Conseil National rejeta tant l'amendement de M. Greulich que la proposition de M. Scherrer-Füllemann et admit celle de la majorité.

Au Conseil des Etats, le rapporteur M. Hoffmann combattit les deux propositions opposées à la suppression de l'alinéa 2, et, au sujet de la proposition de M. Greulich, il s'exprima en ces termes (Bull. stén. 1910 p. 202) :

« Man würde zwingendes öffentliches Recht schaffen durch blossen Mehrheitsbeschluss und das in einer absolut privatrechtlichen Materie. Man würde die Vertragsfreiheit ausschalten und den Einzelwillen dem Willen der Organisation bedingungslos unterwerfen. Es ist möglich, ja sogar wahrscheinlich, dass unsere Entwicklung uns dahin führen wird, dann nämlich, wenn einmal die zunehmende Organisation der Arbeiter eine entsprechende Massregel auf seiten der Arbeitgeber herbeigeführt haben wird. Aber heute sind wir nicht auf diesem Standpunkt und daher war diese Konsequenz nicht zu ziehen. »

Il ressort de ces citations que c'est intentionnellement, après discussion du problème, que le principe de l'applicabilité générale du contrat collectif n'a pas été introduit dans le code des obligations.

Lors de la dernière revision du code, de nouveaux efforts furent faits pour faire adopter le principe repoussé

en 1909. La loi fédérale du 27 juin 1919 portant réglementation des conditions de travail renfermait la disposition suivante :

Art. 2, alinéa 2 : « Si le besoin s'en fait manifestement sentir, le Conseil fédéral peut, sur la proposition des offices des salaires et après avoir l'avis des associations professionnelles intéressées, déclarer les contrats collectifs obligatoires pour tous les membres des groupements professionnels en cause et établir des contrats-types de travail auxquels on ne peut déroger. »

Le peuple a rejeté cette loi.

Depuis, la question de la force obligatoire générale n'a cessé d'être agitée (v. W. INGOLD, Auf dem Wege zur Arbeitsverfassung, p. 24 et sv., la motion v. ARX du 21 décembre 1927 ; p. 28, le « postulat » GROSPIERRE du 23 juin 1920 ; p. 44, les décisions prises à Lucerne le 29 mai 1929 ; p. 60, le programme minimum du Gewerkschaftsbund, de 1929 ; v. aussi dans le message du Conseil fédéral du 10 septembre 1937 concernant la revision des articles constitutionnels d'ordre économique FF. 1937 II p. 867 et sv., l'exposé des tentatives faites). Le projet du 10 septembre 1937 de nouveaux articles constitutionnels régissant l'ordre économique propose de donner à la Confédération pouvoir de décréter la force obligatoire générale de décisions et conventions d'associations professionnelles (art. 32, al. 2, d ; FF. 1937 II p. 897, cf. message ibid. p. 877).

Mais jusqu'à présent rien n'est encore changé aux principes de la libre concurrence garantie par l'art. 31 CF et de la liberté contractuelle proclamée expressément à l'art. 326 CO et consacrée par les art. 322 et sv. Tant qu'il en sera ainsi, le Tribunal fédéral devra rester le gardien des principes constitutionnels et légaux en vigueur (RO 63 I p. 231).

11. — Le Conseil d'Etat invoque en vain en faveur de la loi genevoise la jurisprudence très libérale relative aux dispositions cantonales édictées pour la protection du

travail et des travailleurs (Arbeitnehmerschutzrecht, Arbeitsschutz ; v. à ce sujet RO 58 I p. 30 ainsi que les rapports de MM. SCHÖNENBERGER et RICHARD à l'assemblée de la Société suisse des juristes de 1933 ; v. aussi ibid. p. 80 a et 82 a, les citations des « Erläuterungen » de HUBER et du commentaire de HAFNER). Ce dernier auteur (2^e éd. p. 176, rem. 2 sur art. 338 CO ancien) énumère toute une série de prescriptions de droit public fédéral ou cantonal (police de l'industrie) qui peuvent compléter le CO pour empêcher, par exemple, le surmenage ou l'exploitation des ouvriers, en particulier des femmes et des mineurs, pour ménager leur santé et leur moralité, pour leur procurer des locaux salubres, pour parer aux accidents, etc. Mais toujours, et même dans l'arrêt Rapp (RO 58 I p. 30), il s'agit de prescriptions protectrices du travail ou de l'ordre et de l'hygiène publics. Aucun des exemples fournis par la doctrine et la jurisprudence ne se rapproche de la réglementation genevoise du contrat collectif. Car celle-ci ne renferme pas de simples prescriptions de police destinées à garantir le travailleur contre des clauses contractuelles qui, *par leur contenu même*, empêcheraient d'atteindre ce but de protection. C'est une *organisation corporative générale du travail*, c'est une tentative de résoudre l'ensemble du problème, dont la solution intéresse aussi bien les employeurs que les employés des différentes professions. Le but du législateur est un but de politique sociale et économique, non un but de police des arts et métiers. La réglementation genevoise sort ainsi du domaine réservé au droit public cantonal.

12. — Il convient enfin d'observer qu'il peut y avoir des inconvénients pratiques à laisser les cantons libres de décréter la force obligatoire générale des contrats collectifs de travail. Il suffit en effet de songer à l'industrie de la broderie qui intéresse quatre cantons de la Suisse orientale et où l'établissement de conditions de travail obligatoires différentes par chacun des cantons aurait des conséquences économiques très graves. Il en serait de même dans

l'industrie de la métallurgie et de façon générale pour les entreprises qui s'étendent sur le territoire de plusieurs cantons.

Par ces motifs, le Tribunal fédéral

1. prend acte du retrait du recours en tant que formé par Albert Weber ;
2. admet le recours en tant que formé par les trois autres recourants et annule l'arrêté attaqué.

IV. STAATSVERTRÄGE

TRAITÉS INTERNATIONAUX

4. Urteil vom 28. Januar 1938 i. S. E. S. & C^{ie}, gegen V. & C^{ie}.

Art. 2, Ziff. 2, und Art. 4, Abs. 1, des deutsch-schweizerischen Vollstreckungsabkommens vom 2. November 1929.

1. Eine Unverbindlichkeit des materiell-rechtlichen Teils eines Vertrages ergreift nicht ohne weiteres auch eine im Vertrag vereinbarte Gerichtsstandsklausel.
2. Einer Vereinbarung, wonach eine Vertragspartei Ersatz für die Anwaltskosten zu leisten hat, die dem Gegner im Zusammenhang mit unerlaubten Handlungen der Vertragspartei entstanden sind, kann im Vollstreckungsverfahren der Vorbehalt der öffentlichen Ordnung auch dann nicht entgegengehalten werden, wenn der Vertrag im übrigen wucherischen Charakter aufweist.

A. — Nach dem deutschen Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 7. Juni 1909 in der Fassung der Verordnung des Reichspräsidenten vom 9. März 1932 (RGBl. 121) wird bestraft, wer als Angestellter oder Arbeiter ein Geschäfts- oder Betriebsgeheimnis, das ihm vermöge des Dienstverhältnisses zugänglich geworden ist, während der Dauer des Dienstverhältnisses unbefugt an jemanden zum