

Date de dépôt : 13 mai 2009

Rapport

de la Commission législative chargée d'étudier la validité de l'initiative populaire 142 « Pour le droit à un salaire minimum »

Rapport de majorité de M. Edouard Cuendet (page 1)

Rapport de minorité de M^{me} Anne Emery-Torracinta (page 29)

- | | |
|---|------------------------|
| 1. Arrêté du Conseil d'Etat constatant l'aboutissement de l'initiative, publié dans la Feuille d'avis officielle le | 31 octobre 2008 |
| 2. Dépôt du rapport du Conseil d'Etat au sujet de la validité et de la prise en considération de l'initiative, au plus tard le | 31 janvier 2009 |
| 3. Décision du Grand Conseil au sujet de la validité de l'initiative sur la base du rapport de la commission législative, au plus tard le | 31 juillet 2009 |
| 4. Sur la base du rapport de la commission désignée à cette fin, décision du Grand Conseil sur la prise en considération de l'initiative et sur l'opposition éventuelle d'un contreprojet, au plus tard le | 30 avril 2010 |
| 5. En cas d'opposition d'un contreprojet, adoption par le Grand Conseil du contreprojet, au plus tard le | 30 avril 2011 |

RAPPORT DE LA MAJORITÉ

Rapport de M. Edouard Cuendet

Mesdames et
Messieurs les députés,

La validité de l'IN 142 « Pour le droit à un salaire minimum » a été étudiée par la Commission législative (ci-après : « la commission ») lors de ses séances des 27 février 2009, 20 mars 2009 et 27 mars 2009, sous la présidence de M. Olivier Jornot.

Ont également assisté aux séances de la commission :

- M. Fabien Mangilli, secrétaire scientifique, secrétariat général du Grand Conseil ;
- M. Fabien Waelti, directeur, Direction des affaires juridiques de la chancellerie (séance du 27 mars 2009) ;
- M. David Hofmann, directeur-adjoint, Direction des affaires juridiques de la chancellerie (séances des 27 février 2009 et 20 mars 2009) ;
- M. Frédéric Scheidegger, secrétaire adjoint, Département des institutions.

Le rapport du Conseil d'Etat sur la recevabilité de l'IN 142 a été présenté lors de la séance du 27 février 2009 par MM. François Longchamp, conseiller d'Etat en charge du DES, et Christian Goumaz, secrétaire général du DSE. La séance du 20 mars 2009 a été consacrée aux auditions des initiants (MM. Pierre Vanek et Nils de Dardel), de la Fédération des entreprises romandes (MM. Olivier Levy et Olivier Sandoz) et des représentants des syndicats de travailleurs (MM. George Tissot, Pasquale Reale et Alessandro Pelizzari). Le vote en commission a eu lieu le 27 mars 2009.

Le procès-verbal a été tenu avec exactitude par M. Christophe Vuilleumier, que le rapporteur de majorité tient à remercier ici.

I. Rapport du Conseil d'Etat

Compte tenu de la complexité du sujet, il paraît nécessaire de résumer le rapport très complet du Conseil d'Etat.

1. Recevabilité formelle

Dans son rapport du 30 janvier 2009, le Conseil d'Etat se penche tout d'abord sur la recevabilité formelle de l'IN 142 et arrive à la conclusion que

l'unité de la matière, l'unité de la forme et l'unité du genre sont respectées en l'occurrence.

Il s'intéresse également à l'exigence de la clarté découlant de l'art. 34 Cst féd. et définie plus précisément par le Tribunal fédéral dans sa jurisprudence. Le gouvernement relève que le texte mentionne « *un salaire minimum* » mais en « *tenant compte des secteurs économiques* ». Il se demande si l'IN 142 ne veut en réalité pas instaurer plusieurs salaires minimaux. De même il relève que la phrase « *en tenant compte des secteurs économiques ainsi que des salaires fixés dans les conventions collectives* » pourrait faire l'objet de plusieurs interprétations. En effet, soit l'IN 142 ne vise que les secteurs sans convention collective de travail (CCT), soit elle concerne tous les secteurs économiques, mêmes ceux avec une CCT. Toutefois, de l'avis du Conseil d'Etat, ces questions d'interprétation ne remettent pas en cause la compréhension du but de l'initiative, qui possède selon lui la clarté suffisante.

2. Recevabilité matérielle

Le Conseil d'Etat consacre la plus grande partie de son rapport à la problématique de la recevabilité matérielle.

2.1 Conformité au droit supérieur

Après avoir rappelé les principes d'interprétation, le Conseil d'Etat souligne tout d'abord que l'IN 142 n'est pas contraire aux engagements internationaux de la Suisse. Il en vient ensuite à aborder la question de la conformité au droit fédéral et, en particulier, celle de la répartition des compétences entre la Confédération et les cantons.

Art. 110 Cst féd. (travail) en lien avec la Loi fédérale sur le travail (LTr), la Loi fédérale sur le travail à domicile (LTrD), la Loi fédérale sur les travailleurs détachés et les mesures d'accompagnement aux accords bilatéraux I et la Loi fédérale sur les étrangers

En lien avec l'art. 110 Cst féd., le rapport cite tout d'abord la Loi fédérale sur le travail (LTr). Il en découle que la LTr ne laisse pas de place pour des dispositions cantonales visant la protection des travailleurs, mais ne fait pas obstacle à l'adoption de certaines mesures de politiques sociales. A cet égard, le Conseil d'Etat parvient à la conclusion suivante : « *En résumé, le législateur fédéral n'a pas voulu régir la question du salaire minimum en tant que mesure de protection des travailleurs : il s'agit donc d'un silence qualifié. En revanche, il ne s'est pas prononcé, dans la LTr, sur un éventuel salaire minimum à titre de mesure de politique sociale* » (rapport, p. 12).

En second lieu, le Conseil d'Etat s'intéresse à la Loi fédérale sur le travail à domicile (LTrD). Il constate « *la volonté du législateur fédéral d'abroger toute possibilité pour l'autorité exécutive fédérale de fixer des salaires minima dans le domaine du travail à domicile* » (rapport, p. 13).

Le Conseil d'Etat analyse ensuite dans le détail la question de la rémunération minimum dans le cadre de la Loi fédérale sur les travailleurs détachés et les mesures d'accompagnement aux accords bilatéraux I. Les conclusions du rapport sur ce point méritent d'être largement citées ici :

La présentation des mesures d'accompagnement à la libre circulation des personnes et l'exposé des motifs y relatifs, « *confirment que la question de la fixation de salaires minima par l'autorité est délicate et doit, selon les autorités fédérales, respecter les exigences de subsidiarité. Il faut donc interpréter l'IN 142 à la lumière de ces dispositions en général, et de l'art. 360a CO en particulier, ce qui signifie que le canton de Genève ne saurait fixer des salaires minima dans les domaines où l'Assemblée fédérale n'a pas souhaité légiférer.*

*Comme cela vient d'être indiqué, l'élément déclencheur pour la mise en œuvre des mesures d'accompagnement est le constat préalable de l'existence d'une sous-enchère abusive et répétée (art. 360a al. 1 CO). C'est à cette condition que l'extension facilitée du champ d'application d'une CCT ou l'édition d'un contrat-type de travail avec salaires minimaux obligatoires devient possible. C'est d'ailleurs sur la base de ce dispositif que notre canton a rendu obligatoires des salaires minima dans le secteur de l'économie domestique ou encore dans celui de l'esthétique (...). **Or, l'IN 142 vise en réalité à aller au-delà et à exiger des autorités genevoises qu'elles édictent des salaires minima impératifs même sans constat préalable d'une sous-enchère répétée et abusive. En d'autres termes, il s'agit de passer d'une logique de mesures correctrices à une logique de mesures préventives. La compatibilité de ce pas supplémentaire avec le droit fédéral paraît douteuse en regard de l'arbitrage assez récent fait par l'Assemblée fédérale dans ce domaine** » (rapport, p. 16, le rapporteur de majorité souligne).*

A propos de la Loi fédérale sur les étrangers, le Conseil d'Etat constate qu'elle n'impose pas de salaire minimum.

Art. 122 Cst. féd.(Droit civil) en lien avec les art. 5 et 6 CC et leurs conditions d'applications

Le rapport du Conseil d'Etat souligne d'emblée que selon l'art. 5 al. 1 CC, « *les cantons ont la faculté d'établir ou d'abroger des règles de droit civil dans les matières où leur compétence législative a été maintenue* ». Il arrive à la conclusion qu'en tout cas, « *dans la mesure où les dispositions fédérales en matière de salaires minima ont été présentées (art. 360a CO, art. 1a LECCT), l'art. 5 CC relatif aux compétences civiles déléguées aux cantons ne s'applique pas, aucune des normes précitées ne conférant davantage de compétence aux cantons (...)* La compétence cantonale ne peut ainsi en tout cas pas se fonder sur l'art. 5 CC » (rapport, p. 23).

En ce qui concerne l'application de l'art. 6 CC, le rapport du Conseil d'Etat cite la jurisprudence selon laquelle « *dans les domaines régis en principe par le droit civil fédéral, les cantons conservent la compétence d'édicter des règles de droit public en vertu de l'art. 6 CC, à condition que le législateur fédéral n'ait pas entendu régler une matière de façon exhaustive, que les règles cantonales soient motivées par un intérêt public pertinent et qu'elles n'évident pas le droit civil, ni n'en contredisent le sens ou l'esprit* ».

Après avoir étudié en profondeur la doctrine et la jurisprudence à ce propos, le Conseil d'Etat estime que l'IN 142 ne peut être valable que si elle représente du droit public cantonal respectant les trois exigences jurisprudentielles fixées en relation avec l'art. 6 CC.

A propos du caractère exhaustif de la législation fédérale, le Conseil d'Etat estime que la « *LECCT est probablement une législation exhaustive en matière d'extension des conventions collectives de travail ; cependant l'IN 142 fait une réserve pour le respect des CCT. Il convient d'en tenir compte et d'interpréter le texte de l'IN 142 d'une manière conforme à la Constitution fédérale. En raison de l'exigence de primauté du droit fédéral (art. 49 Cst. féd.), l'IN 142 ne saurait donc remettre en cause la portée et les conditions de la LECCT. Au surplus, on peut se demander si la législation fédérale en matière de salaire minimum – qui n'existe pas en tant que telle, mais seulement par certains aspects – n'est pas désormais devenue exhaustive, ce qui en soi, rendrait d'emblée l'IN 142 contraire au droit supérieur, à moins de considérer que l'IN 142 ne fait que confirmer – sans la modifier – la portée de la LECCT* » (rapport, p. 23)

En ce qui concerne la notion d'intérêt public, le Conseil d'Etat souligne que le « *nombre de branches sans CCT, ni CTT est peu important, de sorte que l'instauration d'un salaire minimum fixé par l'Etat ne concernerait qu'un nombre relativement restreint de travailleurs. On peut*

donc se demander si l'IN 142 est motivée par un intérêt public pertinent suffisant » (rapport, p. 23).

Enfin, au sujet de l'absence de contradiction avec le droit civil, le rapport du Conseil d'Etat estime que « *l'instauration de salaires minima porte atteinte à la liberté contractuelle consacrée par le Code des obligations et que le législateur fédéral voulait y porter le moins possible atteinte* » (rapport, p. 23). Il relativise son propos, en précisant que « *dans d'autres domaines, la Tribunal fédéral a estimé que la liberté contractuelle n'était pas absolue et pouvait être limitée par la législation cantonale. L'instauration d'un salaire minimum ne peut ainsi se concevoir que dans des cas exceptionnels* » (rapport, pp. 23 -24).

Ce très long développement juridique conduit le Conseil d'Etat à la conclusion suivante :

« **Il est fort douteux que l'instauration d'un salaire minimum cantonal respecte la répartition des compétences entre la Confédération et les cantons** (le rapporteur souligne). Toutefois, dès lors qu'une initiative populaire ne doit être invalidée que si elle est manifestement contraire au droit supérieur, le Conseil d'Etat s'en tiendra au principe *in dubio pro populo* en ne sollicitant pas pour ce motif l'irrecevabilité de l'initiative » (rapport, p. 24).

Conformité au droit fédéral : les droit fondamentaux, en lien avec les art. 27, 36 et 94 Cst. féd.

Il est question ici de la liberté économique garantie par la Constitution fédérale.

Le rapport du Conseil d'Etat reconnaît que l'IN 142 porte atteinte à la liberté économique consacrée à l'art. 27 Cst. Féd. (rapport, p. 27). Une telle atteinte peut être admise pour autant qu'il y ait une base légale, un intérêt public et le respect de la proportionnalité.

Le rapport souligne que la base légale, en l'occurrence consacrée par une initiative cantonale constitutionnelle, doit respecter le droit supérieur, et notamment la répartition des compétences entre la Confédération et les cantons. Le Conseil d'Etat renvoie à ses conclusions sur ce sujet, résumées plus haut, dans lesquelles il retient *in dubio pro populo* une conformité avec le droit supérieur, même si elle est **fort douteuse** (le rapporteur de majorité souligne).

L'intérêt public s'analyse selon les trois catégories de mesures de police, de politique sociale et de politique économique (seules les deux premières

étant admissibles au regard de la Cst. féd.). Dans une interprétation *in dubio pro populo*, le Conseil d'Etat considère qu'il s'agit plutôt d'une mesure de politique sociale (destinée à assurer une rémunération décente) que d'une mesure de politique économique (que serait une fixation des salaires par l'Etat).

Pour ce qui est de la proportionnalité, le Conseil d'Etat estime tout d'abord que l'instauration de salaires minima est apte à atteindre le but recherché, soit la garantie de la rémunération décente. Toutefois, l'exécutif cantonal est plus circonspect en ce qui concerne la condition de la nécessité, selon laquelle il n'y aurait pas de mesure moins incisive pour atteindre le même but. A cet égard, il se réfère aux CCT étendues et aux compétences du Conseil de surveillance de l'emploi. Il parvient à la conclusion suivante : « *il existe donc déjà aujourd'hui des mesures permettant de lutter contre la sous-enchère salariale, de sorte qu'il ne devrait pas être absolument indispensable d'adopter l'IN 142* » (rapport, p. 28).

Enfin, le Conseil d'Etat procède à une pesée concrète des intérêts en présence. Il affirme clairement que « *les mesures actuellement en vigueur sont plus efficaces et moins incisives que l'IN 142 pour un meilleur résultat. Il existe ainsi, actuellement à Genève, 132 CCT de secteur et d'entreprises ; parmi celles-ci, 124 CCT – soit 94% - comprennent des dispositions en matière de salaires ou de prestations de retraites anticipées. La balance des intérêts devrait donc pencher en défaveur de l'IN 142* » (rapport, pp. 28-29). Le rapport se lance ensuite dans une explication complexe pour expliquer dans quelle mesure l'IN 142 peut malgré tout être interprétée de manière conforme au droit supérieur, quitte à en restreindre la portée concrète en prenant en compte les secteurs d'activités déjà réglementés par une CCT, tout en admettant que plus le nombre potentiel d'acteurs économiques est faible, moins la condition de la proportionnalité est susceptible d'être réalisée. Et de conclure : « *l'IN 142 porte atteinte à la liberté économique, mais une interprétation de son texte permet de considérer qu'elle ne constitue pas nécessairement une atteinte disproportionnée à la liberté économique* » (rapport, p. 29).

2.2 Exécutabilité

Selon le Conseil d'Etat, « *il n'y a pas d'obstacle d'ordre factuel absolument insurmontable à la réalisation de l'initiative, si bien que celle-ci doit être considérée comme exécutable au sens de la jurisprudence du Tribunal fédéral* » (rapport, p. 31).

3. Conclusion sur la recevabilité

Le Conseil d'Etat parvient à la conclusion globale suivante en ce qui concerne la recevabilité :

« *L'IN 142 est probablement contraire à la répartition des compétences entre la Confédération et les cantons, vu les réticences avec lesquelles les autorités fédérales traitent la question du salaire minimum. De même, l'analyse effectuée sous l'angle de la liberté économique penche plutôt en défaveur de la conformité au droit supérieur* » (rapport, p. 31, le rapporteur de majorité souligne). Toutefois, l'exécutif cantonal relativise ensuite son propos en ajoutant : « *on peut encore considérer que l'initiative populaire 142 n'est pas manifestement contraire au droit supérieur. Conformément à l'article 66, al. 3 Cst. GE, et en application du principe in dubio pro populo, le Conseil d'Etat estime qu'on ne se trouve pas dans un cas d'initiative manifestement contraire au droit supérieur* » (rapport, p. 31).

II. Audition du Conseil d'Etat

Le conseiller d'Etat François Longchamp déclare que le Conseil d'Etat a discuté longuement de la recevabilité de cette initiative. Il remarque que le Jura a une disposition similaire à ce que propose cette initiative, ce qui ne veut pas dire pour autant que cette dernière soit recevable. Il souligne d'ailleurs que le Jura n'a jamais mis en œuvre cette disposition, ce qui laisse entendre qu'elle n'est pas praticable.

Le secrétaire général du DES complète ces propos en évoquant les éléments suivants :

- La Confédération a largement utilisé ses compétences en matière de protection des travailleurs.
- La Loi sur le travail est exhaustive, ce qui ne laisse guère de souplesse aux cantons.
- Le code des obligations ne prévoit pas de salaire minimum.

- La Confédération n'instaure pas de salaire minimum mais des correctifs si des sous-enchères abusives et répétées sont constatées. C'est le seul motif permettant d'étendre une convention collective.
- Les Chambres fédérales ont donc adopté une logique correctrice et non pas préventive.
- Il y a peu de chose à tirer de la doctrine, alors que la jurisprudence est ancienne : un arrêt du Tribunal fédéral de 1950, un autre de 1954 et un dernier de 1976.
- En fin de compte, ce qui distille des doutes, c'est bien l'art. 19 al. 3 de la Constitution jurassienne qui va dans le sens de cette initiative. Le Message du Conseil fédéral s'exprime à ce sujet et fixe des limites très restrictives.
- La seule possibilité qui permettrait de rendre l'IN 142 compatible au droit fédéral serait de garantir un minimum vital et existentiel.
- Toutefois, en l'occurrence, l'IN 142 propose que les salaires soient adaptés aux branches économiques. Il y a donc un certain nombre de points d'interrogation.

Un commissaire libéral remercie le Conseil d'Etat pour la qualité de son rapport. Il signale que la liberté des travailleurs, que cette initiative entrave, n'est pas évoquée. Il ajoute que la question de l'exécutabilité est à peine effleurée, dans la mesure où il existe une infinité de professions, ce qui rend impossible l'exécution du texte proposé.

Pour M. Longchamp, il est clair que le sujet reste discutable. Il remarque par ailleurs que l'IN 142 n'indique pas qui fixerait le salaire minimum et que les paramètres sont multiples, ce qui rend la détermination d'un chiffre très difficile (il évoque notamment la question de la charge d'enfants qui influe sur la situation).

Pour répondre à une commissaire socialiste, M. Longchamp expose qu'il serait possible de fixer un salaire minimum à 2000 F puisque toutes les conventions collectives prévoient des montants plus élevés.

Le secrétaire général du DES ajoute qu'il est possible de discuter du niveau du minimum vital.

Un commissaire radical relève qu'une quinzaine de points du rapport indiquent que cette initiative est contraire au droit supérieur. Il pense donc qu'il faut conclure à son irrecevabilité. Il ajoute que cette initiative vise à prévoir un salaire minimum dans tous les secteurs, même dans ceux qui comportent une CCT, ce qui est problématique.

Le conseiller d'Etat rappelle que Genève compte 26 CCT étendues et 132 CCT. Il ajoute que certains secteurs n'ont pas de convention mais semblent être à l'abri. Il répète que le Conseil d'Etat considère que cet objet est douteux et qu'il convient de s'en référer au peuple.

Le président se déclare surpris de l'analyse portant sur une similitude avec le texte jurassien. Il mentionne que les deux textes sont très différents, dans la mesure où le texte jurassien ne contient pas de demande impérieuse. En application de l'art. 66 de la Cst. GE, il s'interroge sur la manière dont il faudrait adapter le texte de l'IN 142 pour qu'il puisse être mis en œuvre sans être manifestement contraire au droit supérieur.

M. Longchamp répond qu'il y a déjà les mesures d'accompagnement à prendre en compte et qu'il est difficile de revenir sur les CCT. Par conséquent, la question porte finalement sur les CCT qui se situeraient en dessous du salaire minimum arrêté. Il est évident que la partenariat social serait fortement ébranlé.

III. Audition des initiants

M. Vanek expose que l'art. 23 de la Déclaration universelle des droits de l'homme a servi de base à la démarche des initiants. Même si ce texte n'est pas contraignant, il constitue la base philosophique des pays onusiens. Il remet à la commission un avis de droit du Service législatif du canton de Vaud portant sur une initiative similaire (annexe 1). Cet avis conclut à la recevabilité du texte proposé.

M. de Dardel se réfère également à cette initiative vaudoise et à la Constitution jurassienne. Il évoque en particulier la jurisprudence fédérale, déjà ancienne, rendue dans une affaire bâloise. Dans ce contexte, la proposition portait sur un salaire minimum de 2 F l'heure, quel que soit le métier. Cette mesure avait été déclarée trop rigide par le TF. C'est pourquoi l'IN 142 est beaucoup plus nuancée et différencie les secteurs économiques. Il ajoute que l'art. 6 du Code civil permet aux cantons d'édicter des règles de droit public en rupture avec la liberté économique, sous certaines conditions. A cet égard, il se réfère à la politique du logement. A son avis, l'art. 360a CO permet l'adoption d'une législation publique complémentaire de nature cantonale. Il signale encore que l'initiative vise surtout à combattre le phénomène des « *working poors* ».

Suite à la question d'une commissaire socialiste relative à la détermination des conditions de vie décentes, M. Vanek répond que l'IN 142 a justement voulu éviter cette question. Le but est d'ouvrir un chantier. Il ajoute que c'est au Grand Conseil qu'il appartiendra de fixer les règles.

Pour répondre au président qui s'interroge sur la signification des termes « *en tenant compte des conventions collectives* », M. Vanek répond que la question reste ouverte. Il remarque toutefois qu'en cas de CCT, celle-ci demeure prioritaire.

Le président demande en quoi le fait d'être employé de tel ou tel secteur de l'économie permet de vivre décemment. Il rappelle qu'une famille peut comporter plus ou moins de membres, ce qui influence beaucoup son niveau de vie.

M. de Dardel répond qu'il est clair que la logique n'est pas satisfaisante mais souligne que l'idée était de répondre à une remarque du TF.

Un commissaire UDC se demande comment faire pour établir un salaire minimum au vu du nombre de facteurs différents qui influencent le coût de la vie.

Pour répondre à un commissaire MCG au sujet de la non-application de la disposition jurassienne, M. de Dardel indique que ce texte est très difficile à appliquer.

Suite à l'intervention d'un commissaire radical, M. de Dardel précise que les CCT primeraient et que l'IN 142 ne concerne pas les salaires visés par les CCT.

Un commissaire UDC se réfère également à l'existence des contrats-types, notamment dans l'économie domestique.

M. Vanek répond que l'économie genevoise ne se résume heureusement pas à cela.

IV. Audition de la FER-Genève

M. Sandoz indique que cette initiative est problématique au regard de la répartition des compétences entre la Confédération et les cantons. Ces derniers ont deux possibilités de fixer les salaires, à savoir les contrats-types de travail et l'extension de CCT. Il rappelle également que la Confédération a pris des mesures correctrices en la matière alors que l'IN 142 propose des mesures d'anticipation. Il pense qu'il est évident que cette initiative n'est pas recevable.

M. Lévy remet un mémorandum à la commission (annexe 2). Il souligne le caractère non contraignant de la Déclaration universelle des droits de l'homme. Il rappelle également que les parties sont libres de fixer les salaires et que cette initiative est donc une atteinte à la liberté personnelle. Il ajoute qu'elle est en outre contraire à la protection des données personnelles et constitue ainsi une atteinte à la sphère privée, puisque l'Etat pourrait avoir

connaissance du salaire d'un employé. Il mentionne également que l'atteinte à la liberté économique est évidente et importante.

Pour répondre à une commissaire socialiste, M. Sandoz relève que le TF avait reconnu irrecevable une initiative similaire dans le canton de Bâle. Il ajoute que le Jura a certes une disposition de ce type, mais qu'elle n'est pas appliquée. Il déclare ensuite que les nuances de l'IN 142 sont trop floues, notamment en ce qui concerne la proportionnalité. Il pense que l'atteinte aux droits fondamentaux demeure.

IV. Audition de la CGAS

Les représentants de la CGAS remettent un mémorandum à la commission (annexe 3).

M. Pelizzari déclare que la CGAS s'est positionnée en faveur de cette initiative. Il mentionne ensuite que si l'application de l'IN 142 paraît difficile, elle semble toutefois recevable. Il rappelle que la question soulevée par l'initiative fait l'objet d'une réflexion au niveau national.

M. Tissot remarque que la question du salaire minimum devrait idéalement être réglée au niveau fédéral. Il déclare ensuite que le rapport du Conseil d'Etat laisse penser qu'il s'agit d'un salaire minimum alors que la CGAS retient plutôt l'idée d'un revenu minimum garanti par l'Etat. Il précise que la CGAS estime que le salaire minimum se situe bien en dessous de ce qu'un revenu minimum devrait être.

Un commissaire UDC se demande comment cette disposition pourrait être appliquée dans les sociétés actives dans plusieurs cantons.

M. Tissot souligne l'importance des différences de coût de la vie d'un canton à l'autre.

Un commissaire PDC estime que cette initiative confond le salaire minimum et le revenu minimum.

M. Tissot partage ce point de vue.

Un commissaire libéral se demande comment concevoir des conditions de vie décentes en fonction des différents secteurs économiques. Il demande ensuite s'il ne faudrait pas craindre que cette disposition entraîne un dumping salarial à la baisse afin de s'aligner sur le règlement cantonal.

M. Tissot répond que c'est bien le problème. Il rappelle ensuite que ce sont les conditions personnelles qui déterminent des conditions de vie décentes.

V. Débat en commission

Un commissaire radical prend la parole et mentionne que le Conseil d'Etat a fait un excellent rapport en ce qui concerne la recevabilité formelle mais il regrette que la conclusion de ce rapport ne soit pas cohérente avec l'analyse développée. Il remarque que personne ne conteste l'unité de la matière ou du genre mais rappelle que la clarté de cette initiative est discutable. Il estime en l'occurrence qu'il s'agit d'un aspect très important et il ne pense pas dès lors que ce texte puisse être soumis au peuple. Il en vient ensuite à la conformité au droit international en mentionnant que la déclaration universelle des droits de l'homme est fondamentale mais qu'elle n'impose pas d'obligation légale. Il signale ensuite que la question la plus importante que soulève cette initiative relève de la conformité au droit fédéral. Il note en l'espèce que la jurisprudence est ancienne et que la Constitution jurassienne qui contient une disposition concernant le salaire minimum a fait l'objet d'un commentaire du Conseil fédéral. Il pense aussi qu'imposer des règles cantonales à des entreprises étrangères sera difficile. Il évoque encore l'article 360a CO qui représente une nouveauté importante à l'égard des CCT et il rappelle que les mesures anti-dumping sont importantes. Il termine en déclarant que cette initiative ne peut pas être présentée au peuple et qu'il votera donc contre la recevabilité matérielle.

Une commissaire des Verts souligne que la constitution cantonale exige que l'initiative soit manifestement contraire au droit supérieur pour qu'elle puisse être déclarée irrecevable. Elle rappelle alors que la commission s'est penchée sur la Constitution jurassienne, sur la jurisprudence et sur le rapport du Conseil d'Etat et elle pense qu'il n'est possible que de conclure à la recevabilité de cette initiative, même si la loi d'application sera difficile à établir. Elle rappelle encore que plusieurs initiatives ont finalement été reconnues recevables par le Tribunal fédéral alors que le Grand Conseil ne les avait pas admises.

Un commissaire libéral signale que le Tribunal fédéral a validé la position du Grand Conseil concernant l'irrecevabilité de l'IN 140. Il remarque ensuite que la Confédération a épuisé sa compétence en la matière et il pense qu'il est nécessaire de retenir les explications concernant le caractère exhaustif de l'article 360a CO. Il déclare qu'il est évident que le principe de la proportionnalité est violé puisqu'il existe beaucoup de mesures moins intrusives qui parviennent au même but. Il précise que les initiants ont enrobé leur texte de telle manière à contourner la décision d'irrecevabilité rendue par le Tribunal fédéral dans la jurisprudence du cas bâlois. Il pense donc que ce texte ne tient pas la route, notamment par rapport au commentaire concernant les conditions de vie dépendantes de secteurs économiques. Il ajoute que

cette initiative n'est pas claire, dans la mesure notamment où elle confond salaire et revenu, et que les explications des initiants n'ont pas suffi à expliciter le texte à satisfaction.

Une commissaire socialiste pense que l'audition des initiants a permis de répondre aux interrogations de la commission et elle rappelle qu'il a été explicité que les CCT primeraient sur une législation cantonale éventuelle. Elle remarque par ailleurs que le rapport du Conseil d'Etat est très riche et très nuancé en ce qui concerne la recevabilité matérielle et elle en retient le respect des droits fondamentaux. Elle ajoute que, en ce qui concerne la compétence, le Conseil d'Etat demeure nuancé et indique que le texte n'est pas « *manifestement non conforme* ». Elle évoque encore les droits fondamentaux et elle rappelle que la base légale existe, tout comme l'intérêt public et le respect de la proportionnalité. Elle fait aussi référence à l'avis de droit rendu dans le canton de Vaud, qui conclut à la recevabilité d'une initiative similaire. Elle estime, en conclusion, que le peuple doit se prononcer sur cette initiative.

Le président déclare qu'il n'est pas possible de légiférer dans le domaine du droit du travail sur un plan cantonal, et que seule une politique sociale est envisageable. Il pense donc que l'aspect déterminant de la non recevabilité de cet objet est que ce dernier se mêle de politique économique. Il insiste sur le fait qu'en tenant compte de la LTr, le canton n'a guère la possibilité d'intervenir au cœur de la relation employeur employé. Il évoque encore la Constitution jurassienne et remarque à cet égard que le contexte est très différent. Il déclare ensuite qu'il n'est pas possible de prétendre que la violation de la répartition des compétences n'est pas manifeste, ce d'autant plus que le Conseil d'Etat l'indique dans son rapport. En conclusion, le président expose que ce projet part d'une mesure salariale et qu'il aboutit au final à une disposition sociale. Il pense en l'occurrence que la démarche est viciée.

Un commissaire PDC mentionne que la solution de facilité serait de suivre l'avis du Conseil d'Etat mais il pense que l'audition des syndicats a clairement mis en lumière le fait que ce texte ne respecte pas la répartition des compétences. Il indique donc qu'il se prononcera contre la recevabilité de cette initiative.

Un commissaire MCG estime que les doutes sont nombreux à l'égard de cet objet et pense que la meilleure solution serait de laisser au peuple décider ce qu'il convient de faire.

IV. Votes de la commission

1. Unité de la forme (L'IN 142 respecte-t-elle l'unité de la forme ?)

Oui : 8 (2 S, 1 Ve, 2 L, 1 MCG, 1 R, 1 PDC)

A l'unanimité.

2. Unité du genre (L'IN 142 respecte-t-elle l'unité du genre ?)

Oui : 8 (2 S, 1 Ve, 2 L, 1 MCG, 1 R, 1 PDC)

A l'unanimité.

3. Unité de la matière (L'IN 142 respecte-t-elle l'unité de la matière ?)

Oui : 8 (2 S, 1 Ve, 2 L, 1 MCG, 1 R, 1 PDC)

A l'unanimité.

4. Conformité au droit supérieur (L'IN 142 est-elle conforme au droit supérieur ?)

Oui : 4 (2 S, 1 Ve, 1 MCG)

Non : 4 (2 L, 1 R, 1 PDC)

4a. Possibilité d'invalidation partielle (ou de scission) ?

La conformité au droit supérieur ayant été considérée comme non adoptée (art. 186, al. 4, LRGC), le président demande s'il est possible de procéder à une invalidation partielle de l'IN 142 (ou une scission), en invalidant la partie de l'IN 142 non conforme au droit supérieur, l'IN 142 étant déclarée partiellement valide pour le surplus (c'est-à-dire pour la partie en elle-même valide et formant un tout cohérent).

Non : 8 (2 S, 1 Ve, 2 L, 1 MCG, 1 R, 1 PDC)

A l'unanimité.

5. Exécutabilité (L'IN 142 est-elle exécutable ?)

Oui : 8 (2 S, 1 Ve, 2 L, 1 MCG, 1 R, 1 PDC)

A l'unanimité.

Vote final : L'IN 142 est-elle recevable ?

Oui : 4 (2 S, 1 Ve, 1 MCG)

Non : 4 (2 L, 1 R, 1 PDC)

La recevabilité de l'IN 142 est considérée comme non adoptée (art. 186, al. 4, LRGC). Dans la mesure où il n'est pas possible de procéder à une invalidation partielle (voir le point 4a ci-dessus), l'IN 142 est déclarée totalement invalide.

Initiative populaire cantonale

Pour le droit à un salaire minimum

Le comité d'initiative « Pour le droit à un salaire minimum » a lancé l'initiative constitutionnelle cantonale intitulée « Pour le droit à un salaire minimum », qui a abouti.

Le tableau ci-dessous indique les dates ultimes auxquelles cette initiative doit être traitée aux différents stades du processus d'examen des initiatives prévus par la loi.

- | | |
|---|------------------------|
| 1. Arrêté du Conseil d'Etat constatant l'aboutissement de l'initiative, publié dans la Feuille d'avis officielle le | 31 octobre 2008 |
| 2. Dépôt du rapport du Conseil d'Etat au sujet de la validité et de la prise en considération de l'initiative, au plus tard le | 31 janvier 2009 |
| 3. Décision du Grand Conseil au sujet de la validité de l'initiative sur la base du rapport de la commission législative, au plus tard le | 31 juillet 2009 |
| 4. Sur la base du rapport de la commission désignée à cette fin, décision du Grand Conseil sur la prise en considération de l'initiative et sur l'opposition éventuelle d'un contreprojet, au plus tard le | 30 avril 2010 |
| 5. En cas d'opposition d'un contreprojet, adoption par le Grand Conseil du contreprojet, au plus tard le | 30 avril 2011 |

Initiative populaire cantonale

« Pour le droit à un salaire minimum »

Les citoyennes et citoyens soussigné-e-s, électrices et électeurs dans le canton de Genève, en vertu des articles 64 et 65A de la constitution de la République et canton de Genève, du 24 mai 1847, et des articles 86 à 93 de la loi sur l'exercice des droits politiques, du 15 octobre 1982, appuient la présente initiative modifiant la constitution:

Article unique

La constitution de la République et canton de Genève, du 24 mai 1847, est modifiée comme suit:

Titre II Déclaration des droits individuels

Art. 10B Salaire minimum cantonal (nouveau)

L'Etat institue un salaire minimum cantonal, dans tous les domaines d'activité économique, en tenant compte des secteurs économiques ainsi que des salaires fixés dans les conventions collectives, afin que toute personne exerçant une activité salariée puisse disposer d'un salaire lui garantissant des conditions de vie décentes.

EXPOSÉ DES MOTIFS

Pour le droit à un salaire minimum

L'article 23 de la Déclaration universelle des droits humains, qui va fêter son soixantième anniversaire cet automne, comporte la disposition impérative suivante: « Quiconque travaille a droit à une rémunération équitable et satisfaisante lui assurant ainsi qu'à sa famille une existence conforme à la dignité humaine... » Or en Suisse – et même à Genève – ce droit élémentaire et vital n'est ni inscrit dans la loi, ni garanti dans les faits. Il faut que ça change !

Selon les statistiques officielles notre pays compte 320 000 travailleuses, soit 11,2 % des salarié-e-s, qui touchent une rémunération officiellement reconnue comme un « bas salaire » (moins de 3783 francs bruts mensuels, soit à peu près 3215 francs nets pour un plein temps.) Près de 70 % de ces salarié-e-s sont des femmes, les jeunes aussi sont évidemment en première ligne !

Le nombre de *working poors*, qui travaillent à plein temps et qui se retrouvent en dessous du seuil de pauvreté officiel, défini selon des critères récemment revus à la baisse pour de nombreux cantons, augmente de manière importante depuis 2002. Il frisait les 5 % des salarié-e-s du pays en 2006. Cette année-là, selon l'Office fédéral de la statistique, le taux de pauvreté était passé de 8,5 à 9% en un an ; 380 000 personnes en âge de travailler, entre 20 et 59 ans, étaient ainsi officiellement touchées par la pauvreté.

Mais selon *Caritas*, à fin 2005 déjà, c'est plutôt un-e Suisse-sse sur sept qui vivait en fait déjà en-dessous du seuil de pauvreté, soit un million de personnes ! Sans compter toutes celles et ceux se trouvant juste au-dessus de ce seuil, à deux doigts du naufrage, et dont la situation se dégrade de plus en plus.

A Genève, en tenant compte des paramètres locaux, l'office cantonal de la statistique (OCSTAT) affirme que la proportion de bas salaires est supérieure à celle de la Suisse: 15,9 % plutôt que 10,2 %. Ainsi, 25 000 personnes sont en dessous du seuil genevois des « bas salaires », que l'OCSTAT estime à 4233 F pour un plein temps, cela sur un total de près de 160 000 emplois salariés recensés dans le secteur privé en 2006. Par ailleurs, les écarts se creusent: Genève – avec Zurich – est ainsi championne suisse des écarts salariaux.

Ces chiffres présentent la photo d'une réalité qui se dégrade. Le scénario de la précarisation des emplois et des conditions de travail est bien connu.

Nous en faisons trop souvent l'expérience : aujourd'hui un emploi à plein temps, demain un emploi à temps partiel contraint ou le chômage, avec des baisses de salaires à la clé. Aujourd'hui deux revenus nécessaires pour joindre les deux bouts, demain une diminution drastique des ressources familiales et l'apprentissage de la pauvreté.

Et toutes ces dégradations temporaires ou durables sont mal traduits par la statistique... mais n'en affectent pas moins cruellement le budget des ménages. Factures imprévues, soins dentaires, etc., autant de charges que de plus en plus de familles considèrent comme un luxe.

C'est cette précarisation et cette flexibilisation de la main-d'œuvre qui explique le retour de situations dignes du XIX^e siècle. Dans un canton comme Genève, près de 5 % de la population active doit avoir recours à l'aide sociale. Nos impôts servent ainsi de complément de revenu à ceux et celles qui sont sous-payés par leur patron!

Nous vivons dans un contexte où le dumping salarial et la pression à la baisse des salaires est chaque jour plus forte. Les patrons cherchent à profiter de la libre circulation pour faire jouer au maximum la concurrence entre travailleurs-euses au détriment de tous les salarié-e-s. Ils ont beau jeu : en effet, moins de 40 % des salarié-e-s sont au bénéfice d'une convention collective dans ce pays et un bon nombre d'entre elles ne prévoient même pas de minimas salariaux.



**Service juridique et
législatif**

Affaires juridiques

Place du Château 1
1014 Lausanne

Monsieur
Roger Piccand
Chef de service
Service de l'emploi
Rue Caroline 11
1014 Lausanne

Par courrier électronique

Niréf : A 5 345/2007 – AD/JG

Lausanne, le 30 octobre 2007

Initiative constitutionnelle Dolivo pour un droit à un salaire minimum

Monsieur le Chef de service,

Nous faisons suite à votre courriel adressé à Me Schwaar le 12 septembre 2007 et nous vous transmettons, ci-après, les déterminations de notre service sur vos questions relatives à l'objet cité en exergue

L'initiative Dolivo, entièrement formulée, tend à ce que soit inscrite dans la Constitution, dans un nouvel alinéa de son art. 58 relatif à la politique économique, l'obligation pour l'Etat d'instituer un salaire minimum. Vos questions portent sur la possibilité de modifier la Constitution cantonale à cette fin et, tout particulièrement, sur la conformité d'une telle disposition avec le droit fédéral.

Il convient de souligner, en premier lieu, que selon le texte proposé la fixation de ce salaire est assujettie à certaines conditions (tenir compte « *des différences régionales, des secteurs économiques ainsi que des salaires fixés dans les conventions collectives* ») et tend vers un but déterminé (*disposer d'un salaire [...] garantissant des conditions de vie décentes* »); ces précisions revêtent une grande importance dans l'analyse des questions posées et pour un éventuel traitement futur, sur le plan législatif, de ce mandat constitutionnel.

Pour qu'elle puisse être introduite dans la Constitution et recevoir la garantie de l'autorité fédérale (cf. art. 51 Cst-féd), la disposition proposée ne doit pas être contraire au droit fédéral. Elle doit, plus particulièrement, pouvoir être interprétée de manière conforme au droit fédéral; le Conseil fédéral vient d'ailleurs de rappeler cette position dans un message du 24 octobre proposant au Parlement les modifications des constitutions de dix cantons.

C'est précisément le lieu de relever que la garantie fédérale a été donnée à l'art. 19 al. 3 de la Constitution du canton du Jura, à teneur duquel « *chaque travailleur a droit au*



salaires qui lui assure un niveau de vie décent » Dans son avis rendu sur ce point¹ (cf. annexe), le Conseil fédéral avait certes d'abord observé que « *le salaire relève du contrat de travail, régit par le droit fédéral. Il appartient aux parties de le déterminer d'un commun accord, la liberté contractuelle prévaut* » Cependant, il avait également indiqué que, selon l'art. 6 du Code civil suisse (CC), le droit public cantonal est réservé et qu'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, ajoutait le Conseil fédéral, « *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 ; il importerait aussi de respecter le principe de la proportionnalité* ». C'est le lieu de relever que cette compétence a partiellement été exercée par la Confédération (CCT étendues, CTT en cas de sous enchère au sens de l'art. 360a al. 1 CO, travailleurs de l'UE détachés, travailleurs extra européens dans le cadre de l'art. 9 OLE), de sorte qu'il conviendrait, au moment de légiférer, de veiller à ne pas empiéter sur les situations déjà réglementées sur ce point par la législation fédérale. On précisera également que le canton du Jura n'a finalement pas concrétisé ce mandat sur le plan législatif. Des interventions parlementaires successives dans ce sens sont restées vaines ; la dernière en date – la Motion Pierre-André Comte – a été repoussée par le Parlement jurassien le 21 juin 2006, au terme d'après débats qui ont mis en évidence tant les difficultés juridiques que les réticences politiques à se retrouver seul canton à avoir introduit un salaire minimum².

L'acceptation juridique de l'initiative résulte également, a contrario, du rejet par le Tribunal fédéral (ATF 80 I 155, in JdT 1955 I 78) d'un recours contre une décision du Grand Conseil du Canton de Bâle-Ville ; ce dernier avait refusé de soumettre au vote populaire une initiative tendant à la promulgation d'une loi cantonale obligeant les employeurs à payer un salaire minimum (deux francs !) à tous les ouvriers sans distinction (âge, fonction, etc.). Le Tribunal a considéré que, ainsi formulé, l'initiative est contraire à la liberté économique. En effet, après avoir admis qu'elle puisse poursuivre le but d'intérêt public de couvrir le minimum vital, il a principalement retenu qu'en touchant indistinctement l'ensemble des employeurs et travailleurs l'initiative viole le principe de proportionnalité, du fait que le salaire minimum, « *prescrit de façon générale et sans conditions plus précises, dépasse de beaucoup ce qui est nécessaire pour atteindre ce but* ». Par conséquent, on peut déduire de cette décision qu'une formulation plus nuancée, à l'instar de celle proposée par l'initiative Dolivo, voire, dans une moindre mesure, celle de la Constitution jurassienne, peut être considérée comme conforme au droit fédéral, dès lors qu'elle permet de respecter le principe de proportionnalité en instituant un salaire minimum différencié (selon les régions, secteurs économiques, etc.) et de tenir compte des réglementations fédérales existantes.

¹ Message du Conseil fédéral du 20 avril 1977, FF 1977 259, p. 267

² Voir le Journal des débats du Parlement de la République et Canton du Jura, N° 12 – 2006, p. 383-391. A relever que la position du représentant du gouvernement (M. J.-F. Roth) a évolué au cours de ce débat, puisque, après avoir soutenu que la législation fédérale empêchait totalement un canton d'introduire le salaire minimum par une loi cantonale, le ministre a ensuite admis qu'il était possible de légiférer sur ce point sur le plan cantonal, en insistant toutefois sur les risques de contestation judiciaire.



Plus récent et au sujet d'une question similaire (proposition de subordonner l'aide publique aux entreprises à la conclusion formelle d'une CCT), un autre arrêt du Tribunal fédéral (ATF 124 I 107) conforte cette analyse. En effet, une telle restriction à des droits garantis par des dispositions fédérales y est jugée admissible dans la mesure où elle « poursuit un but de politique sociale évident », sans viser à interférer avec la libre concurrence, mais à condition de respecter les principes d'intérêt public et de proportionnalité³.

Par ailleurs, dans un domaine certes différent – celui du bail – mais présentant de fortes analogie avec la réglementation du droit du travail, le Tribunal fédéral a reconnu à de réitérées reprises la possibilité pour les cantons de légiférer malgré la primauté du droit fédéral. C'est ainsi qu'il a jugé que le maintien sur le marché locatif, par l'intermédiaire d'une loi cantonale, de logements à des prix abordables pour la majorité de la population échappe au droit fédéral (arrêt du 24 09, 2001, 1P.705/2000, in RDAF 2002 I 49). En effet, en vertu des principes cités plus haut, il est certes interdit aux cantons, en matière de législation sur le logement, d'intervenir dans les rapports directs entre les parties au contrat de bail car ces rapports sont réglés exhaustivement par le droit fédéral. En revanche, estime le Tribunal fédéral, dans le cadre de la compétence que leur laisse l'art 6 CC et dans le respect des conditions d'exercice de cette compétence, « les cantons demeurent libres d'édicter des mesures destinées à combattre la pénurie dans le secteur locatif dans la mesure où leur finalité n'est pas d'intervenir dans les rapports entre bailleur et preneur ». Mais, dans ce domaine également, si le but d'intérêt public est admis de façon relativement aisée, la difficulté réside essentiellement dans le respect du principe de proportionnalité. En effet, c'est en raison de la violation de ce principe que certaines règles ou décisions cantonales ont été jugées par le Tribunal fédéral comme excessives et contraires au droit fédéral, dès lors qu'elles constituaient des interventions inadmissibles du droit cantonal dans les relations précitées (cf ATF 116 Ia 401, consid. 4b aa, p. 408 et les arrêts cités)

Conclusions

Au vu de l'ensemble des éléments qui précèdent, nous pouvons apporter les réponses et conclusions suivantes au sujet de l'initiative et des questions posées :

- l'initiative est juridiquement admissible. Il est en effet possible de fixer dans la Constitution cantonale, à certaines conditions, le principe d'un salaire minimum ;
- en l'espèce, les conditions de l'inscription de cette disposition dans la Constitution cantonale sont remplies. D'une part, l'article proposé précise le but d'intérêt public poursuivi, soit la garantie de conditions de vie décentes ; ce but est compatible avec le droit fédéral, dans la mesure où sa finalité n'est pas d'intervenir dans les rapports entre les employeurs et les travailleurs (liberté économique / droit civil fédéral) mais d'atteindre un objectif de politique sociale de compétence cantonale. D'autre part, l'article contient d'ores et déjà les réserves qui pourraient découler de l'exigence du

³ En l'espèce, la proposition a encore une fois été jugée contraire au principe de proportionnalité au regard de la liberté d'association, dans la mesure où elle imposait un seul moyen – la conclusion formelle d'une CCT – pour atteindre le but d'intérêt public jugé, lui, incontestable.



respect du principe de proportionnalité, en imposant de tenir compte des conditions régionales et sectorielles ;

- il convient cependant d'être conscient que la mise en œuvre, sur le plan législatif, de cette disposition serait confrontée à certaines contraintes juridiques : délimitation du but d'intérêt public, respect du principe de la proportionnalité et de l'existence d'une réglementation fédérale partielle. En effet, il conviendrait, en premier lieu, de fixer une limite à la « *garantie de conditions de vie décentes* » visée par la disposition constitutionnelle proposée ; l'initiateur se réfère à cet égard à l'art. 33 Cst-VD (« *droit [...] aux moyens indispensables pour mener une existence conforme à la dignité humaine* »), de sorte qu'il y aurait lieu de délimiter ce droit au regard d'autres aspects et buts de la politique sociale, p. ex. dans le cas de salariés avec charges de familles ou autres obligations d'entretien. De plus, il ne serait pas forcément aisé de fixer dans une loi cantonale des règles qui tiennent compte de la variété des situations à régir (juger des différences de coûts de la vie selon les régions, tenir compte du lieu de travail ou de domicile et des instruments fixant déjà un salaire minimum au plan cantonal ou sur la base du droit fédéral, etc.), sans s'éloigner du but d'intérêt public recherché (en principe, la couverture du minimum vital du salarié, ni plus ni moins). On signalera, enfin, qu'aucun canton – en particulier pas celui du Jura qui dispose d'une base constitutionnelle pour ce faire depuis 1977 – ne s'est lancé dans une telle démarche législative.

Nous vous prions d'agréer, Monsieur le Chef de service, l'expression de nos sentiments distingués


Jacques Grossrieder
conseiller juridique

Annexe :

- Extrait du message du Conseil fédéral concernant la garantie de la constitution du futur canton du Jura, du 20 avril 1977

Copie

- M. le Conseiller d'Etat Philippe Leuba

Que penser de l'initiative populaire cantonale « Pour le droit à un salaire minimum » ?

- Un comité d'initiative « Pour le droit à un salaire minimum » a lancé une initiative populaire cantonale constitutionnelle intitulée « *Initiative populaire cantonale* » « *Pour le droit à un salaire minimum* ».
- Cette initiative entre dans le champ de protection de diverses libertés garanties par l'ordre juridique helvétique

Il en est ainsi de la **liberté personnelle**, qui implique la liberté de décision quant au travail effectué, respectivement au salaire y afférant. L'on peut, ainsi, classer le fait de négocier librement un salaire (par accord contractuel entre les parties ou par convention collective signée entre les partenaires sociaux) dans la catégorie d'un comportement protégé par la liberté personnelle.

- Par ailleurs, le droit à la **protection de la sphère privée** est atteint par cette initiative, car celle-ci confère à toute personne le droit d'organiser sa vie et d'entretenir des rapports avec autrui, sans intervention des pouvoirs publics.

Ainsi l'initiative est à l'évidence contraire à l'**autodétermination des parties** en droit du travail et elle implique, pour des tiers (l'Etat en particulier), l'accès à des données personnelles (le salaire) – aux seules fins de contrôle pour déterminer si la teneur de cette nouvelle disposition serait respectée – ce qui relève évidemment de la sphère privée.

L'initiative apparaît donc comme une mesure qui restreint la sphère privée des travailleurs et des employeurs (la possibilité de négocier librement le travail et le salaire y afférant étant bafouée).

- D'autre part, fixer en droit un salaire minimum affecte directement la **liberté économique** des cocontractants en droit du travail. Il y aurait donc à l'évidence, en cas d'acceptation de ce texte, une atteinte directe à celle-ci.

L'initiative respecte-t-elle toutefois les conditions permettant de telles atteintes ?

- L'exigence de base légale serait remplie, mais l'on ne voit pas qu'une telle restriction à la **liberté personnelle puisse se justifier par des raisons d'intérêt public ou d'ordre public**.

Par ailleurs, la **règle de la proportionnalité, respectivement de l'aptitude ou de l'adéquation n'est pas respectée**, car il n'est absolument pas certain qu'avec un salaire minimum il y aurait moins de gens à l'assistance et aux poursuites.

Une telle idée pourrait même comporter une conséquence « *perverse* », puisque le salaire minimum pourrait « *tirer* » tous les salaires vers le bas, sans omettre le fait que, sur le fond, l'initiative est mal formulée, puisqu'elle fixe un principe, sans fixer de montant, ce qui ne serait pas une bonne solution.

- **Quid de la nécessité d'une telle restriction aux libertés fondamentales ?**

Une norme sociétale en la matière est très difficile à définir. En effet, peut-on admettre comme un postulat irréversible que les parties au contrat de travail souhaiteraient dans tous les cas que

des salaires minimums soient fixés et, partant, connus de tiers ? Cela n'est absolument pas démontré et, partant, une telle restriction n'a pas lieu d'être

Par ailleurs, la fixation d'un salaire minimum garanti ne serait certainement pas le seul moyen que l'Etat pourrait prendre pour lutter contre les rémunérations reconnues comme des « *bas salaire* » et pour éviter que la situation économique se dégrade (subsidiarité)

- Enfin, **une telle disposition n'a pas à figurer dans la Charte fondamentale d'un Etat** (Constitution), respectivement d'un canton, qui doit dominer l'ensemble du droit de l'Etat et qui, de ce fait, est généralement placée en tête de la hiérarchie des sources. Intégrer une telle norme dans la Constitution cantonale reviendrait à ne pas respecter la cohérence du système juridique voulu par le législateur et simplement à désorienter les citoyens

En définitive une obligation générale telle que celle voulue par les initiants – assortie d'aucune exception - ne résiste pas aux griefs de **la violation de la proportionnalité**.

- En conclusion, imposer un salaire minimum par le biais de la loi serait à la fois **irréaliste, infondé, contre-productif et illégal**

En d'autres termes, une telle initiative désincarne les relations sociales (point de vue sociologique), n'est de toute façon pas à même de lutter contre la précarité (point de vue économique) et est contraire au droit (point de vue juridique)

Pour la Fédération des Entreprises Romandes Genève
Olivier Lévy



Communauté genevoise d'action syndicale

Organisation faîtière regroupant l'ensemble des syndicats de la République et canton de Genève
6, rue des Terreaux-du-Temple - 1201 Genève - tél 022 731 84 30 - info@cgas.ch - www.cgas.ch

Salaire minimum légal (SML) : la position de la CGAS

Le débat sur le salaire minimum légal (SML) est d'actualité, notamment après le lancement et l'aboutissement d'initiatives cantonales en Suisse romande

Cette proposition d'un SML a pris du poids avec l'entrée en vigueur de la libre circulation des personnes entre la Suisse et l'Union européenne. Un SML – comme il existe dans beaucoup d'autres pays – empêcherait à coup sûr une sous-enchère salariale imposée par les employeurs et leur profitant. Mais cela ne réglerait pas le problème en entier : le plus souvent, la sous-enchère ne se pratique pas en ne respectant pas les salaires conventionnels, mais en engageant des salarié-e-s meilleur marché tout en restant dans les normes conventionnelles.

Les réticences syndicales

Pendant longtemps, les syndicats suisses ont été opposés à un SML. Cette réticence tient principalement à trois facteurs

1. La première réticence provient du fait que l'édifice des conditions de travail au sens large tient en Suisse sur des accords entre partenaires sociaux, soit entre syndicats et patronat. L'État n'intervient que pour donner un cadre général. C'est là le principal fondement de la "paix du travail", qui est de fait – entre autres choses – une barrière contre l'immixtion de l'État dans les affaires professionnelles. Cette primauté donnée au "corporatisme" est en droite ligne le fruit de la construction du mouvement syndical au début du XXe siècle, avec l'accent primordial dans l'organisation syndicale professionnelle au détriment d'une organisation de nature interprofessionnelle.

Pour les syndicats – et les employeurs – ce sont exclusivement les partenaires sociaux qui doivent fixer les salaires, et non pas l'État. On a vu ce principe se traduire par le refus de beaucoup de syndicats de toute modification législative, par exemple en ce qui concerne la réduction de l'horaire de travail (jusqu'aux années 1980).

Cette position qui peut sembler un peu étrange a pour justification, du point de vue syndical, qu'il est plus facile d'établir des rapports de forces, des mobilisations dans le cadre des négociations salariales ou de CCT qu'à un niveau général, en tenant compte de l'ancrage à droite des instances politiques.

2. La deuxième réticence tient au concept de SML au niveau national, car il existe de fortes disparités régionales entre les salaires. On sait aussi que le coût de la vie est très différent entre les cantons (loyer, assurance maladie ... impôts). La fixation d'un SML national

unique serait un alignement sur les plus bas salaires pratiqués en Suisse, au mépris des conditions de vie des salarié-e-s. C'est la raison pour laquelle une grande CCT nationale comme celle de la mécanique ne comporte pas de salaires minimaux.

C'est pour cela que toute discussion sur l'instauration d'un SML doit prendre en compte trois dimensions :

- il faut que la fixation d'un SML se fasse sur une base régionale, voire cantonale. Les instruments statistiques existent. Il faut donc changer la Constitution fédérale ou les Constitutions cantonales;
- le SML doit évoluer régulièrement. Comme les instances politiques ne sont pas forcément favorables aux salarié-e-s, il faut prévoir une indexation régulière (avec des critères à déterminer : coût de la vie, indice des salaires, produit intérieur brut, etc.);
- l'instance qui fixerait le SML doit intégrer les partenaires sociaux.

3. Enfin, la troisième réticence se fonde sur l'analyse d'autres dangers observés dans ce qui se passe à l'étranger :

- fixer une norme minimale absolue conduit les employeurs à s'y référer de façon absolue également. Le SML tend donc à tirer tous les salaires vers le bas, puisque un employeur ne voit aucune raison de payer davantage que ce à quoi la loi l'oblige; notons cependant qu'il existe dans certains domaines des bases légales qui n'ont pas forcément pour effet de "tirer vers le bas" les conditions (horaire de travail, vacances, échelle de Berne, etc.);
- dans de nombreux pays, le SML, même s'il est bas, empêche l'accession au marché du travail aux personnes qui en sont ou en ont été exclues pour leur "inadaptation" au processus productif; il faut cependant remarquer qu'en Grande Bretagne, l'instauration du SML n'a pas conduit à une destruction des emplois à bas salaires.

Une position qui a évolué

La position syndicale majoritaire n'est aujourd'hui plus aussi figée qu'autrefois. Elle prend en compte l'évolution due à l'entrée en vigueur de la libre circulation des personnes, qui pose avec force la question du respect de conditions du pays où travaillent les gens (si vous êtes anglais, cela ne vous autorise pas à rouler à gauche en Suisse). Et ce constat reflète aussi le fait que, pour finir, les personnes couvertes en Suisse par une CCT sont une minorité (et toutes les CCT ne comprennent pas des salaires minimaux). Les seuls pays d'Europe qui ne connaissent pas le SML sont ceux qui ont un taux de couverture par des CCT supérieur à 70%, alors qu'en

Suisse on piétine en dessous des 50% (et encore, toutes les CCT ne contiennent pas des normes salariales).

Bien sûr, on pourrait leur dire qu'il leur suffit de se battre et se syndiquer ! ... mais le développement des syndicats a bien de la peine (à quelques exceptions près) à sortir des secteurs traditionnels de recrutement. Le développement de l'économie et du nombre d'emplois se fait principalement dans les secteurs les moins conventionnés et où n'existe que peu de tradition d'organisation syndicale.

La CGAS estime aujourd'hui que ne pas agir pour l'ensemble des travailleuses et travailleurs, c'est laisser les plus faibles, les plus précaires, les plus exploitables individuellement face à leur employeur.

Enfin, pour être plus d'actualité, face à la déflation qui s'annonce, l'existence d'un SML permettrait d'éviter l'effondrement du pouvoir d'achat par la pression sur les salaires. Cela ne bénéficierait pas seulement aux salarié-e-s, mais égalementau marché !

L'initiative cantonale de Solidarités

Malgré la demande pressante de la CGAS, Solidarités a fait aboutir une initiative populaire cantonale - comme dans d'autres cantons (Vaud, Valais, Tessin) qui prévoit une modification de la Constitution :

L'Etat institue un salaire minimum cantonal, dans tous les domaines d'activité économique, en tenant compte des secteurs économiques ainsi que des salaires fixés dans les conventions collectives, afin que toute personne exerçant une activité salariée puisse disposer d'un salaire lui garantissant des conditions de vie décentes

L'initiative a le mérite de lancer le débat, mais elle a, du point de vue de la CGAS, plusieurs défauts :

- elle ne fixe pas le niveau du SML (Solidarités parle de 4000 -, mais le texte n'en dit rien) ;
- la seule indication sur le montant parle d'un salaire garantissant des conditions de vie décentes. Mais n'est-ce pas plutôt une problématique de revenu minimum ? Il convient de ne pas confondre un salaire (ce qu'un employeur doit payer à un-e salarié-e) avec un revenu qui serait garanti par l'Etat. De plus, les besoins des personnes ne sont pas tous les mêmes, leurs conditions non plus (ménage commun ou non, avec ou sans enfants, prix du loyer ...)
- elle ne dit pas qui fixera le SML : Conseil d'Etat ? Grand Conseil ? Chambre des relations collectives de travail ? les partenaires sociaux seront-ils consultés ?
- elle ne pose pas le principe d'une adaptation du SML, ni sur quelles bases (coût de la vie, indice suisse des salaires ...). Le danger est grand que cela soit le fait du prince, comme en France, où l'évolution du SMIC dépend des promesses électorales, de la démagogie des gouvernants ... ou d'une grève générale comme en 1968 !
- son acceptation par le peuple ne garantirait en rien son application. En effet, le changement de la Constitution doit s'accompagner d'une loi d'exécution. On court le risque d'attendre longtemps : voir l'assurance-maternité fédérale !

L'initiative de Solidarités a été déclarée recevable par le Conseil d'Etat qui en préconise pourtant le rejet. L'analyse juridique du Conseil d'Etat qui pose les condi-

tions de la recevabilité renforce les craintes et les doutes syndicaux vis-à-vis de cette initiative, puisque l'acceptabilité dépend du fait que le salaire ainsi préconisé serait de fait un revenu minimum fixé à un niveau très bas et qu'il ne s'appliquerait pas dans les secteurs où existent des CCT. Ce serait donc un coup d'épée dans l'eau, même si le peuple acceptait ce principe, ce qui reste encore à prouver.

La position de la CGAS

La CGAS n'avait pas soutenu l'initiative de Solidarités (puisque'on ne le lui avait pas demandé) en pensant que les critiques ci-dessus rendaient cette initiative peu opérante, voire dangereuse sur certains points. La CGAS estime que les syndicats sont les spécialistes des relations de travail, et que la responsabilité de l'édiction d'un SML leur revient.

La CGAS a étudié la question avec attention et s'est en définitive prononcés favorablement pour l'instauration d'un salaire minimum au niveau légal, rompant ainsi avec la "doctrine syndicale" traditionnelle. Pour autant, cette revendication n'abandonne pas celle de rendre plus facile qu'elle ne l'est actuellement l'extension des CCT (même avec l'extension facilitée prévue par les mesures d'accompagnement à la libre circulation des personnes).

La CGAS s'est ensuite posé la question de lancer elle-même une initiative complémentaire à celle de Solidarités, qui aurait contenu les points suivants :

- le SML doit s'appliquer à l'ensemble des salarié-e-s du canton, quel que soit leur employeur ;
- il serait fixé aux deux tiers du salaire médian (une norme utilisée internationalement pour définir les bas salaires), soit à 4233.- selon les chiffres 2006 (notons que les salaires sont toujours convertis dans les statistiques suisses sur une équivalence 40 heures) ;
- l'adaptation du SML doit avoir lieu chaque année selon l'évolution du salaire médian (rappelons : le salaire médian est le salaire en dessous et en dessus duquel on compte la moitié des salaires) ;
- c'est la commission tripartite cantonale (CSME) qui édicte le SML ; elle peut prendre également en compte, après négociation entre partenaires sociaux, l'évolution du coût de la vie, des assurances sociales et de la productivité.

Mais un avis de droit demandé par la CGAS a conclu à la presque impossibilité juridique de lancer une telle initiative. Le droit fédéral actuel ne permettrait en effet au niveau cantonal qu'un revenu minimum comme celui qui découle de l'initiative de Solidarités.

Dans ces conditions, la CGAS a évidemment renoncé à lancer une initiative, mais s'est tournée au niveau national pour que les centrales syndicales suisses se saisissent de la question et la fassent avancer, car une inscription dans la Constitution helvétique permettrait de contourner tous les obstacles qui subsistent au niveau cantonal et d'avoir un salaire minimum comprenant les critères définis par la CGAS.

Cette démarche va malheureusement prendre beaucoup de temps. Mais le débat suscité par les initiatives cantonales lancées ou abouties dans de nombreux cantons (tous latins, malheureusement, pour l'instant) permettra de faire progresser l'idée.

Genève, le 20 mars 2009

Date de dépôt : 25 mai 2009

RAPPORT DE LA MINORITÉ

Rapport de M^{me} Anne Emery-Torracinta

Mesdames et
Messieurs les députés,

Précisons d'emblée que le rapport ci-dessous n'a, à ce stade de la procédure, de « minorité » que le nom. En effet, 8 députés (sur 9) étaient présents lors du vote final : 4 personnes ont voté en faveur de la recevabilité de cette initiative (S, Ve, MCG) et 4 contre (L, R, PDC). Notre règlement prévoit que, en cas d'égalité, c'est le « non » qui l'emporte¹. C'est pourquoi, de fait, si la recevabilité de cette initiative n'a pas été adoptée par la commission... elle n'a pas non plus été refusée !

Rappelons également que le rôle de la commission législative se borne uniquement à examiner la recevabilité tant formelle que matérielle d'une initiative. Il ne devrait donc s'agir en aucun cas d'une prise de position quant au fond de la question soulevée par les initiants.

Le Conseil d'Etat a consacré à la recevabilité de cette initiative un rapport extrêmement fouillé et nous invitons le lecteur intéressé à s'y référer². En effet, nous n'aborderons pas ici tous les aspects de cette question, mais uniquement ceux qui ont posé problème et divisé la commission.

Afin de rendre la lecture de ce rapport plus aisée, nous reproduisons ici le texte de l'initiative :

« L'Etat institue un salaire minimum cantonal, dans tous les domaines d'activité économique, en tenant compte des secteurs économiques ainsi que des salaires fixés dans les conventions collectives, afin que toute personne exerçant une activité salariée puisse disposer d'un salaire lui garantissant des conditions de vie décentes ».

¹ Article 186, alinéa 4 LRGC.

² Voir : <http://www.ge.ch/grandconseil/data/texte/IN00142A.pdf>

RECEVABILITÉ FORMELLE

La commission a accepté à l'unanimité la recevabilité formelle de l'IN 142. Il n'y aurait donc, à priori, pas nécessité de revenir ici sur ce point. Toutefois, tant le Conseil d'État (page 6 du rapport) que des commissaires ont évoqué quelques questions au sujet de la **clarté** du texte. Même si l'exigence de clarté du texte d'une initiative ne fait pas partie des conditions de validité, cette exigence a fait l'objet de développements importants dans quelques arrêts récents du Tribunal fédéral. Après audition des initiants, il nous paraît donc utile de préciser les points suivants :

- Par « *L'État institue...* », il faut entendre que c'est au Grand Conseil qu'il appartiendra de mettre en place la législation qui permettra l'instauration de ce salaire minimum selon des modalités que la loi précisera.
- La phrase « *en tenant compte des secteurs économiques ainsi que des salaires fixés dans les conventions collectives* » sous-entend bien qu'en cas de CCT, celle-ci demeurera prioritaire. Il ne faut pas oublier, toutefois que tous les secteurs économiques n'ont pas de CCT³ et que certains ont des CCT sans dispositions salariales.

RECEVABILITÉ MATÉRIELLE

Une initiative est matériellement recevable si sa **conformité au droit supérieur** est reconnue. Sa conformité au droit international n'ayant pas été remise en question, nous n'aborderons ici que la question de sa **conformité au droit fédéral**. Pour plus de commodité, nous joignons en annexe les extraits de la Constitution fédérale et des textes légaux concernés.

La conformité au droit fédéral doit être examinée sous 3 angles :

- **les buts sociaux ;**
- **les droits fondamentaux ;**
- **la répartition des compétences entre la Confédération et les cantons.**

³ En Suisse, moins de 50% des travailleuses et travailleurs sont couverts par une CCT, 44% à Genève...

1. Les buts sociaux

Le rapport du Conseil d'Etat est très succinct sur cet aspect et la commission ne s'est pas attardée sur ce point.

Néanmoins, rappelons qu'à son article 41, alinéa 1, lettre d, la Constitution précise 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* ».

Si tant la doctrine que la jurisprudence ont expliqué que la portée normative de cet article était faible et qu'il n'était pas possible d'en déduire un droit direct à des prestations de l'Etat, on peut néanmoins relever que

L'IN 142 est en conformité avec l'article 41 de la Constitution fédérale (buts sociaux).

2. Les droits fondamentaux : la liberté économique

La question du respect des droits fondamentaux mérite, quant à elle, un examen plus attentif. En effet, il s'agit de déterminer si l'IN 142 respecte la liberté économique, telle que le prévoient les articles 27 et 94 de la Constitution. Toutefois, dans la mesure où les libertés ne sont pas absolues et qu'il est possible de les restreindre, il faut également examiner si la restriction à la liberté économique qui serait induite par cette initiative respecte les conditions de l'article 36 de la Constitution, à savoir : exigence d'une base légale, intérêt public et respect de la proportionnalité.

Dans le cas de l'IN 142, on peut convenir qu'il y a une atteinte à la liberté économique, puisque les employeurs ne pourraient plus fixer librement les salaires et que les employés ne pourraient eux non plus les négocier librement avec ces derniers. **Reste à examiner si cette restriction est admissible au regard de l'article 36 de la Constitution.**

a. La base légale

Dans la mesure où le Grand Conseil aura à adopter une législation d'application en cas d'adoption de l'article constitutionnel prévu par cette initiative, **la condition de la base légale sera donc réalisée** (reste, bien évidemment que cette législation devra se conformer également au droit supérieur).

b. L'intérêt public

Selon la jurisprudence, « *les dérogations à la liberté économique telles que l'instauration d'un monopole, sont admissibles pour autant que ces dérogations poursuivent un but de police ou de politique sociale, à l'exclusion des buts de politique économique* »⁴.

On peut aisément considérer que l'IN 142 ne poursuit pas un but de politique économique, mais bien plutôt de police ou de politique sociale.

En effet, l'essentiel de l'exposé des motifs des initiants insiste sur la précarisation d'une partie de la population qui, bien que travaillant, ne gagne pas suffisamment pour vivre (les « working poors ») et doit avoir recours aux aides publiques, comme l'aide sociale. On constate donc ainsi que l'initiative ne demande pas par principe la fixation des salaires par l'Etat, ce qui serait une mesure de politique économique, mais bien que les salaires soient suffisants pour garantir des conditions de vie décentes. Dans la mesure où de telles rémunérations limiteraient le besoin de recourir aux aides publiques, on peut considérer qu'il s'agit bien d'une mesure relevant de la politique sociale.

c. Le respect de la proportionnalité

La proportionnalité est respectée en fonction de **3 sous-principes : l'aptitude, la nécessité et la proportionnalité au sens étroit**, à savoir la pesée des intérêts en présence.

On peut considérer que l'instauration de salaires minima est apte à atteindre le but souhaité, à savoir la garantie de rémunérations décentes.

Dans la mesure où il existe actuellement d'autres moyens visant le même but (comme par exemple les mesures d'accompagnement adoptées dans le cadre du débat sur la libre-circulation des personnes ; article 360a du Code des obligations), le Conseil d'Etat en déduit dans son rapport qu'il ne devrait pas être absolument indispensable d'adopter l'IN 142 pour lutter contre la sous-enchère salariale. Nous pensons, au contraire, que l'article 360a du CO ne couvre pas l'ensemble des situations puisqu'il s'inscrit dans le cas du « dumping salarial » lié à la concurrence des travailleurs de l'Union européenne et ne prévoit une intervention étatique qu'en cas de « *sous-enchère abusive et répétée* ». L'ensemble des situations n'est donc pas couverte. De surcroît, si la législation actuelle suffisait pour régler la question, il n'y aurait plus de salaires insuffisants et donc, plus de « working

⁴ ATF 132 I 287-288 cons. 3.3

poors »... **On peut donc considérer que le sous-principe de la nécessité est respecté.**

La dernière sous-condition de la proportionnalité est la pesée des intérêts entre l'atteinte à la liberté économique et la mesure proposée. Pourrait-on faire aussi bien avec des mesures moins incisives ? L'ordre économique suisse met en avant le partenariat social et le développement des conventions collectives, moins incisif que l'intervention étatique. Toutefois, **dans la mesure où l'initiative prévoit qu'il sera tenu compte tant des secteurs économiques que des salaires fixés dans les conventions collectives, la proportionnalité est respectée**, puisque l'atteinte à la liberté économique des partenaires sociaux ne serait pas systématique, mais limitée à certaines situations.

A ce propos, il est d'ailleurs intéressant de mentionner le seul cas de jurisprudence concernant l'instauration d'un salaire minimum. Dans un arrêt de 1954, le Tribunal fédéral avait confirmé l'invalidité d'une initiative déposée à Bâle-Ville⁵ dont le texte prévoyait un salaire horaire minimum de 2 F. A l'époque, le Tribunal fédéral avait raisonné sous l'angle de la liberté économique (et non sous celle de la répartition des compétences entre la Confédération et les cantons). Il avait alors invalidé l'initiative et considéré qu'elle violait le principe de la proportionnalité puisque le salaire minimum *« prévu de façon générale et sans conditions plus précises, dépasse de beaucoup ce qui est nécessaire pour atteindre ce but »*⁶. On peut donc à contrario en déduire qu'une initiative plus nuancée respecterait le principe de la proportionnalité.

Il est intéressant, à cet égard, de se pencher sur une initiative vaudoise très proche de l'IN 142, puisqu'elle est formulée de la manière suivante : l'Etat *« institue un salaire minimum cantonal, dans tous les domaines d'activité économique, en tenant compte des différences régionales, des secteurs économiques ainsi que des salaires fixés dans les conventions collectives, afin que toute personne exerçant une activité salariée puisse disposer d'un salaire lui garantissant des conditions de vie décentes. »*

On le voit, la seule nuance avec le texte de l'IN 142 concerne la prise en compte des différences régionales que les initiants de notre canton n'ont pas intégrée pour des raisons évidentes, Genève étant un canton-ville !

Or, un avis de droit du service juridique et législatif de l'Etat de Vaud à propos de l'initiative vaudoise affirme : *« Par conséquent, on peut déduire de cette décision qu'une formulation plus nuancée, à l'instar de celle proposée*

⁵ Voir : ATF 80 I 155, ainsi que le rapport du Conseil d'Etat, pages 21, 26 et 27

⁶ Voir l'annexe 1 du rapport de majorité, page 2

par l'initiative Dolivo (...) peut-être considérée comme conforme au droit fédéral, dès lors qu'elle permet de respecter le principe de proportionnalité en instituant un salaire minimum différencié (selon les régions, secteurs économiques, etc.) et de tenir compte des réglementations fédérales existantes. »⁷ **Cet avis de droit de l'Etat de Vaud confirme ce que nous avons déjà affirmé plus haut, à savoir que l'IN 142 respecte le principe de la proportionnalité voulu par le droit fédéral.**

En conséquence, la restriction à la liberté économique induite par l'IN 142 est admissible au regard de l'article 36 de la Constitution. Les droits fondamentaux sont respectés.

3. La répartition des compétences entre la Confédération et les cantons

Le Conseil d'Etat consacre une quinzaine de pages de son rapport à cette question ...c'est dire **s'il est a priori difficile de trancher sur ce sujet**. En effet, **le Tribunal fédéral n'a pas eu l'occasion de se pencher récemment sur la problématique de la conformité ou non au droit fédéral de l'instauration d'un salaire minimum** ...puisque'il faut remonter à 1954 et à l'arrêt mentionné plus haut ! Et encore, comme expliqué précédemment, il n'avait pas véritablement examiné cette initiative au regard de la question de la répartition des compétences. **La doctrine sur ce sujet est, également, peu abondante**. Notons, d'ailleurs, que le professeur Jean-Fritz Stöckli a fait remarquer en 1999 que **la question de la constitutionnalité des salaires minima n'avait pas été définitivement tranchée** et que, en 1996, les professeurs Adrian Staehelin et Frank Vischer ont admis que **des salaires minima cantonaux étaient admissibles**, il est vrai à des conditions assez limitées (si des motifs de police économique, notamment des situations d'urgence, imposent des mesures aussi incisives).⁸

Quelle est la marge de manœuvre des cantons ? L'article 122 de la Constitution fédérale confère à la Confédération une compétence exclusive en matière de droit civil. Avec l'adoption du Code civil, la Confédération a donc épuisé sa compétence en la matière, sous réserve des articles 5 et 6 (voir annexe). Dans le cas qui nous occupe, le Conseil d'Etat conclut que seul l'article 6 CC pourrait être invoqué.

⁷ Voir l'annexe 1 du rapport de majorité, page 2

⁸ Voir le rapport du Conseil d'Etat, page 20

Les cantons gardent donc une possibilité de légiférer pour autant que le législateur fédéral n'ait pas voulu régler de façon exhaustive telle ou telle question. A ce propos, le Conseil d'Etat rappelle les débats parlementaires relatifs aux mesures d'accompagnement à l'Accord sur la libre circulation des personnes qui avaient abouti à une modification du Code des obligations, notamment son article 360a (voir annexe). Dans la mesure où l'IN 142 va plus loin, puisqu'elle prévoit que le canton puisse édicter des salaires minima même sans sous-enchère abusive et répétée, le Conseil d'Etat en déduit que, sur ce point, la compatibilité de cette proposition avec le droit fédéral paraît douteuse. Toutefois, il ajoute plus loin qu'une initiative populaire ne doit être invalidée, selon l'article 66 de la Constitution genevoise, que si elle est manifestement contraire au droit supérieur et qu'en vertu du principe *in dubio pro populo* il n'y pas lieu de solliciter l'irrecevabilité de l'IN 142 sur ce point. C'est d'ailleurs exactement ce que M. François Longchamp avait rappelé aux députés lors de son audition devant la commission législative.

Toutefois, il faut noter que l'avis de droit vaudois mentionné précédemment n'arrive pas à la même conclusion que le Conseil d'Etat genevois, puisqu'à propos de la compétence de la Confédération, il affirme qu'elle « *a partiellement été exercée par la Confédération (CCT étendues, CTT en cas de sous enchère au sens de l'article 360a, al. 1, CO, travailleurs de l'UE détachés, travailleurs extra-européens dans le cadre de l'art. 9 OLE), de sorte qu'il conviendrait, au moment de légiférer, de veiller à ne pas empiéter sur les situations déjà réglementées sur ce point par la législation fédérale* ». ⁹ Nous en déduisons donc que **la compétence cantonale en matière de salaires minima est possible sous certaines conditions.**

Rappelons, également, que **la garantie fédérale a été donnée à la Constitution du canton de Jura, quand bien même son article 19, alinéa 3, prévoit que « chaque travailleur a droit au salaire qui lui assure un niveau de vie décent ».** Dans son message, après avoir rappelé la liberté contractuelle et la teneur de l'article 6 CC, le Conseil fédéral avait conclu à une interprétation conforme de cet article : « *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*

⁹ Voir l'annexe 1 du rapport de majorité, page 2

*(tel le contrat collectif de travail) ne paraisse convenir ; il importerait aussi de respecter le principe de la proportionnalité ».*¹⁰

L'avis de droit vaudois relève également que dans le domaine du droit du bail, un domaine présentant des analogies certaines avec le droit du travail, « le Tribunal fédéral a reconnu à de réitérées reprises la possibilité pour les cantons de légiférer malgré la primauté du droit fédéral ». ¹¹ Ainsi, il a reconnu en 2001 qu'une loi cantonale pouvait permettre le maintien sur le marché locatif de logements à prix abordables pour la majorité de la population. En effet, « il est certes interdit aux cantons, en matière de législation sur le logement, d'intervenir dans les rapports directs entre les parties au contrat de bail car ces rapports sont réglés exhaustivement par le droit fédéral. En revanche, estime le Tribunal fédéral, dans le cadre de la compétence que leur laisse l'art. 6 CC et dans le respect des conditions d'exercice de cette compétence, « les cantons demeurent libres d'édicter des mesures destinées à combattre la pénurie dans le secteur locatif dans la mesure où leur finalité n'est pas d'intervenir dans les rapports entre bailleur et preneur ». »¹²

En conséquence, au regard de la répartition des compétences entre la Confédération et les cantons, l'IN 142 est recevable. Sa mise en œuvre, sur le plan législatif, devra toutefois respecter certaines conditions.

CONCLUSION

L'IN 142 est recevable tant sur les plans formel que matériel.

Dans la mesure où c'est la question de la conformité au droit supérieur qui a fait débat, nous rappellerons que nous avons montré que l'IN 142

- **N'est pas en contradiction avec les buts sociaux prévus par la Constitution fédérale.**
- **Respecte les droits fondamentaux dans la mesure où la restriction à la liberté économique induite par cette initiative est admissible au**

¹⁰ Voir le rapport du Conseil d'État, page 19

¹¹ Voir l'annexe 1 du rapport de majorité, page 3

¹² Idem

regard de l'article 36 de la Constitution (base légale, intérêt public, proportionnalité).

- **Est recevable au regard de la répartition des compétences entre la Confédération et les cantons, même si sa mise en œuvre sur le plan législatif devra respecter certaines contraintes juridiques et ne sera, de fait, pas très aisée, ainsi que de portée limitée. Malgré certains doutes émis par le Conseil d'Etat, l'IN 142 n'est, quoi qu'il en soit, manifestement pas contraire au droit supérieur.**

C'est pourquoi, Mesdames et Messieurs les députés, nous vous invitons à suivre l'avis de la moitié de la commission législative et à conclure à la recevabilité de l'IN 142.

Extraits de la Constitution fédérale de la Confédération suisse¹³

Art. 27 Liberté économique

¹ La liberté économique est garantie.

² Elle comprend notamment le libre choix de la profession, le libre accès à une activité économique lucrative privée et son libre exercice.

Art. 36 Restriction des droits fondamentaux

¹ Toute restriction d'un droit fondamental doit être fondée sur une base légale. Les restrictions graves doivent être prévues par une loi. Les cas de danger sérieux, direct et imminent sont réservés.

² Toute restriction d'un droit fondamental doit être justifiée par un intérêt public ou par la protection d'un droit fondamental d'autrui.

³ Toute restriction d'un droit fondamental doit être proportionnée au but visé.

⁴ L'essence des droits fondamentaux est inviolable.

Art. 41 (unique article du chapitre 3 intitulé « Droits sociaux »)

¹ La Confédération et les cantons s'engagent, en complément de la responsabilité individuelle et de l'initiative privée, à ce que:

- a. toute personne bénéficie de la sécurité sociale;
- b. toute personne bénéficie des soins nécessaires à sa santé;
- c. les familles en tant que communautés d'adultes et d'enfants soient protégées et encouragées;
- d. toute personne capable de travailler puisse assurer son entretien par un travail qu'elle exerce dans des conditions équitables;

¹³ Voir : <http://www.admin.ch/ch/f/rs/101/index.html#id-2-3>

- e. toute personne en quête d'un logement puisse trouver, pour elle-même et sa famille, un logement approprié à des conditions supportables;
- f. les enfants et les jeunes, ainsi que les personnes en âge de travailler puissent bénéficier d'une formation initiale et d'une formation continue correspondant à leurs aptitudes;
- g. les enfants et les jeunes soient encouragés à devenir des personnes indépendantes et socialement responsables et soient soutenus dans leur intégration sociale, culturelle et politique.

² La Confédération et les cantons s'engagent à ce que toute personne soit assurée contre les conséquences économiques de l'âge, de l'invalidité, de la maladie, de l'accident, du chômage, de la maternité, de la condition d'orphelin et du veuvage.

³ Ils s'engagent en faveur des buts sociaux dans le cadre de leurs compétences constitutionnelles et des moyens disponibles.

⁴ Aucun droit subjectif à des prestations de l'Etat ne peut être déduit directement des buts sociaux.

Art. 94 Principes de l'ordre économique

¹ La Confédération et les cantons respectent le principe de la liberté économique.

² Ils veillent à sauvegarder les intérêts de l'économie nationale et contribuent, avec le secteur de l'économie privée, à la prospérité et à la sécurité économique de la population.

³ Dans les limites de leurs compétences respectives, ils veillent à créer un environnement favorable au secteur de l'économie privée.

⁴ Les dérogations au principe de la liberté économique, en particulier les mesures menaçant la concurrence, ne sont admises que si elles sont prévues par la Constitution fédérale ou fondées sur les droits régaliens des cantons.

Art. 110 Travail

¹ La Confédération peut légiférer:

- a. sur la protection des travailleurs;

- b. sur les rapports entre employeurs et travailleurs, notamment la réglementation en commun des questions intéressant l'entreprise et le domaine professionnel;
- c. sur le service de placement;
- d. sur l'extension du champ d'application des conventions collectives de travail.

² Le champ d'application d'une convention collective de travail ne peut être étendu que si cette convention tient compte équitablement des intérêts légitimes des minorités et des particularités régionales et qu'elle respecte le principe de l'égalité devant la loi et la liberté syndicale.

³ Le 1^{er} août est le jour de la fête nationale. Il est assimilé aux dimanches du point de vue du droit du travail; il est rémunéré

Art. 122 Droit civil

¹ La législation en matière de droit civil et de procédure civile relève de la compétence de la Confédération.

² L'organisation judiciaire et l'administration de la justice en matière de droit civil sont du ressort des cantons, sauf disposition contraire de la loi.

Extraits du Code civil¹⁴

Art. 5

C. Droit fédéral et droit cantonal

I. Droit civil et usages locaux

¹ Les cantons ont la faculté d'établir ou d'abroger des règles de droit civil dans les matières où leur compétence législative a été maintenue.

² Le droit cantonal précédemment en vigueur est tenu pour l'expression de l'usage ou des usages locaux réservés par la loi, à moins que l'existence d'un usage contraire ne soit prouvée.

¹⁴ Voir : <http://www.admin.ch/ch/f/rs/c210.html>

Art. 6

II. Droit public des cantons

¹ Les lois civiles de la Confédération laissent subsister les compétences des cantons en matière de droit public.

² Les cantons peuvent, dans les limites de leur souveraineté, restreindre ou prohiber le commerce de certaines choses ou frapper de nullité les opérations qui s'y rapportent.

Extraits du Code des obligations¹⁵

Art. 360a

IV. Salaires minimaux

1. Conditions

¹ Si, au sein d'une branche économique ou d'une profession, les salaires usuels dans la localité, la branche ou la profession font l'objet d'une sous-enchère abusive et répétée et qu'il n'existe pas de convention collective de travail contenant des dispositions relatives aux salaires minimaux pouvant être étendue, l'autorité compétente peut édicter, sur proposition de la commission tripartite visée à l'art. 360b, un contrat-type de travail d'une durée limitée prévoyant des salaires minimaux différenciés selon les régions et, le cas échéant, selon les localités, dans le but de combattre ou de prévenir les abus.

² Les salaires minimaux ne doivent pas être contraires à l'intérêt général et ne doivent pas léser les intérêts légitimes d'autres branches économiques ou d'autres milieux de la population. Ils doivent tenir équitablement compte des intérêts des minorités dans les branches économiques ou professions concernées, quand ces intérêts résultent de la diversité des conditions régionales et des entreprises.

¹⁵ Voir : <http://www.admin.ch/ch/f/rs/220/a360a.html>